

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
ÁREA DE DERECHO PENAL



EL DELITO CONTINUADO

Ricardo Posada Maya

Salamanca

2010

A handwritten signature in purple ink, appearing to read 'Ricardo Posada Maya'.

DRA. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ.

RICARDO POSADA MAYA.

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
ÁREA DE DERECHO PENAL



EL DELITO CONTINUADO

Ricardo Posada Maya

Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho Penal

Directora: Profesora Dra. D^a. Cristina Méndez Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

Salamanca

2010

A ISABEL, ADRIANA, LUZ AMPARO Y MARGARITA

AGRADECIMIENTOS

Terminar una etapa de la vida es quizás más difícil que comenzarla, sobre todo porque los últimos esfuerzos siempre son los que marcan definitivamente el juicio que de la misma quedará en la memoria. Ante todo, quiero expresar mis más profundos y sinceros agradecimientos a la prof. Dra. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ por dirigir con lujo de detalles este trabajo doctoral, porque siempre estuvo allí para tenderme una mano y darme un buen consejo. Su inteligencia, su dedicación, su buena disposición y sobre todo su sonrisa amable y de buen trato, fueron el mejor aliciente para culminar este proyecto académico. Debo igualmente reconocer con todo el afecto y la admiración a los profesores Dr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y a la Dra. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, por la ayuda que me brindaron, en todos los sentidos, durante mi estancia en Salamanca. No puedo dejar de expresar también la eterna gratitud que siento para con mi maestro, profesor y amigo el prof. Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ; sin su consejo diario, sus recomendaciones precisas y claras, y su apoyo incondicional, simplemente este trabajo no existiría.

Naturalmente, agradezco a la Universidad de Salamanca y al Banco Santander Central Hispano, por las becas de doctorado que me fueron otorgadas para llevar a cabo esta labor de investigación. En el mismo sentido, agradezco al Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Friburgo im Br. y al Dr. KAI AMBOS, por la beca de investigación otorgada. Sin ellas no hubiese podido terminar el trabajo que hoy se presenta. Finalmente, agradezco a la Universidad de los Andes por todo el apoyo que me ha dado durante estos años. A mis colegas.

Un agradecimiento perenne para mi familia: ISABEL, ADRIANA, LUZ AMPARO y MARGARITA, por sus horas regaladas, su bondadosa comprensión y su infinito amor. Finalmente a mis amigos: al Dr. RICARDO LEÓN MOLINA LÓPEZ, al prof. HENRIK LÓPEZ STERUP, al Dr. ALFONSO CADAVID QUINTERO, a JORGE GARCÍA DOMÍNGUEZ, BERTHA RAMOS y KAREN NIETO, y a tantos otros que hacen parte de mi familia en Colombia, España y Chile.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	-15-
INTRODUCCIÓN.....	-19-

CAPÍTULO PRIMERO

LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS	35
I. CONSIDERACIONES GENERALES	35
II. SOBRE LA UNIDAD O DUALIDAD DEL CONCEPTO DE CONDUCTA.....	37
III. TEORÍAS SOBRE LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS	45
A. TEORÍA DE LA ACCIÓN ONTOLÓGICA.....	46
B. TEORÍA JURÍDICA DEL NÚMERO DE RESULTADOS.....	50
C. TEORÍA DEL NÚMERO DE TIPOS	60
D. TEORÍA DEL NÚMERO DE OBJETOS PERSONALES SOBRE LOS QUE RECAE LA ACCIÓN.....	62
E. TEORÍA NORMATIVA DEL NÚMERO DE LESIONES Y PELIGROS PARA EL BIEN JURÍDICO COMO REALIDAD SOCIAL	63
F. TEORÍA DE LA UNIDAD DE ACCIÓN NATURAL.....	68
H. TEORÍA FINAL O TELEOLÓGICA DE LA UNIDAD DE ACCIÓN	87
I. TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN	92
J. TEORÍA DE LA ACCIÓN PERSONAL	96
K. TEORÍA DE LA EVITACIÓN GENERAL DE RESULTADOS EVITABLES	99
L. TEORÍA DE LA ACCIÓN CONTEMPLADA DESDE LA REGLA DE DERECHO	106
M. SÍNTESIS.....	115
IV. DIVERSAS HIPÓTESIS DE UNIDAD DE CONDUCTA.....	134

CAPÍTULO SEGUNDO

LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE TIPICIDADES	157
I. UBICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CONCURSO	161

II. LOS SISTEMAS CONCURSALES	165
A. LA ACUMULACIÓN MATERIAL DE PENAS	166
B. LA ABSORCIÓN PUNITIVA.....	169
C. LA ACUMULACIÓN JURÍDICA O ACUMULACIÓN MATERIAL LIMITADA.....	170
D. LA ASPERACIÓN Y LA ABSORCIÓN AGRAVADA.....	172
E. LA COMBINACIÓN DE MARCOS PENALES.....	174
F. LA UNIDAD SUBJETIVA DE PENA..	176
III. DEL APARENTE CONCURSO DE TIPOS Y LAS DISTINTAS MODALIDADES CONCURSALES.....	177
A. EL APARENTE CONCURSO DE TIPOS (GESETZEINHEIT).....	182
1. APROXIMACIONES A SU NATURALEZA.....	193
2. REQUISITOS DEL APARENTE CONCURSO.....	207
3. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN.....	209
a) Principio de especialidad.....	210
b) Principio de subsidiariedad o de "eventualidad"	214
c) Principio de consunción.....	226
d) Principio de alternatividad o "exclusividad"	241
B. EL CONCURSO FORMAL O IDEAL.....	247
1. OTRAS POSTURAS SOBRE LA NATURALEZA DEL CONCURSO IDEAL	256
A) EL CONCURSO IDEAL COMO DELITO ÚNICO.....	256
b) El concurso ideal homogéneo que afecta bienes jurídicos “altamente personales”: ¿Un evento de concurso real?	260
2. REQUISITOS DEL CONCURSO IDEAL.....	272
C. EL CONCURSO MATERIAL O REAL (REALKONKURRENZ).....	279
1. Requisitos del concurso real	281
2. El concurso material posterior.	291
D. EL CONCURSO MEDIAL, INSTRUMENTAL O TELEOLÓGICO.....	292
1. Naturaleza.....	294
2. Requisitos del concurso medial.....	297
IV. EL CONCURSO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	301
V. EL CONCURSO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	311
VI. LA REINCIDENCIA.....	331

CAPÍTULO TERCERO

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DELITO CONTINUADO	337
I. EL ORIGEN DEL DELITO CONTINUADO	337
II. EVOLUCIÓN DEL DELITO CONTINUADO EN ESPAÑA.....	347
A. EL PERÍODO PRELEGISLATIVO DEL DELITO CONTINUADO.....	348
B. LA LO 08 DEL 25.06.1983 EL CPE DE 1983.....	357
C. LA LO 10 DEL 23.11.1995. EL CPE DE 1995.....	363
D. LA LO 15 DEL 25.11.2003, MOD. DEL CPE DE 1995.....	366
III. EVOLUCIÓN DEL DELITO CONTINUADO EN COLOMBIA.....	372
A. EL PERÍODO PRELEGISLATIVO DEL DELITO CONTINUADO.....	372
B. EL CÓDIGO PENAL. L. 95/1936.....	375
C. EL CÓDIGO PENAL DTO. 100 DE 1980.....	380
D. EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1999.....	388
E. EL CÓDIGO PENAL DE 2000.....	392
F. LA REFORMA AL CP DE 2000.....	396
IV. EL DELITO CONTINUADO EN OTRAS LEGISLACIONES.....	398
A. ITALIA.....	400
B. ALEMANIA.....	403

CAPÍTULO CUARTO

CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DELITO CONTINUADO.....	415
I. GENERALIDADES.....	415
II. FUNDAMENTO DE LA CONTINUACIÓN DELICTIVA.....	417
III. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DELITO CONTINUADO.....	433
A. TEORÍA CLÁSICA DE LA UNIDAD POR FICCIÓN.....	435
1. Teoría de la ficción limitada o formal.....	437
2. Unidad por ficción absoluta o material.....	441
B. TEORÍA DE LA UNIDAD JURÍDICA.....	445
C. TEORÍA DE LA UNIDAD REAL (ONTOLÓGICO-NORMATIVA).....	455

D. TEORÍAS DE LA COMBINACIÓN.....	459
E. EL RECHAZO DEL DELITO CONTINUADO	460
IV. SÍNTESIS	462

CAPÍTULO QUINTO

LOS ELEMENTOS DEL DELITO CONTINUADO (I).....	469
I. EL ASPECTO OBJETIVO DE LA CONTINUIDAD EJECUTIVA.....	472
A. UNIFORMIDAD DE SUJETO ACTIVO.....	472
B. UNIDAD O PLURALIDAD DE ACCIONES	474
C. UNIDAD RELATIVA DE TIPO.....	490
D. UNIDAD DE BIEN JURÍDICO AFECTADO.....	502
E. EXCLUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA UNIFICACIÓN TÍPICA CONTINUADA, POR OFENSAS A BIENES JURÍDICOS “ALTAMENTE PERSONALES”	512
F. UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETO PASIVO.....	525
G. OTRAS EXIGENCIAS OBJETIVAS ACCIDENTALES O SECUNDARIAS	530
1. El empleo de medios o procedimientos semejantes	531
2. Que exista cierta conexión espacial y temporal	531
3. Unidad de proceso judicial.....	537

CAPÍTULO SEXTO

LOS ELEMENTOS DEL DELITO CONTINUADO (II)	539
I. EL ASPECTO SUBJETIVO DE UNIFICACIÓN	539
A. EL MISMO DESIGNIO CRIMINAL	541
B. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD HOMOGÉNEA	548
C. TEORÍA DEL “DOLO TOTAL”	553
D. TEORÍA DEL “DOLO DE CONTINUACIÓN”.....	565
E. TEORÍAS MIXTAS O COMPUESTAS	573
F. POSTURAS DE CARÁCTER OBJETIVO.....	581
G. SÍNTESIS.....	583

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL DELITO CONTINUADO CON SUJETO PASIVO MASA.....	587
I. ORIGEN Y FUNDAMENTO	587
A. EN ESPAÑA.....	587
B. EN COLOMBIA	593
II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	597
III. REQUISITOS SISTEMÁTICOS	601
A. UNIDAD DE PLAN CRIMINAL	602
B. UNIDAD O PLURALIDAD DE ACCIONES	604
C. UNIDAD RELATIVA DE TIPO PENAL INFRINGIDO	610
D. UNIFORMIDAD DE SUJETO ACTIVO Y GENERALIDAD DE SUJETOS PASIVOS	611
E. UNIDAD DE BIEN JURÍDICO	618
IV. LA PUNIBILIDAD DEL DELITO MASA	621
A. EN ESPAÑA.....	621
B. EN COLOMBIA	623

CAPÍTULO OCTAVO

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DELITO CONTINUADO	625
I. ASPECTOS SUSTANTIVOS.....	625
A. EL DELITO CONTINUADO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.	626
1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD “STRICTO SENSU”	626
2. LA CONTINUIDAD CONTRAVENCIONAL.	627
B. EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO CONTINUADO.	631
1. LA COAUTORÍA.	632
2. LA DETERMINACIÓN O INDUCCIÓN.	637
3. LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD.	642
C. EL DELITO CONTINUADO IMPRUDENTE.....	650
D. EL DELITO CONTINUADO DE TIPOS COMPLEMENTADOS O MODIFICADOS.	659

E. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN EN EL DELITO CONTINUADO.	666
F. EL DELITO CONTINUADO POR OMISIÓN.	677
II. ASPECTOS PROCESALES	690
A. EL DELITO CONTINUADO Y LA COSA JUZGADA MATERIAL.	690
B. EL DELITO CONTINUADO EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO.	704
1. El delito continuado y la ley penal en el espacio	704
2. El delito continuado y la ley penal en el tiempo	706
C. EL DELITO CONTINUADO Y LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	712
1. La prescripción de la acción penal.	712
2. La amnistía propia y el indulto.	725
D. LA QUERRELLA EN EL DELITO CONTINUADO.	731

CAPÍTULO NOVENO

LA PUNIBILIDAD DEL DELITO CONTINUADO	735
I. EN ESPAÑA.....	735
II. EN COLOMBIA	756
X. CONCLUSIONES	763
XI. BIBLIOGRAFÍA	781

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios.
ADPCP.	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AP.	Anteproyecto de Código Penal.
apt. (s).	apartado.
Aprox.	Aproximadamente.
Arch. Pen.	Archivo penale.
Art.	Artículo.
AT.	Allgemeiner Teil (Parte General).
A. Prov.	Audiencia Provincial (España).
BGH.	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal Alemán).
BOE.	Boletín Oficial del Estado Español.
C-	Sentencia de constitucionalidad.
Cap.	Capítulo.
Cas.	Casación penal.
CDJ.	Cuadernos de Derecho Judicial.
CE.	Constitución Española.
CE consulta.	Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.
Cfr.	Confróntese.
Cit.	Cita – Citado.
Com.	Comentario – Comentarios al Código Penal.
Comp.	Compendio de Derecho Penal.
Conc.	Concordancia/concuérdese.
Const. Pol./CN	Constitución Política de Colombia.
Coord.	Coordinador.
CConst	Corte Constitucional.
CC.	Código Civil.
CP.	Código Penal.
CPE.	Código Penal español.
CPCr.	Cuadernos de Política Criminal.
CP.	Código Penal colombiano.
CPIt.	Código Penal italiano.
CPM.	Código Penal militar.
CPP.	Código de Procedimiento Penal colombiano.
CPV.	Código Penal vigente.

CSJ.	Corte Suprema de Justicia de Colombia.
DC.	Delito continuado.
DdDP.	Digesto delle Discipline Penalistiche.
Dir.	Director.
D.	Decreto.
D. L.	Decreto-ley.
DP.	Derecho Penal.
e	expediente.
et al.	Y otros autores.
ed.	Edición.
Ed.	Editorial.
(Esp.)	Especialmente.
Fasc.	Fascículo.
GA.	Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
GC.	Gaceta del Congreso de Colombia.
GJ.	Gaceta Judicial (Col.).
GO.	Gaceta Oficial (Italia y Venezuela).
GP.	La Giustizia Penale.
Ibidem.	En el mismo lugar.
inc.	inciso.
Infra.	Adelante.
JA.	Juristische Arbeitsblätter.
JBl.	Juristische Blätter-Österreich
JD.	Jurisprudencia y Doctrina.
JP.	Jurisprudencia Penal.
JR.	Juristische Rundschau.
JurA.	Juristische Ausbildung.
JuS.	Juristische Schulung.
JZ.	Juristenzeitung.
JW.	Juristische Wochenschrift.
L.	Ley.
L. Hom.	Libro Homenaje.
lit.	literal.
LE.	Ley Estatutaria.
LECrím.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
MDR.	Monats-schrift für Deutsches Recht.

Mod.	Modificado.
MP.	Magistrado Ponente.
NFP.	Nuevo Foro Penal.
NEJ.	Nueva Enciclopedia Jurídica.
NJW.	Neue Juristische Wochenschrift.
NK	Nomos-Kommentar (2010).
(NN).	Negrillas nuestras.
NS.	Nueva Serie.
NStZ.	Neue Zeitschrift für Strafrecht.
NZV.	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht.
núm.	Número.
num.	Numeral.
P.	Proyecto.
p.	Página.
Par.	Parágrafo.
Párr.	Párrafo.
Penal	Sala de Casación/Decisión penal
P. Ej.	Por ejemplo.
PJ.	Poder Judicial.
(PN.)	Paréntesis Nuestros.
pp.	Páginas.
ob. cit.	Obra citada.
ob. col.	Obra colectiva
ord.	Ordinal.
rad. – RJ.	Radicado judicial.
RDPC.	Revista de Derecho Penal y Criminología.
RDJ.	Revista de Derecho Judicial.
RDP.	Revista de Derecho Público.
Red.	Redacción.
Reimp.	Reimpresión.
reg.	regla.
RI.	Revista italiana.
RIDP.	Revista italiana de Derecho Penal.
RIDPP.	Revista italiana de Derecho y Procedimiento Penal.
Riv. Pen.	Rivista Penale.
RJD.	Revista Jurisprudencia y Doctrina.

RStrG.	Código Penal del Imperio Alemán. Redacción del 15.05.1871.
SCI.	Supremo Colegio Italiano.
secc.	Sección.
sent.	Sentencia.
s/Ed.	Sin Editorial.
s/f.	Sin fecha.
SK	Strafgesetzbuch-Kommentar
SK-StGB.	Systematischer Komentar zum Strafgesetzbuch.
s/l.	Sin lugar.
s.m.m.l.v.	Salarios mínimos mensuales legales vigentes.
(SN).	Subrayado nuestro.
SP.	Scuola Positiva.
ss.	Siguientes.
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional.
Straf.	Strafrecht.
StPO.	Ordenanza Procesal Penal. Redacción del 07.04.1987.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
SSTS.	Sentencias del Tribunal Supremo.
StGB.	Código Penal. Red. del 07.04.1987.
SU	Sentencia de unificación de doctrina constitucional.
T.	Sentencia de acción de tutela.
t.	Tomo.
TC.	Tribunal Constitucional.
Tít.	Título.
(t/l)	Traducción libre.
trad.	traducción de.
TSDJ	Tribunal Superior de Distrito Judicial.
TS.	Tribunal Supremo Español.
vol.	Volumen.
Vid.	Véase.
ZStW.	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

INTRODUCCIÓN

La institución preclásica del delito continuado¹, que algunos autores contemporáneos denominan como “unidad de acción continuada” o “continuación delictiva”², tiene lugar en la teoría jurídica, cuando un sujeto realiza diversos actos ejecutivos parciales de forma seriada, más o menos similares y de la misma naturaleza típica —aspecto objetivo de continuidad ejecutiva— que, conectados entre sí por un elemento subjetivo que los abarca como una unidad de conducta en sentido amplio —aspecto subjetivo de unificación—, configuran un único delito de acuerdo con la valoración jurídica que admite tanto el correspondiente sentido social del tipo penal como el bien jurídico vulnerado —aspecto valorativo o normativo de integración típica—. Estos tres elementos conforman lo que se denomina el nexo de continuidad³.

¹ El concepto filosófico de continuación se remonta hasta ARISTÓTELES, *Metafísica*, 10ª ed., Colección Austral, Espasa-Calpe, núm. 399, p. 256 (XI, XII). Dicho filósofo indica que “[l]a continuidad es una especie de adherencia o de contacto. Se dice que hay continuidad cuando los límites en que dos seres se tocan y se continúan el uno al otro, se confunden entre sí. Se ve entonces que la continuidad se encuentra en los seres que son susceptibles por su naturaleza de llegar a ser o hacerse un ser único por contacto, y que la sucesión es el principio de la continuidad”. Sobre el concepto moderno de continuidad *vid.* NICOLA ABBAGNANO, *Diccionario de filosofía*, Alfredo N. Galletti (trad.), Santa fe de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 234-236.

² Denominaciones imprecisas: La primera, porque no distingue entre la unidad y pluralidad de conductas y la unidad y pluralidad de tipicidades. La segunda, porque supone negar la exigencia de la unidad de tipo relativa en la construcción de la figura. Se habla de figura preclásica —no en los términos de ALFONSO REYES ECHANDÍA, “El problema del delito continuado en la Dogmática penal”, en *Obras completas*, vol. III, Bogotá, Temis, 1998, pp. 631, que la consideró un verdadero caso de “paleontología jurídica”, o de LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal*, Partes General y Especial, vol. I, Bogotá, Temis, 1981, p. 460, que la trata como una “figura arcaica”— sino en el sentido dado al asunto en 1995 por JÜRGEN BAUMANN, ULRICH WEBER y WOLFGANG MITSCH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10.ª ed., Bielefeld, Gieseking, 1995, p. 728, que la consideran uno de los fenómenos más interesantes de la teoría jurídica en sentido retrospectivo; para concluir con BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, Lerner, 1963, pp. 232 y ss., que esta figura “[...] tiene ganada hoy en la doctrina, posición de figura jurídica fundamental”.

³ *Vid.* CCONST., C-368/2000 y C-551/2001, Á. TAFÚR, la última de las cuales declara que “[h]abiéndose ya establecido que el objeto del artículo 32 de la Ley 522 de 1999 es simplemente el de 'aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo 'hecho punible unitario o continuado' y, por tanto, que debe ser penado como tal" y que esta circunstancia no establece una diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar en el tratamiento del concurso de

Sin embargo, a pesar de su aparente sencillez, la doctrina y la jurisprudencia dominantes caracterizan el delito continuado como una figura enigmática de precaria y permanente formación jurídica que, a diferencia de otras construcciones dogmáticas, apenas encuentra su propia estructura por la técnica del “ensayo y error”⁴. Por ello, para muchos estudiosos el delito continuado representa una maltrecha figura que sobrelleva, a partir de una diversidad de justificaciones difícilmente conciliables entre sí, un diseño estructural —sustancial y punitivo— intensamente conflictivo en el abanico de figuras jurídico-penales que pueden estudiarse en la teoría del delito y en la teoría de las consecuencias jurídicas⁵.

Esta caracterización preliminar, que incluso algunos juristas aprecian irresoluble y otros hacen constar como indefendible a la luz del Derecho penal moderno⁶ —para aprobar, en consecuencia, la futura y gradual desaparición de la figura—, se muestra como una cansada paradoja de la dogmática penal de nuestra época. Y ello es así porque tales dictámenes doctrinales, al tiempo que buscan tejer el sino del delito continuado, contrastan de forma deslucida con una centenaria y pronunciada tradición legislativa y jurisprudencial que mantiene vigente esta institución en quince

hechos punibles, la Corte retoma los argumentos señalados en dicha sentencia, pero esta vez para descartar el cargo de violación del derecho a la igualdad invocado por la demandante en relación con el párrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000”.

⁴ Por ello MEZGER indicó, en 1938, que la enseñanza del delito continuado estaba en crisis en el Derecho penal; *vid.* “Das fortsetzungszusammenhang im Strafrecht”, en *JW*, 67 jahrgang, Heft. 52/53, III, 1938, p. 3265; EDUARDO NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, vol. II, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1966, pp. 269 y ss.

⁵ *Cfr.* JOSÉ ANTÓN ONECA, “Delito continuado”, en *NEJ*, t. VI, Barcelona, Francisco Seix, 1954, p. 4; JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 433, señala que el delito continuado es “[u]na institución sobre la que no existía una base dogmática, fija e inamovible, desde sus inicios, y una regulación legal que no hizo sino recoger la elaboración jurisprudencial sin racionalizar sus elementos y consecuencias, permitieron una aplicación en la práctica del delito continuado, casi de forma automática, y sin indagar en su fundamentación material. La propia jurisprudencia ha deducido la naturaleza de la institución según las conveniencias del caso concreto, y ello explica que pueda afirmarse que es indiferente que agrave o beneficie al reo, lo que ya evidencia la carencia de razones ligadas al tipo, al injusto y la culpabilidad, como rol conductor para la unificación jurídica de plurales acciones, pues nunca se ha ofrecido una justificación material a tal diversidad de consecuencias jurídico-penales para un mismo fenómeno”.

⁶ Así, NOVOA MONREAL, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 277, señala que la reducción de varios delitos a una única figura delictiva es un recurso arbitrario.

países iberoamericanos, usualmente por motivos prácticos de necesidad⁷. Razones que surgen de la realidad del sistema punitivo, según la entidad material de ciertas figuras jurídico-penales seriadas o progresivas.

Por tal motivo, no resulta convincente ni riguroso rechazar el delito continuado porque implique cierta ambivalencia dogmática y/o político-criminal⁸, pues esta es una característica de casi todo el andamiaje jurídico, o porque resulte una figura más problemática que otras instituciones como el concurso real de delitos. Instituciones que, difícilmente, podrían reemplazarle de forma plena —justo es decirlo—, por la incapacidad material de reflejar, con su carga punitiva⁹, el verdadero desvalor de injusto y de culpabilidad que comportan los supuestos que cubre esta institución.

En este sentido, resulta importante la afirmación de KRATZSCH¹⁰, cuando señala que ha sido un profundo prejuicio sobre la validez de las razones legales de la figura, lo que ha bloqueado el análisis necesario durante décadas en la jurisdicción y en la academia. La renuncia general al

⁷ A pesar de la opinión jurídica dominante, puede afirmarse que la figura del delito continuado (y el delito masa) goza de magnífica salud legislativa, pues está consagrada en los Códigos Penales de: ITALIA (Art. 81.2), ESPAÑA (Art. 74), PORTUGAL (Art. 30.2), MÉXICO (Arts. 17-III, 28 inc. Final y 80), GUATEMALA (Art. 71), HONDURAS (Art. 37), NICARAGUA (Art. 83), EL SALVADOR (Arts. 42, 43, 72 y 73), PUERTO RICO (Art. 80), COSTA RICA (Art. 77), PANAMÁ nuevo C.P. de 2007 (Art. 85), COLOMBIA (Art. 31, Par.), VENEZUELA (Art. 99), PERÚ (Art. 49), BRASIL (Art. 71) y URUGUAY (Art. 58). Como lo advierte ANTÓN ONECA, “El delito..., *ob. cit.*, p. 4: “[l]a consagración por la práctica, incluso donde no está representado en la ley, demuestra que la institución obedece a necesidades vitales”. Un estudio sobre el particular en FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos continuado y masa*, A propósito del Art. 31 del Código Penal, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2008, pp. 73-92; *id.*, “El delito continuado en el Código Penal Peruano” en *Anuario de Derecho penal-2003*, Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2003, pp. 381 y ss.

⁸ *Vid.* EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 861 y 862, afirman que “[...] La necesidad del concepto es elemental [...] no parece recomendable que cada vez que aparece un concepto poco estable u oscuro se lo elimine, y se acepte con ello un poder punitivo totalmente irracional. Cabe pensar que lo correcto es el esfuerzo científico por perfeccionar el concepto”; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 74.

⁹ Debe recordarse la tendencia de penalización máxima o conservadora que se imprime en la actualidad a la concurrencia de tipos, en especial en algunos ordenamientos penales como el colombiano, que incrementó la penalidad de los límites absolutos dispuestos para la acumulación jurídica de penas de 40 a 60 años de prisión, pena privativa de la libertad o hasta 76.333 s.m.m.l.v. en la pena de multa [CP, Arts. 31, inc. 2.º mod. L. 890 de 2004, Art. 1.º y 39 ord. 4.º].

¹⁰ DIETRICH KRATZSCH, “Die fortgesetzte Tat: eine Sondern form des Vorsatzdelikts”, en *JR*, Heft. 5, 1990, p. 177. (t/l). En Colombia, dicho retraso obedece, en gran parte, a la influyente postura de A. Reyes Echandía a favor de la abolición de la institución.

correspondiente establecimiento contribuye a duraderas incertidumbres en la práctica. Lo dicho se confirma, además, al advertir que la mayoría de los estudiosos del tema dejan de lado la tarea de determinar las causas reales de dicha ambigüedad e inseguridad jurídicas, al detenerse solamente en sus signos externos mediante una comparación histórica. Ausencia de seguridad jurídica que ha sido provocada por dos causas relacionadas entre sí:

(1) En primer lugar, el delito continuado no siempre ha sido objeto de un tratamiento teórico afortunado y fecundo, pues muchas veces se le da un sentido estructural difuso y una utilidad político-criminal inaceptable desde la perspectiva de los principios básicos y los fines del Derecho penal. Es más, no todos sus desarrollos científicos y jurisprudenciales consideran que se enfrentan a una figura polifacética, en la que convergen dos perspectivas distintas que —aunque complementarias— de no ser consideradas en su justa proporción, coincidirían en una construcción disfuncional en sus presupuestos y arbitraria en sus consecuencias jurídicas¹¹.

De modo breve, tales perspectivas son las siguientes:

A. En principio el delito continuado es una institución sustancial¹² que materializa —con mayor o menor autenticidad— una particular forma seriada o continua de realización del tipo penal. En realidad, se trata de un aspecto cuyo dilema fundamental radica en la carencia de acuerdos dogmáticos satisfactorios en relación con su existencia, su justificación y su forma de ser; o a la aceptación de que la misma exige una dogmática voluble y flexible que le permita amoldarse a diversos supuestos jurídicos. Una situación conflictiva que se advierte con claridad en la pluridimensión conceptual —moderna y clásica, teórica y jurisprudencial— que tiene la

¹¹ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 53, indica que “[...] la posición sistemática del delito continuado es controvertida. En el análisis de dicha figura recobra importancia el problema de la unidad y la pluralidad de acciones de modo que buena parte de su problemática debe reconducirse a la teoría jurídica del delito. Pero, indudablemente, consideraciones de política criminal inciden en la determinación del marco penal que conlleva”.

¹² En contra: GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Studienausgabe, 2.ª ed., Berlin-New York, W. de Gruyter, 1993, pp. 901-907; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 1098 y 1099, al considerarle como una institución de Derecho procesal por razón de la conexidad.

institución en la actualidad, de las múltiples formas que de ella se estudian en la doctrina¹³, y de una caótica disociación de posturas dogmáticas y político-criminales que coinciden en la evolución de la figura, relacionadas con diferentes construcciones teóricas sobre la acción, la norma y el delito¹⁴.

Es más, la mayoría de las concepciones sobre la materia se forjaron con ignorancia de los lineamientos derivados de la teoría de la unidad y la pluralidad de conductas¹⁵ y con el impulso de soluciones dogmáticas parciales para remediar una variedad de conflictos punitivos o procesales que terminaron por acomodar su noción y su naturaleza material a las figuras de la teoría del concurso de delitos. Una metodología que sacrifica sus perspectivas de desarrollo y su naturaleza, para diluir sus contornos sustantivos en círculos procesales, con lo que logra determinados efectos simbólicos a partir de sus consecuencias jurídicas. Todo lo cual genera más confusión dogmática y sólo una aparente adecuación político-criminal. Ya MEZGER¹⁶ advirtió a comienzos del siglo XX —y con razón— en torno a la necesidad de hacer un esfuerzo metodológico en el marco del problema más

¹³ Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 131 y 132, enumera las distintas posibilidades teóricas que puede tener el delito continuado, “[...] a) delito continuado comisivo doloso; b) delito continuado comisivo culposo; c) delito continuado omisivo (doloso o culposo); d) delito continuado con un mismo sujeto pasivo (bienes personales o patrimoniales); e) delito continuado con sujeto pasivo plural en tratándose de bienes patrimoniales o impersonales; f) delito continuado con sujeto pasivo plural en tratándose de bienes “altamente personales”; g) delito continuado de sujeto activo único con pluralidad de intervinientes; h) delito continuado con sujeto activo único sin pluralidad de intervinientes; i) delito continuado con sujeto activo —conformado o no por una pluralidad de intervinientes— acompañado de partícipes comunes o no comunes en los diversos episodios criminosos; j) delito continuado masa en sus diversas modalidades (con unidad de sujeto pasivo del delito, pero con pluralidad de sujetos pasivos de la acción; con pluralidad de sujetos pasivos del delito); k) delito continuado con unidad de acción (realización sucesiva de un dolo general); l) delito continuado con “unidad de conducción punible de vida”, que descansa en el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o de la misma situación permanente, (como “culpabilidad de conducción de vida”) (WELZEL), m) delito continuado previsto expresamente en la Parte especial del Código, que prevé tipos para los cuales la pluralidad o repetición de los actos en ellos descritos es legalmente indiferente (NOVOA MONREAL), etc.”.

¹⁴ Sobre el particular, *vid.* ANTÓN ONECA, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 4; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1994, p. 583; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 24; VINCENZO BRUNO MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati, Per una microfisica del molteplice*, Collana di studi penalistici, vol. XXIV, Padova, Cedam, 2002, p. 4.

¹⁵ *Cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 583, quien advierte que en esta materia no sirve como criterio decisivo la acción, “[...] sino lo que se pretende con la pena tanto respecto de la protección de los bienes jurídicos como en referencia a su imposición”.

¹⁶ *Vid.* MEZGER, “Das Fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 3265.

grande de la unidad y la pluralidad de acciones, para efectuar las clarificaciones necesarias sobre esta cuestión.

B. No se afirma que deban ignorarse las consecuencias que produce la institución en la realidad, a la hora de explicarla y determinar su estructura jurídica, porque el delito continuado también se destaca por revestir la naturaleza de una solución punitiva para la entidad sustancial que representa. De hecho, su pervivencia en el ámbito jurídico descansa —como sucede respecto a cualquier otra figura jurídica— en la capacidad de los jueces penales para determinar con certeza cuál es la consecuencia legal que debe aplicar para solucionar el caso concreto.

Por cierto, frente a esta perspectiva tampoco existen verdaderos consensos entre la doctrina ni en las diversas legislaciones positivas que la consagran. Al respecto, en nuestro entorno jurídico se puede constatar una amplia variedad de fórmulas de penalización para esta particular institución —algunas muy desafortunadas—, según la naturaleza sustantiva que se acoja. Ello es así no sólo para hipótesis como el delito continuado simple y el delito masa, sino también para supuestos previstos en el Derecho penal especial, atendidas las nuevas y viejas morfologías delictivas tipificadas con el propósito de proteger bienes jurídicos, sobre todo de jaez patrimonial, colectivos o supraindividuales («no personalísimos»).

Cabe señalar que se trata de una naturaleza punitiva a la cual se le imputan —de forma reiterada— muchos de los espacios de incertidumbre y confusión que tiene la teoría de la pluralidad de tipicidades. Sin que sea menos cierto que tales espacios son causados por el roce de esta figura con otras instituciones de la teoría del delito o de la punibilidad, o a fricciones o antinomias entre estas, como lo demuestra de forma insistente la doctrina, por ejemplo: entre el aparente concurso y el concurso ideal de tipos o entre ellos y el concurso real¹⁷. De hecho, el delito continuado se podría comparar con la figura geométrica del triángulo, pues a su izquierda limita con el concurso ideal, a su derecha con el real y, en su base, descansa con otros

¹⁷ Efectúa las debidas distinciones entre el delito continuado y otras figuras jurídico-penales: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 25, cita al pie núm. 41.

supuestos de unidad de acción como, p. ej.: el delito permanente o el habitual.

En fin, a pesar de la enorme importancia que tiene el delito continuado en la práctica jurídica, lo dicho evidencia la inexistencia de una base dogmática con la suficiente lucidez político-criminal, no solo para definir claramente sus elementos jurídicos esenciales, sino también para facilitar su aplicación adecuada y uniforme a los casos que plantea la práctica jurídica común (piénsese en las hipótesis de fraudes telefónicos a millares de usuarios o en las estafas por la Internet). Ello, al menos, sin que sea indispensable desviar la atención a otras figuras jurídicas en el ámbito de la unidad y la pluralidad de tipos, con el propósito de descifrar por defecto o de manera intuitiva el alcance de los límites normativos del delito continuado. Metodología que, de forma desacertada, sigue la doctrina dominante al abordar el estudio de este tema.

De igual manera, esta insuficiencia dogmática no se puede legitimar desde la perspectiva político-criminal con el pretexto de que el delito continuado tuvo un origen y una evolución prevalentemente jurisprudencial. Es más, qué duda existe en el sentido de que la mayoría de las instituciones jurídicas en nuestro medio han sido fruto de desarrollos jurisprudenciales. Además, es claro que las construcciones académicas cuyo desarrollo se deja librado de forma exclusiva a la praxis no alcanzan un progreso científico adecuado, tanto para encontrar una explicación coherente dentro de las estructuras del delito y la punibilidad, como para satisfacer las exigencias de cognoscibilidad que demanda el Derecho penal bajo el paradigma de Estado social y democrático de Derecho.

(2) Ahora bien, como segunda causa de ambigüedad se puede señalar que la aplicación judicial del delito continuado se caracteriza —no obstante que en España el TS ha logrado cierto consenso jurisprudencial sobre el tema— por su excesiva fragmentariedad, su notoria inseguridad y, desde luego, por un casuismo extremo —de cierta forma y a ciertas modalidades delictivas¹⁸— [STS del 22.03.1966 (RJ. 1966-1378) y STS del 05.04.1967 (RJ. 1967-

¹⁸ Así lo expone MARÍA TERESA CASTIÑEIRA PALOU, *El Delito continuado*, Prólogo del Prof. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 27 y 28.

1419)]. Precisamente, el común denominador en la evolución jurisprudencial del delito continuado es que los tribunales, algunas veces, lo aplican en beneficio del procesado mientras que, en otras ocasiones, lo niegan bajo supuestos de hecho similares, para aplicar una sanción más severa que la ordinaria. Ello, sin olvidar el abuso político propiciado por la práctica al aplicar la figura a modalidades delictivas en las cuales no procede la continuación delictiva.

Lo anterior, no solo como consecuencia inequívoca de la necesidad del uso funcional del instituto, generalmente por motivos de economía procesal¹⁹, sino también por discutibles razones preventivas —la defensa social— o por las connotaciones de la política penal del momento, acordes con el pensamiento social imperante. Situación que se ha visto agravada por la deficiencia de un desarrollo científico adecuado y estable sobre la materia. ¡Todo un verdadero círculo vicioso! Una ambivalencia que tiene lugar por el ejercicio cuestionable de una hermenéutica que —influida por un dudoso sentimiento pragmático o de ecuanimidad popular y mediática— imprime a la discrecionalidad del Juez una horma de precomprensión eficaz del resultado jurídico, aplicada con posterioridad en la sentencia judicial, por la percepción global del juzgador sobre la estructura y gravedad de los hechos seriados sometidos a juicio²⁰.

Por ello, basta advertir cómo la jurisprudencia ha llegado hasta el punto de trastocar —sobre todo en algunos casos delictivos significativos— algunos requisitos secundarios del delito continuado en elementos dogmáticos principales, con el propósito de restringir o ampliar de manera injustificada

¹⁹ En tal sentido, *vid.* ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito continuado, Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones continuadas”, en *El nuevo Derecho Penal español*, Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (Coords.), Navarra, Aranzadi, 2001, p. 185.

²⁰ Forma de proceder que critican: KARL LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, M. Rodríguez Molinero (trad.), 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001, p. 199; BERND SCHÜNEMANN, “El refinamiento de la dogmática jurídico penal”, en *Temas actuales y permanentes después del milenio*, Lourdes Baza (trad.), Madrid, Tecnos, 2002, p. 18. Sobre dicha forma de proceder en la evolución jurisprudencial del delito continuado y sus secuelas, luego de la regulación legislativa, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 22 y ss.

la aplicación de la figura²¹. En efecto, en la primera mitad del siglo XX ciertos sectores de la doctrina dominante y la jurisprudencia españolas, erigieron de manera inaceptable la indeterminación procesal de los hechos sometidos a juicio, como un requisito esencial para configurar (incluso de manera automática) el nexo de continuidad, con lo cual la institución se perfiló como una figura de naturaleza procesal que desnaturalizó la garantía del *in dubio pro reo*. Inclusive, no han faltado posturas jurisprudenciales que reclaman una teoría de la continuación delictiva basada en el “arbitrio judicial”, que le permita al operador jurídico construir la institución sin patrones dogmáticos fijos, ello es, como resultado de una impresión subjetiva de conjunto sobre los hechos procesales sometidos a juzgamiento [STS del 19.05.1989 (RJ. 1985-497), recientemente: STS de 23.03.2009 (RJ. 1807-2009)].

Vistas las cosas desde este modo, se puede afirmar con la doctrina dominante que el interés principal en la disputa dogmática y político-criminal que rodea el delito continuado, así como también a sus múltiples variantes jurídicas como el delito masa, es la búsqueda de la seguridad jurídica sobre su naturaleza, sus elementos estructurales y su justificación material²². Eso sí, siempre que tal “seguridad jurídica” se entienda como la certeza de que la construcción científica —deductivo-conceptual— permitirá delinear un campo de aplicación jurisprudencial taxativo, preciso y coherente respecto de la figura, en comparación con otras formas de realización del delito, atendidos el sistema de valores y la jerarquía de los bienes jurídicos en los ordenamientos constitucional y penal.

Por las consideraciones expuestas, es necesario desarrollar una construcción que sirva como base hermenéutica de sentido para el juez, que exprese una solución sistemática real o “practicable socialmente”²³. Es decir, una

²¹ Vid. Juan Córdoba Roda, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Alejandro del Toro Marzal y José Ramón Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, vol. ii, Barcelona, Ariel, 1972, p. 319.

²² Vid. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 102 y ss.

²³ Sobre este punto vid. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 57, cuando advierte que “la jurisprudencia viene a ser “el Derecho penal viviente” el que acerca verdaderamente el mundo de los principios con el de la realidad, y al revés.

fórmula conceptual más cercana a la realidad meta-jurídica desde el punto de vista dogmático, y más justa y racional en clave de proporcionalidad en la aplicación de la figura, como una solución sancionatoria “éticamente orientada” a ciertas modalidades delictivas. De tal suerte que la construcción del delito continuado corresponda a la realidad social y a los principios político-criminales previstos por la Constitución y la Ley.

Todo ello, como es apenas natural, evita que el instituto en examen se convierta en un “comodín punitivo efectista” al servicio de razones históricas o políticas de oportunidad, o que sirva a la consuetudinaria necesidad correctiva del Derecho penal, que de ordinario plantea la figura como un simple problema de interpretación político-criminal de las consecuencias jurídicas a imponer al hecho realizado, cuando no sea proporcional aplicar la normativa concursal. De lo contrario, habría que dar la razón a quienes sustentan la necesidad de abolir de forma definitiva la figura del delito continuado del ordenamiento punitivo, con la consiguiente pérdida de un instrumento jurídico de extraordinaria valía ante ciertas situaciones de conflicto, sobre todo patrimoniales y socioeconómicas. Es más, se trata de una certeza que sólo se puede lograr, si se reconoce que esta figura —que por cierto nació con un propósito exclusivo de “*pietatis causa*”— en la actualidad representa una institución distinta, que demanda refinar sus fundamentos y elementos estructurales esenciales. Resulta, pues, inaceptable la idea de permanecer fiel a la letra de la ley y desconocer la función que cumplen los institutos jurídico-positivos en la realidad postmoderna que les precede²⁴.

De este modo, la institución del delito continuado representa hoy uno de los objetos de reflexión político-criminal más interesantes y complejos de la moderna dogmática penal que, por supuesto, al superar el ámbito exclusivo de la jurisprudencia, recobra especial importancia en relación con el concepto material del delito, frente a nuevas modalidades criminales en el

La verdadera penetración de los problemas sociales en el Derecho se realiza definitivamente en las decisiones judiciales”.

²⁴ Una exposición sobre el tema en LARENZ, *Metodología...*, ob. cit., p. 477. Vid. JUAN DEL ROSAL, *Política criminal*, Barcelona, Bosch, 1944, p. 20.

mundo moderno²⁵. Ello, a pesar de no tratarse de uno de los temas de “moda” preferidos por los estudiosos del Derecho penal, aunque en general tampoco lo es el asunto de la unidad y pluralidad de conductas y tipicidades, quizás por su complejidad teórica. No se puede desconocer que esta institución jurídica fue introducida en la legislación Colombiana de 2000, Art. 31 Par., y que el Art. 74 del CPE/1995 fue reformado por la LO 15/2003, vigente a partir del primero de octubre de 2004. Reformas de la parte general que, por supuesto, no rigen para todo tipo de fenomenologías criminales previstas en la parte especial de los estatutos punitivos²⁶.

Dicho lo anterior, se busca revisar, readaptar o precisar desde el ángulo político-criminal lo existente y que, al ser de enorme utilidad práctica, puede constituir una herramienta efectiva contra la criminalidad. Tal institución jurídica es el delito continuado y alguna de sus variantes, particularmente el “delito masa”. Para ello, resulta fundamental concretar con claridad no solo estas instituciones sino, también, toda una serie de categorías y conceptos jurídicos y prejurídicos que bien les preceden o les acompañan en su forma y en su sustancia. Por lo que hace a este último aspecto, el objeto específico de análisis se limita a los presupuestos fundamentales que sirven para tratar los diversos aspectos sistemáticos, estructurales y problemáticos del delito continuado y masa en nuestro entorno cultural.

Además, desde una perspectiva metodológica, se revisan las configuraciones dogmáticas de los ordenamientos penales español y colombiano, sin desconocer aspectos puntuales de los ordenamientos italiano y alemán. Temas como: la evolución del delito continuado, la unidad y la pluralidad de conductas, y las diferencias entre la continuación delictiva y otras instituciones que se estudian comúnmente en la teoría del Derecho penal, con especial dedicación al concurso de delitos y a las controversias jurídicas que les son inherentes; y, para concluir, los elementos y la justificación político-criminal del delito continuado. En cualquier caso, no se puede

²⁵ Vid. RICARDO POSADA MAYA, “Aproximación a la Criminalidad informática en Colombia”, en *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, Cijus-GECTI, Uniandes, 2006, pp. 1 y ss.

²⁶ En contra: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 17, se pregunta: “¿cómo se justificaría dogmáticamente [...] que el concurso real [...] determinara unas u otras consecuencias en atención a la clase de realización típica que ha tenido lugar?”.

olvidar que las instituciones penales son abiertas, complejas y pluritemáticas, y que muchos de los presupuestos teóricos del delito continuado constituyen por sí mismos amplísimos campos de investigación jurídica, cuya complejidad e inabarcable literatura general y especializada hace necesario, al menos por lo que se refiere a su comprensión adecuada, establecer puntos de acuerdo comunes en la doctrina y la jurisprudencia, que permitan avanzar de forma racional sobre el tema en niveles específicos de análisis.

YY

De este modo, en el Capítulo Primero, que se dedica a “La unidad y pluralidad de conductas”, se busca hacer claridad sobre estas dos categorías y perfilar las diferentes concepciones expuestas por la doctrina sobre la materia. Se trata de un tema que, de forma excepcional, se analiza con independencia de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos, a pesar de su importancia en la teoría general del Derecho penal, lo cual ha provocado confusiones sistemáticas con la primera teoría, pues ambas concepciones no son reductibles la una a la otra.

Asimismo, resulta ineludible fijar una postura sobre el particular, para más adelante verificar si el delito continuado constituye o no, según su concepto y naturaleza jurídica, un supuesto en el que se pueda exigir como presupuesto fáctico una unidad de acción y de qué clase —*ontológico-normativa, jurídica o natural*—, o simplemente debe verse con él la simplificación de diversas conductas autónomas. Ello, con independencia de los requisitos positivos vigentes, pues la conclusión en esta materia permite luego, en el ámbito del análisis de los requerimientos del delito continuado, determinar si las diversas regulaciones positivas han sido afortunadas y consecuentes.

Luego, en el Capítulo Segundo, que se llama “El delito continuado en la teoría general de la unidad y la pluralidad de tipicidades”, se abordan los presupuestos —a partir de la teoría de la unidad y pluralidad de conductas— para determinar en qué casos se está en presencia de una unidad típica y en cuáles se enfrenta una pluralidad de tipicidades. Asimismo, se estudian los

diversos sistemas punitivos para sancionar los eventos de concurso, lo que permite analizar con mayor lucidez las distintas perspectivas penológicas que ofrecen los ordenamientos jurídicos respecto a la punibilidad del delito continuado.

La justificación del análisis del concurso de tipicidades es evidente. No es posible negar que, tanto desde el punto de vista histórico como dogmático, el delito continuado y el concurso efectivo de tipos cuenten con una relación simbiótica. Una sociedad de mutua fundamentación dogmática y punitiva que resulta necesario precisar de forma detenida, dado que aun hoy muchos autores consideran la continuación como una modalidad especial o excepcional del concurso de delitos. Así mismo, se abordan las distintas modalidades de pluralidad delictiva según su concepto, naturaleza y requisitos fundamentales, lo que permite establecer cuáles son sus diferencias y semejanzas con la continuación. Ello, sin olvidar verificar el tratamiento de dichas instituciones en las legislaciones colombiana y española.

Como es de suponer, el criterio asumido para distinguir la unidad de la pluralidad de acciones permite precisar, a partir de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos, a qué concepto jurídico se ajusta el delito continuado, en relación, a su turno, con los conceptos de norma penal y delito. Ello es, determinar si el delito continuado por su naturaleza es una modalidad de concurso real de delitos, como una pluralidad de acciones unificadas jurídicamente o, por el contrario, es una especie de delito único o una forma de realización especial del tipo penal precedida por una unidad de conducta en sentido amplio, según se determina en el capítulo Primero.

También se analiza la relación jurídica existente entre el concurso ideal y el aparente concurso de tipos que, como se verá en su momento, tiene importancia trascendental en el delito continuado, al definir la frontera entre la unidad y la pluralidad de tipos (concurso ideal o real) o la integración normativa del nexo de continuidad.

En el Capítulo Tercero, titulado “Origen y evolución del delito continuado”, se analizan ambas perspectivas, pues la simple historia de las instituciones

significa muy poco si de ella no se derivan los criterios necesarios para una adecuada interpretación del por qué y cómo las estructuras jurídicas adquieren o pierden sus rasgos fundamentales hasta la actualidad. Más en esta materia, en la que el pasado parece cumplir un papel importante en su desarrollo y aplicación. En consecuencia, se estudia de manera sintética su origen, para abordar luego su evolución prelegislativa y legislativa principalmente en España y en Colombia; sin olvidar, por supuesto, algunos países con profunda influencia histórica en nuestras legislaciones como Italia y Alemania. De hecho, se pretende lograr un primer acercamiento al estado normativo de la figura en la actualidad.

A su turno, en el Capítulo Cuarto, intitulado “Concepto y fundamento del delito continuado”, una vez precisados los límites de las figuras que rodean la institución jurídica en estudio, en especial las distintas modalidades concursales, se aborda el complejo tema del fundamento del delito continuado que es punto crucial para legitimar cualquier construcción teórica sobre esta controvertida institución jurídica. El esfuerzo por encontrar una justificación de naturaleza dogmática o sustantiva, sin abandonar algunas perspectivas utilitaristas, es la constante de este trabajo. Además, cómo se verá, se trata de un punto fundamentalmente ligado a la naturaleza de la figura en estudio, pues mientras más artificial o ficticia sea la teoría acogida para explicarla, menos convincente resulta su fundamento, mirado desde una perspectiva *ex post*. Así las cosas, se analiza esta figura de la parte general no sólo desde el ángulo de las teorías clásicas como la ficción sino desde la perspectiva de las modernas vertientes ontológico-normativas o jurídicas, a cuyo efecto se toma posición sobre el particular.

El Capítulo Quinto se denomina “Los elementos del delito continuado (I)”, y se complementa con el capítulo siguiente, ello es, aquel dedicado a analizar el aspecto subjetivo de unificación. En este acápite se estudian los elementos objetivos imprescindibles para estructurar esta figura seriada y progresiva (continuada), con especial énfasis en: (i) la unidad de acción jurídicamente compuesta por varias acciones u omisiones naturales, (ii) la restricción político-criminal de la acción continuada respecto de algunos bienes “eminentemente personales”, y (iii) los requisitos de unificación

típica. Naturalmente, se observa la dificultad para encontrar puntos comunes entre legislaciones tan distintas como la española y la colombiana, al menos por lo que respecta a los tópicos comentados.

A su turno, en el capítulo Sexto, que se nombra como “Los elementos del delito continuado (II)”, se estudia el difícil tema del elemento subjetivo de la continuación, particularmente por lo que se refiere a las diversas exposiciones doctrinales sobre la materia (teoría de la culpabilidad homogénea, del dolo total, del dolo continuado, etcétera). Teorías vinculadas de manera cercana con aquellas otras construcciones sobre la naturaleza de la institución. Al respecto, es bueno anotar la importancia del análisis realizado a las teorías mixtas, como epicentro de la regulación penal española, según el Art. 74. Ambos capítulos permiten cerrar de forma adecuada el análisis de los elementos característicos del delito continuado moderno, a la par que señalan la verdadera naturaleza dogmática o sustantiva de esta institución jurídica.

En seguida, en el Capítulo Séptimo, titulado “El delito continuado con sujeto pasivo masa (Delito-Masa), se lleva a cabo una revisión en torno al origen y el desarrollo de esta particular figura, sin olvidar su compleja y discutida naturaleza jurídica, sus elementos y su punibilidad. El punto central es analizar el delito masa como una figura derivada del delito continuado, y no como una construcción completamente distinta o que no tiene mayor relevancia en el ámbito del moderno del derecho patrimonial y socio-económico.

En el Capítulo Octavo, que se llama “Aspectos problemáticos del delito continuado”, se abordan los aspectos sustantivos y procesales más discutidos en la evolución de la figura como, por ejemplo: (i) la coautoría y la participación, (ii) la continuidad y el principio de favorabilidad, (iii) las modificaciones típicas y la tentativa de continuación, (iv) los delitos continuados imprudentes o culposos y (v) los delitos continuados omisivos, entre otras cuestiones relevantes en materia dogmática.

A su turno, desde el punto de vista adjetivo se analizan aspectos como: (i) el problema de la «*res iudicata*» y el delito continuado, (ii) los ámbitos de

validez de la norma penal en la continuación delictiva, (iii) las causales de extinción de la responsabilidad, en particular la prescripción de la acción, las amnistías y el indulto. Finalmente, (iv) se examina el problema teórico de los delitos continuados querellables. En realidad, se trata de aspectos frente a los cuales la doctrina aún no encuentra consensos teóricos satisfactorios, o de aspectos cuya solución es en extremo compleja a partir las teorías tradicionales de la continuación. Se busca, entonces, romper la contención temporal que rodea la evolución del delito continuado en estas materias.

A continuación, en el Capítulo Noveno, que se destina a la “Punibilidad del delito continuado” en España y Colombia, se trata un aspecto poco analizado por las diversas obras que estudian esta figura delictiva, a pesar del enorme material jurisprudencial que rodea —al menos en España— esta materia en la que, por cierto, confluyen todos los elementos sustantivos y políticos-criminales expuestos para dar forma concreta a la intervención del Estado. Por tal motivo, se aborda este tema de manera independiente y autónoma, a cuyo efecto se estudian las diversas posibilidades de adecuación de la pena a los principios de necesidad y culpabilidad. Este análisis también es importante en la legislación colombiana que posee una fórmula punitiva ambigua y desproporcionada, cuestionada de forma amplia por la doctrina penal nacional.

Para culminar, en el Capítulo Décimo, que se dedica a las “Conclusiones”, se precisan las ideas más importantes propuestas y desarrolladas en los capítulos anteriores, en relación con cada uno de los temas jurídicos tratados. Debe advertirse, como es natural, que dicho capítulo no pretende sustituir los desarrollos concretos del texto que, a modo de síntesis, se exponen a lo largo de la exposición.

Capítulo Primero

LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Resulta común que los operadores jurídicos, al considerar un determinado hecho procesal, enfrenten el análisis de una conducta penalmente relevante —acción única o unidad de acción— que se ajuste desde el ángulo jurídico a un solo “supuesto de hecho” o tipo penal. Por supuesto, las cosas no siempre son tan simples en la práctica jurídica, porque también puede ocurrir que tal comportamiento se adecue de forma simultánea a dos o más tipos penales idénticos o disímiles —concurso formal o ideal—; o, también, que el sujeto realice una pluralidad de conductas independientes que encajen en varios tipos penales semejantes o diferentes —concurso material o real—. Así mismo, no menos complejos son aquellos eventos en los cuales la conducta del agente reviste alguna forma de ejecución especial del tipo penal como, por ejemplo: cuando ésta se desarrolla de manera fraccionada mediante varios actos particulares progresivos, hasta lograr por completo el plan criminal que diseña el autor —delitos continuado y masa—; o, cuando diversos actos parciales mantienen o prolongan el estado consumativo requerido por el tipo legal, que el autor alcanza de forma previa con el primer comportamiento —delito permanente—.

Así las cosas, lo dicho relievaa la importancia del comportamiento humano como base para la determinación de una serie de categorías jurídico-penales que implican consecuencias penales disímiles para el autor, y que requieren mayor profundización y delimitación de aquellas modalidades del supuesto fáctico que las preceden, conforme a un Derecho penal de acto [CPE, Art-1.º y CP/2000, Art. 6.º]. Ello es así, no sólo desde el nivel liminal de la teoría jurídica del delito, sino también desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, aunque ello no resulte fácil ni mucho menos de sencilla catadura jurídico penal.

En este orden de ideas, una primera, necesaria y compleja reflexión sobre el tema, tiene relación con las preguntas¹: ¿Qué se puede o no valorar como una unidad de conducta—Handlungseinheit? ¿cuándo se presenta una pluralidad de conductas—Handlungmehrheit? y ¿cuál es el criterio adecuado para definir la unión o separación jurídica de la conducta, compuesta por una serie continua de acciones u omisiones en sentido naturalístico? Aspectos frente a los cuales la ley no da una respuesta expresa y de los que trata la teoría de la unidad y pluralidad de conductas, algunas veces denominada indebidamente como “conurrencia”², “unidad y pluralidad de delitos” o “unidad y pluralidad de hechos punibles”.

Vistas las cosas de este modo, el problema de la unidad o pluralidad de tipicidades debe pasar al comienzo por el filtro de la teoría de la unidad y pluralidad de conductas. De hecho, en la práctica son temas inescindibles aunque gocen de cierta autonomía conceptual, pues son las caras de una misma moneda³. Sin que sea menos cierto que el tema de la unidad de conducta tiene relación —de manera fundamental— con el delito único o el concurso ideal, mientras que la pluralidad de conductas, con algunas excepciones, está conectada con el concurso real de delitos.

¹ Vid. KLAUS GEPPERT, “Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)”, en *JurA*, 4 jahrgang, Heft 7, Berlin, de Gruyter, 1982, p. 361; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1074 y ss., sin embargo, *ibidem*, pp. 1076 y 1077, opina: “[e]s dudosa la constitucionalidad de la distinción entre unidad y pluralidad de hechos, dada la arbitrariedad del límite entre una y otra [...]”; HANS WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 224 (HANS WELZEL, *Derecho Penal alemán*, Parte General, 11 ed. alemana y 4ª castellana, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez P. (trads.), Santiago, Jurídica de Chile, 1997, p. 265; JOSÉ CERESO MIR, *Derecho Penal*, Parte General, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2008, p. 1009; *id.*, *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, VOL. III, Teoría jurídica del delito/2, Madrid, Técnos, 2001, p. 289; FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, Parte General, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 460; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 856; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 575.

² Vid. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2009, p. 983, critica tal denominación al indicar que la unidad y pluralidad de acciones cobija fenómenos que, ni siquiera en un sentido muy amplio del término, logran ser cobijados completamente por la locución “conurrencia”, entendida ésta dentro de sus límites correctos.

³ Vid. ANTONIO PAGLIARO, *I reati connessi*, Collana di studi penalistici diretta da Giuseppe Bettiol, Palermo, G. Priulla, 1956, pp. 10 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal*, Parte General, 8ª ed., Barcelona, Reppertor, 2006, p. 639, §2, señala con razón: “[n]o cabe, pues, prescindir de la problemática de la unidad o pluralidad de hechos y entender que basta estudiar la unidad y pluralidad de delitos”; YESID REYES ALVARADO, *El concurso de delitos*, Bogotá, Ed. Reyes Echandía Abogados, 1990, pp. 9 y 10.

II. SOBRE LA UNIDAD O DUALIDAD DEL CONCEPTO DE CONDUCTA

Ahora bien, cuando desde la perspectiva metodológica se aborda el concepto general de unidad o pluralidad de acciones —aquí conductas— es necesario precisar, en primer lugar, si el concepto básico de conducta —causal, final, social o funcionalista radical o moderado del delito, personal, negativo y significativo, etcétera⁴— es el mismo que se emplea tanto en la teoría del delito como en la teoría del “concurso”. Al respecto pueden advertirse dos posiciones generales⁵:

En primer lugar, un extenso grupo de autores⁶ sostiene que la concepción normativa de “conducta” en el sentido de la teoría de la unidad y pluralidad tipicidades es completamente distinta y autónoma del concepto de conducta humana empleado en la teoría del delito. Dicha lectura dominante del concepto tiene lugar, bien porque la unidad y pluralidad de “acciones u omisiones” se vincula como uno de los presupuestos de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos, con lo cual se le niega a la conducta un lugar

⁴ Sobre el tema, *vid.* SEBASTIÁN JOSÉ AMADEO: *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Universidad, 2007; JOSÉ MANUEL ARIAS ELBE, “El nuevo sistema de derecho penal de Vives Antón: Notas a un nuevo modelo metodológico normativo”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10 (2006-2007), pp. 263-267, *vid.* cibergrafía; PAULO CÉSAR BUSATO, *Derecho penal y acción significativa*. Un análisis de la función negativa del concepto significativo de acción en el derecho penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 93 y ss.; MANUEL JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Prólogo del Prof. Dr. Joan J. Queralt, Madrid, Colex, 1994; KARL HEINZ GÖSSEL, “Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción”, en *Derecho Penal contemporáneo*, núm. 21 (oct.-dic.), Bogotá, Legis, 2007, pp. 153 y ss.; MIGUEL POLAINO NAVARRETE, “¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?”, en *Derecho Penal y sociedad*, vol. 1, Eduardo Montealegre Lynett (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 189-225; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, ob. cit.*, pp. 514 y ss.; *id.*, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Medellín, Comlibros, 2007, pp. 239 y ss. Sobre el concepto finalista de la acción, *vid.* HANS WELZEL, *El Nuevo sistema del Derecho penal*, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, José Cerezo Mir (trad.), Barcelona, Ariel, 1964, pp. 25-36.

⁵ *Vid.* URS KINDHÄUSER, ULFRID NEUMANN y HANS-ULLRICH PAEFFGEN, *NomosKommentar, Strafgesetzbuch*, Band 1, 3 Auf., Nomos, 2010, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff, 2 Abschnitt/Die Tat) p. 438.

⁶ En la doctrina colombiana, *cf.* PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 401; ALFONSO REYES ECHANDÍA, “Derecho Penal General”, en *Obras completas*, vol. 1, Bogotá, Temis, 1998, p. 105; *id.*, *La tipicidad*, *ob. cit.*, pp. 90 y 105 y ss. En la doctrina española, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 88 y ss.; MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 766; JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, MANUEL (DIR.) et al., *Comentarios al Código Penal*, vol. III- Arts. 24-94, Madrid, Edersa, 2000, pp. 938 y ss.

independiente por fuera de la tipicidad⁷; o bien, porque se entiende que el concepto en mención cumple funciones metodológicas diferentes en ambas teorías: en la del delito define y limita de forma valorativa los presupuestos mínimos de la posible materia de intervención del Derecho penal, vinculada a la tipicidad individual (normas de primer nivel); mientras que, en la del concurso de delitos, el hecho o la acción funciona como supraconcepto contextual que aglutina toda realización ontológica o naturalística, para determinar cuándo es posible considerar la existencia valorativa de una unidad o una pluralidad de tipicidades (norma de segundo nivel)⁸. Desde luego, la norma de segundo nivel (concurso) supone satisfechas la existencia y relevancia social de la acción naturalística o normativa (en términos típicos aunque no necesariamente típicamente determinada), cualquiera que sea el concepto teórico asumido sobre ella.

Más aún, parte importante de esta doctrina considera que el concepto empleado por la teoría de la unidad y pluralidad de tipos se debe reconducir a la voz “hecho”, utilizada por el Art. 73 del CPE de 1995, según se indica, porque esta locución comporta ventajas dogmáticas sobre la noción tradicional de acción, pues el legislador quiso expresar un concepto técnico-normativo —como expresión o manifestación exterior de la voluntad concreta del sujeto— no circunscrito a meras realidades ontológicas o naturalísticas⁹. Una noción que tenga la capacidad para adecuarse desde la

⁷ Vid. PAULO CÉSAR BUSATO, *Derecho penal y acción significativa*. Un análisis de la función negativa del concepto significativo de acción en el derecho penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 155, afirma que “[e]n realidad la simple unión del tipo a la acción, para la composición de la «acción típica», por sí solo no soluciona los problemas de la acción y tampoco parece conducir a un concepto de acción más adecuado” y luego agrega que ello conduce “[...] a una criticable perspectiva exclusivamente normativa del sistema, ya que todo el contenido de la acción se pasa al tipo, vaciando aquel concepto” y en la p. 156, añade que “El tipo, aisladamente, abre la puerta al riesgo de una dogmática que desprece garantías, como subordinado de la acción, sirve tan sólo como disfraz de una concepción normativa”.

⁸ Sobre el particular, *cfr.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 88, considera que los conceptos causal, social y final no desempeñan un papel relevante en la teoría del concurso; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 766; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 400 y 427.

⁹ En este sentido, *vid.* JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR et. al., *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 855; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 90, indica: “el término «hecho» presenta ventajas frente al de «acción» al comprender también casos de pluralidad de acciones en una estricta perspectiva natural”, aunque al final acepta que «hecho» y «acción» son sinónimos en el contexto legal vigente. Lo cierto del caso es que esta es una ventaja pírrica, cuando en la doctrina contraria se

perspectiva metodológica a un “presupuesto” jurídico-penal, bien porque permita abarcar todo el sustrato de valoración jurídica, es decir, el momento ejecutivo, el causal y la materialización del contenido del tipo exteriorizada en el resultado cuando sea pertinente; o, porque se adecúe mejor a los casos de unidad típica de acción¹⁰. En fin, como se verá luego, se trata de una construcción teórica vinculada de ordinario con la teoría de los resultados o del número de tipos en materia de unidad y pluralidad de acciones, que desde luego se opone a la idea de un simple proceso ejecutivo del delito.

Así mismo, esta postura tradicional no resulta plenamente satisfactoria desde el punto de vista dogmático, salvo que el concepto de acción se quiera circunscribir a la noción de “tipo de injusto”, para comprender de este modo las características propias de la antijuridicidad de la conducta en la tipicidad; teoría que, por cierto, no es unánime en la doctrina contemporánea¹¹. Además, parte de la doctrina utiliza la voz “hecho” de

considera que una pluralidad de acciones en una estricta perspectiva natural no tiene autonomía en el Derecho Penal, más allá de conformar una acción en sentido natural, atendida la ley de la complejidad; MIGUEL ÁNGEL ARCE AGGEO, *Concurso de Delitos en Materia Penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Universidad S.R.L., 2007, pp. 51 y ss.

¹⁰ Así, *cf.* ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 162; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal fundamental*, Teoría general del delito y punibilidad, 2ª ed., vol. II, Bogotá, Temis, 1995, p. 427; GUSTAVO PELÁEZ VARGAS, *Manual de Derecho Penal*, Medellín, Bedout, 1981, p. 191; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La tipicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 524, indica que “el hecho único, pues, comprende no solo la unitaria materialidad de la conducta, sino la precedente unidad subjetiva del propósito y el subsiguiente único resultado de ella [...]”; LUÍS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho Penal*, Parte General, vol. II, Bogotá, Temis, 1969, pp. 376 y 385: “[...] hay que tener en cuenta que no se trata de la unidad de acción, entendido por tal el conjunto de movimientos que son necesarios para realizar el tipo de delito (de manera que no siempre concuerdan los conceptos natural y jurídico de acción), sino de la unidad del episodio total, comprendido allí también el resultado”, e *ibidem*, p. 393. En la doctrina española *cf.* COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 765; CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ RUIZ, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 314 y ss., entienden que queda cobijado el resultado en sentido jurídico, aunque definen el hecho como la “actuación o manifestación de la voluntad en el exterior, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal [...]”; GONZÁLEZ RUS, “Comentarios..., *ob. cit.*, p. 938; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 640, afirma que “[l]a terminología que empleamos de «unidad de hecho» tiene la ventaja, sobre la de «unidad de acción», que permite vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias «acciones»: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos. Pero lo único que importa para decidir si existe un concurso real o un concurso ideal, y por tanto, si varios delitos se hallan constituidos por varios hechos o por uno solo, es la unidad de hecho, no la de actos”; TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, Universidad de Valencia, 1981, pp. 10 y 11; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1074 y ss.

¹¹ *Vid.* DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, Parte General I, Madrid, Universitas, 1999, p. 247, sostiene que “parece preferible la posición clásica de considerar a

manera diversa al uso legal y dogmático español (como integral contenido del delito). Sólo a título de ejemplo: BETTIOL considera que el hecho no se expresa por el sustrato de causación sino por los eventos o resultados realizados, de tal suerte que “[d]ada la pluralidad de los resultados, también los hechos, en el concurso ideal son plurales, porque todo evento es elemento constitutivo de un hecho de cuya estructura forma parte. Sucede, empero, que estos hechos tienen en común el proceso ejecutivo, en cuanto la pluralidad de eventos es derivación causal de una única acción u omisión”¹².

Desde luego, nada impide que la teoría del concurso se construya a partir de la expresión unidad de conducta, compuesta por una cadena de acciones en sentido natural, cada una separable o unificable de las otras, según el caso, desde un punto de vista ontológico-normativo. Una expresión que, sin duda, resulta mucho más clara que aquella otra de “unidad de hecho”. Por ello, los autores que aceptan dicho punto de partida reconocen que, en la teoría del concurso de tipos, se debe admitir la acción como el núcleo o sustrato esencial del “*hecho valorado*”¹³, por lo cual la configuración de la teoría del concurso con fundamento en el concepto de “*acción*” o conducta no resulta equivocada¹⁴.

Ahora bien. En segundo lugar, otro sector de la doctrina penal considera que el concepto de conducta es bifuncional y progresivo, es decir, no sólo sirve como presupuesto de la teoría del delito en un primer nivel de análisis específico referido a su existencia propiamente dicha y a su relevancia

la acción o conducta humana como elemento autónomo, que es la base de todos los demás elementos delictivos”.

¹² BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 544. Crítico: VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 10.

¹³ Respecto a la importancia del comportamiento humano en la teoría del delito, *vid.* SANTIAGO MIR PUIG, “El principio de lesividad como punto de partida de la teoría del delito”, en *Estado, pena y delito*, Maestros del Derecho Penal, núm. 21, Gonzalo D. Fernández (Dir.), Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, p. 343, para quien “[...] a conveniencia de usar los términos «acción», «comportamiento» o «conducta» en la teoría del delito en el sentido restrictivo indicado, procede de la opción político-criminal básica a favor de un Derecho penal que se dirige al ciudadano mediante normas que le prohíben comportamientos que desean evitarse y que respeta el principio de culpabilidad en sentido amplio”.

¹⁴ *Vid.* VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 11; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 766.

social mínima requerida; sino que, también, opera en un segundo nivel de análisis¹⁵ —más amplio y de mayor sentido normativo— dirigido a verificar su configuración como unidad —la misma acción— o pluralidad de cara al sentido del tipo penal —sin que necesariamente sea determinada desde la perspectiva típica; pero teniendo en cuenta elementos normativos como la relación de identidad aparente que correspondería con el sentido social— situacional cognoscible del contexto típico de acción u omisión final de determinada clase, particularmente la que denota el tipo penal infringido—, a partir de una noción compleja ejecutiva de la misma.

Este nivel ontológico y normativo (final-social) es claro cuando se advierte que la construcción de la postura sobre la unidad y pluralidad de tipicidades, necesariamente debe partir de la noción de que se tenga sobre la acción en el nivel liminal, pero no puede agotarse en consideraciones puramente ontológicas o finales. Así, lo que se requiere, dado el caos conceptual que impera, es que necesariamente se parta de un concepto de acción que sirva en ambos niveles de análisis de manera coherente, pues, qué sentido tiene acoger una teoría para determinar la existencia de una acción y otra para determinar la acción única o la unidad jurídica de acción.

Desde esta perspectiva, no sería necesario elaborar conceptos básicos diferenciados o desdoblar el concepto inicial a través de la creación de un supraconcepto como el de hecho, porque el objeto de análisis es el mismo: la conducta humana final y social —compuesta de modo virtual por varias acciones u omisiones en sentido naturalístico—, aunque ésta sea valorada desde perspectivas metodológicas y legales diferentes en el primer (existencia y relevancia) y en el segundo nivel (unidad o pluralidad) de análisis, que incluyen cierta perspectiva irreductible desde el concepto del delito asumido por el intérprete¹⁶. Luego, determinar si la conducta humana

¹⁵ No en vano, parte de la doctrina moderna considera que la normativa concursal implica normas de “segundo nivel”, porque regulan figuras (concurso real o ideal) que suponen la concurrencia de dos o más normas penales de primer nivel, entendidas las últimas como conductas punibles. Desde otra perspectiva, *cfr.* ESTRELLA ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, *ob. cit.*, pp. 59 y ss.

¹⁶ Así como el concepto de norma no cambia cuando se habla de normas penales de primer y segundo nivel, tampoco tendría por qué hacerlo el de conducta, cuando se estudia su función en el primer o segundo nivel.

es una unidad o una pluralidad de tipicidades, es algo que depende tanto de aspectos ontológicos como normativos (sociales); pero no sólo normativos con base en una postura en esencia subjetiva y relativa.

Por lo demás, esta posición distingue el concepto material de “acción o conducta” del de “hecho”, al afirmar que el segundo se emplea de forma usual en un sentido adjetivo unitario como uno de los objetos de investigación del proceso penal [§§ 155 y 264 StPO]. Dado lo cual, la locución hecho significa según su amplitud conceptual: cualquier acontecimiento natural o humano, voluntario o no, ocurrido en el mundo exterior¹⁷, que alude al suceso histórico global con relevancia para el proceso penal¹⁸. De donde, debe afirmarse, el hecho podría estar configurado por una conducta única, una unidad de conducta o una pluralidad de conductas.

Se trata, entonces, de una idea que resulta inadecuada, no sólo para la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades, porque no toda pluralidad de resultados materiales supone un concurso material de tipos, sino también en

¹⁷ Así, *vid.* ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdéz (trads.), Buenos Aires, De Palma, 1977, p. 25; KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Band 2, Neudruck der 4. auf., Leipzig, 1922, Aalen, Scientia, 1965, pp. 83 y 85; HANS HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humboldt, 1996, pp. 709; (HANS HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), 5ª ed., Granada, Comares, 2002, pp. 763-764); VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 240; *id.*, *Derecho Penal*, *ob. cit.*, p. 511, advierte que “[...] la palabra conducta es más restringida que el término *hecho*, por el que se entiende cualquier acontecimiento de la naturaleza o de carácter humano (sea voluntario o no), susceptible de producir efectos jurídicos (por ejemplo, la caída de un rayo que provoca un incendio y hace exigible el seguro respectivo), de donde se infiere que la conducta es una forma de hecho: un hecho humano voluntario [...]”]; ZAFARONNI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 307 y 820.

¹⁸ Distinguen dichas ideas: HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Köln, Kohlhammer, 1953, p. 406; JOHANNES WESSELS, *Derecho Penal*, Parte General, trad. de la 6ª ed. alemana de 1976 por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 228, que advierte: “debe tenerse presente que el concepto material del hecho no coincide con el concepto procesal en el sentido de los § 155 y 264 del Código de Procedimiento Penal; este último abarca el total fenómeno vital en que se halla la acción del inculpado [...]”; BERNHARD WANKEL, “Strafklageverbrauch und materiellrechtliche Konkurrenzlehre”, en *JA*, 29 jahrgang, Heft 5, 1997, pp. 231. Por ello, un hecho en sentido procesal (prozessuale Tat) se puede configurar por varias conductas materiales constitutivas de un concurso real de delitos. En general, (*ibídem*, p. 232) el hecho procesal es un concepto posterior que se define a partir de la concurrencia material. Sobre el particular, CLAUS ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Strafrecht, München, C.H. Beck, 2003, pp. 799-780.

materia de unidad y pluralidad de acciones, porque el concepto de “hecho” se puede entender al tiempo como objeto susceptible de valoración y como valoración de este —hecho valorado típico—. De todas maneras, no son los hechos en sentido amplio si no los actos humanos por medio de los que éstos se llevan a cabo, los que resultan susceptibles de adquirir relevancia penal y, por supuesto, los que se pueden configurar como una unidad o una pluralidad, con el propósito de verificar la existencia de una o varias infracciones típicas de la ley penal, de acuerdo con el postulado del acto¹⁹.

Como lo advierte REYES ALVARADO: “[e]sta disparidad conceptual ha conducido a los intérpretes de cada país a tratar de señalar que el vocablo empleado por el respectivo legislador es el correcto y a mostrar las ventajas que podría presentar frente a otras nociones”²⁰. Sin embargo, para dicho autor, la distinción terminológica entre “hecho y acción” es un problema formal, porque la teoría del concurso, por ejemplo, puede ser perfectamente construida a partir de cualquiera de ellas, lo cual tendrá incidencia en el alcance que se quiera dar a dichos conceptos. Desde luego, el problema de asumir que la diferencia gramatical es irrelevante, podría llevar a minimizar la importancia que reviste el alcance que se quiera dar a tales expresiones en las consecuencias reales que dichas locuciones tienen en la construcción de los conceptos de unidad de acción o de pluralidad de acciones.

Finalmente, no se puede olvidar que el CPE/1995 prevé de forma simultánea los términos “hecho” [Arts. 73 y 77] y “acciones u omisiones” [Art. 74 mod. LO 15/2003] en materia de unidad y pluralidad de tipicidades. Motivo por el cual un importante sector de la doctrina sostiene, a modo de postura mixta correctiva, que las expresiones: hecho y acción, unidad de hecho y unidad de acción, pluralidad de hechos y acciones, como una o varias conductas complejas dirigidas voluntariamente a un fin, deben

¹⁹ Vid. REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, *Derecho Penal*, Parte General, t. 2, Jorge Bofill Genzsch (trad.), Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 520; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 517; STS del 29.07.1987 (RJ. 1987-6662). Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 95, afirma: “[...] si se parte de la idea de que el hecho punible es la lesión de bienes jurídicos de modo contrario a la norma —lesión antinormativa de bienes jurídicos—, el número de hechos punibles dependerá del número de acciones antinormativas. La pluralidad de hechos depende de la pluralidad de acciones [...]”.

²⁰ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 13.

entenderse como sinónimas en el ámbito de la legislación penal vigente²¹. Ello permite mantener una posición intermedia que resulta acertada porque, al no involucrar el concepto de “resultado material”, no sólo permite distinguir entre acción y tipo penal, sino que puntualiza un concepto frente al cual se pueden realizar consideraciones ontológicas y normativas. Por lo que respecta a la doctrina colombiana, existe cierta unanimidad a partir del CP/2000, cuando se señala que la locución adecuada es la de “acción u omisión”, que permite ser reconducida a los términos “conducta única o unidad de conducta”, tal y como lo disponen los Arts. 9.º, 19, 21, 25, y 31 *ibídem*, inc. 1.º, entre otros. Así, el término “*hecho*” se destinaría al ámbito Procesal Penal o a otras materias como la responsabilidad civil extracontractual, que vincula la responsabilidad personal y de terceros por daños causados por hechos humanos y no humanos [CC, Arts. 2341-2360].

Así las cosas, es posible concluir esta reflexión con la siguiente acertada afirmación de REYES ALVARADO que es pertinente citar para una fructífera discusión sobre el asunto: “[s]i se insistiera en desechar algunos de los términos para tratar de imponer uno solo de ellos lo único que a nivel práctico se conseguiría sería que algunas legislaciones tuvieran que ser modificadas y mientras no lo fueran no podrían trabajar con fenómenos que necesitan la preexistencia de la acción, hecho, conducta o acto que se impusiera como concepto único. ¿Qué haría entonces un país como España en cuyo código se habla del «hecho» como fundamento de los concursos cuando doctrinalmente quedase establecido que el concepto más adecuado sería el de acción?”²²

²¹ Vid. CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1024 cit. núm. 3; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 304, cit. núm. 3; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 94 y 95, quien concluye: “[d]esde luego hubiera resultado más correcto que el legislador penal hiciera referencia a la «acción» en vez al «hecho», pues lo esencial de la base fáctica del concurso de delitos es la *unidad de manifestación volitiva*, y ello es un atributo de la acción más que del hecho”; JOSÉ CID MOLINÉ, “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos (1)”, en *ADPCP*, vol. XLVII, Facs. I (ene.-abr.), 1994, p. 50; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 462. Apoya dicha posición STS del 29.09.1987 (RJ. 1987-6662); JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ y PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho Penal Colombiano*, Parte General, Principios fundamentales y sistema, Bogotá, Ibáñez, 2010, p. 571. En contra: JOSHI JUBERT, *Unidad de hecho...*, *ob. cit.*, p. 618.

²² REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 13

III. TEORÍAS SOBRE LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS

El tema a desarrollar a continuación busca precisar una diversidad de exposiciones teóricas muy contradictorias sobre la unidad y pluralidad de conductas, cada una de las cuales, al reflejar una elaboración material particular sobre la norma, la acción y el delito, pretende dar respuesta al asunto de *cuándo el Derecho penal debe considerar la existencia de una conducta única, una unidad de conducta independiente en sus distintas modalidades —la misma acción— o varias de unas y otras en el ámbito del Derecho penal*²³. Criterios que resultan cruciales, porque estos permiten distinguir múltiples instituciones en el ámbito de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos como, por ejemplo, las modalidades de la pluralidad de tipicidades, el delito permanente, el delito continuado y el delito masa, entre otras.

Por supuesto, debe señalarse que estas construcciones jurídicas sólo son guías interpretativas o hermenéuticas, diseñadas para hacer manejable la labor de los operadores jurídicos en la solución dogmática justa de los casos prácticos. Sin que se pueda menospreciar su importancia político-criminal, toda vez que su estudio permite verificar la vigencia de principios tan importantes como la legalidad, la ofensividad material y la proporcionalidad, y su cobertura frente a ciertas situaciones e instituciones jurídico-penales más allá del espacio concursal, cuya indebida aplicación puede poner en entredicho las garantías constitucionales y legales de los procesados²⁴.

De este modo, resulta necesario abordar el estudio de los distintos criterios expuestos por la doctrina penal sobre la unidad y pluralidad de conductas, así como también establecer sus límites y respectivas críticas, sin desconocer que esta materia ha sido estudiada desde un punto de vista casuístico.

²³ Sobre el tema *vid.* por todos MANFRED MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelber, Carl Winter, 1964, pp. 13 y ss. En Colombia, *vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 13 y ss.

²⁴ *Vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 857.

A. TEORÍA DE LA ACCIÓN ONTOLÓGICA. Dicha teoría causal y prejurídica parte de un *concepto científico de acción* (VON LISZT- BELING)²⁵, en virtud del cual, se afirma que la acción es la conducta como manifestación de voluntad que trasciende el derecho, en la medida en que sus consecuencias pueden ser imputadas al agente porque producen un resultado o un cambio en el mundo exterior que se relaciona objetiva subjetivamente con dicha manifestación de voluntad²⁶; sostiene a su turno, en el ámbito de la unidad y pluralidad de acciones, que existirán tantas acciones o conductas naturales independientes y autónomas, como cuantos actos fisiológicos individuales y voluntarios haya realizado el sujeto en el mundo exterior, siempre y cuando estos puedan ser verificados de manera científica o experimental. En términos de VON LISZT: “[d]e un lado, de parte del hombre, un solo acto; de otro, según la ley, una sola infracción. En la línea de la actividad, el acto puro; en el plano de la ley, la pura infracción; sin sobrecarga ni complejidades, en la acción; sin rozamientos ni multiplicidades legales”²⁷.

De este modo, un agresor sexual realizará tantas acciones únicas de cara al supuesto de violación (acceso carnal violento), como cuantos actos únicos constitutivos de penetraciones violentas efectúe sobre el sujeto pasivo del tipo; o el asaltante que propina diez sablazos y causa la muerte a su víctima, realizará a su turno nueve conductas tentadas de homicidio (y lesiones consumadas) y al final una conducta de homicidio consumado²⁸.

Desde luego, una concepción de dicha naturaleza implicaría: en primer lugar, reducir el problema jurídico de la pluralidad de tipicidades — concurso de conductas punibles— a una construcción teórica trivial y caprichosa que limita al operador jurídico a constatar de manera descriptiva, causal y mecánica lo que sucedió en el mundo exterior, sin hacer las referencias valorativas pertinentes —una simple cuenta

²⁵ Vid. REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, t. 1, de Jorge Bofill Genzsch (trad.) 7ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 253; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff), p. 440.

²⁶ Cfr. FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, t. III, Madrid, Reus, 1916, pp. 297 y ss.

²⁷ VON LISZT, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 166.

²⁸ En relación con el concepto causal del delito, *vid.* LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 247; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 516-517.

cronológica de movimientos fisiológicos²⁹ y adecuaciones de conductas, tipos penales y sanciones como manifestaciones del número de tipos vinculados a los distintos movimientos musculares. Y, en segundo lugar, restringir el concepto de acción única natural, configurar la unidad de acción mediante varios movimientos musculares sucesivos continuos y ampliar, de forma excesiva, el concepto de pluralidad de conductas para abarcar en éste los supuestos de actos materiales sucesivos discontinuos con estrecha separación temporal, como si se tratase de varios procesos ejecutivos independientes, sin que éstos puedan estructurar un sólo proceso ejecutivo material en sentido amplio³⁰.

En cualquier caso, la doctrina señala la inutilidad de la postura ontológica pura, no solo para definir de forma satisfactoria el concepto de “una acción” —*einheit Handlung*— en los términos de la ley³¹, sino también para determinar desde la perspectiva jurídica la diferencia entre una acción única y una pluralidad de acciones realizadas en la vida cotidiana, porque las acciones por lo general requieren actividades complejas —verdaderos procesos causales de movimientos corporales complejos que pueden

²⁹ En este sentido, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 538: “[s]i acción equivaliese a movimiento muscular voluntario, la ejecución de un delito compuesto se resolvería en admitir una pluralidad de acciones que sólo podría reducirse a unidad sobre la base de un criterio cronológico”; GIUSEPPE BETTIOL y LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Parte Generale, 12ª ed., Padova, Cedam, 1986, p. 686; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ET. AL., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 301: “[...] no es razonable valorar las cosas de ese modo porque no nos interesa solamente cuántos movimientos hizo el dedo del autor sino también cual era su intención, su voluntad antijurídica; teniéndola en cuenta resulta que las múltiples acciones «naturales» se unifican en el plano jurídico-penal dando vida a un solo hecho [...]”.

³⁰ JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 235: “[e]l examen crítico del concepto causal de acción muestra que la consideración de todas las modalidades del comportamiento voluntario como simples procesos causales, no comprende la esencia de la intención que guía las acciones y que es lo que distingue el contingente principal del delito”.

³¹ *Vid.* AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, “Fraudes Colectivos y teoría del concurso de hechos punibles”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. XI, núm. 39 (Sept.-Dic.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 127; ESTEBAN RIGHI, *Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2008, p. 440; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 494; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 984, afirma que en la teoría ontológica “[...] se llegaba al curioso resultado de que quien daba muerte a otro de cuarenta cuchilladas, realizaba igual número de «acciones»”.

dividirse *ad infinitum*— y cierta extensión cronológica y espacial —función definitoria de la acción—³².

Para parafrasear la STS 175 del 15.02.1997 (RJ. 1997-837): “[a]l respecto es necesario aclarar que el número de violaciones no se debe identificar con el número de penetraciones, de la misma manera que la cantidad de delitos de lesiones no depende del número de puñetazos”; o, también, la STS 1378 del 30.06.1994 (RJ. 1994-6407), cuando afirma que, considerada la mecánica del acto sexual, “[d]ifícilmente se produce la violación con una sola penetración, cualquiera que sea la forma de manifestarse. Porque la realidad es que el acto sexual, incluso el violento o forzado, necesita de sucesivas penetraciones o movimientos [musculares] que buscan el «clímax culminante del acto», normalmente con la subsiguiente eyaculación”. En efecto, nadie dudaría que tomarse un café es “una acción”, aun cuando no sea única, pues una acción no equivale a acto único como bien lo acota CEREZO MIR, al señalar que “[l]as acciones humanas en general, y entre ellas las delictivas, no son meros procesos naturalísticos. Las acciones humanas constituyen una unidad de sentido desde el punto de vista social”³³.

Así las cosas, por oposición al concepto de acción fisiológico-causal, aparece y se mantiene en la doctrina penal la noción de una misma acción como conducta única en sentido natural —*Handlung im natürlichen*

³² Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 710 (*Tratado*, p. 764); JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO y ÁNGEL CALDERÓN CEREZO, *Derecho Penal*, Parte General, t. 1, 2ª ed., Madrid, Bosch, 2001, p. 114; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 639, §3, adiciona: “[...] ni es posible buscar una clara solución de continuidad a los movimientos fisiológicos [...]”; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 460; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 36 y 37; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, p. 477; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, 3ª ed., Ediar-Temis, 2006, pp. 667 y 668, sostienen: “[e]llo es consecuencia de que podamos considerar una conducta a un período más o menos largo de la vida de un sujeto o a un momento, a unos pocos movimientos o a una gran multiplicidad de movimientos”.

³³ CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1009; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 289. En este punto ARTURO SANTORO, “Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze”, en *SP* 1938, t. II, Milano, F. Vallardi, 1938, p. 343, advierte que “[...] en otros términos, la acción única puede presentarse fraccionada en varios momentos o elementos que constituyan, desde el punto de vista físico, otros tantos actos” (t/l). De hecho, su mayor carencia es la imposibilidad de explicar adecuadamente la unidad o pluralidad de conductas omisivas —*función clasificatoria de la acción*—.

Sinne³⁴—, que implica una decisión y un movimiento corporal únicos —
einziguen Körperbewegung—, que parte de la doctrina prefiere denominar
como un sólo acto voluntario—Willensbetätigung—. Habría, pues, una
acción única con un solo disparo, una sola puñalada o una sola penetración
muscular, con independencia de la simplicidad o complejidad fisiológica del
movimiento. Pero varias de ellas no serán siempre una pluralidad de
conductas. Por ello, también se habla de “unidad natural de acción”³⁵ o de
una unidad de acción típica u ontológico-normativa compuesta,
precisamente, por varias acciones naturalísticas complejas.

³⁴ Cfr. JÜRGEN BAUMANN, ULRICH WEBER y WOLFGANG MITSCH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11.ª ed., Bielefeld, Gieseking, 2003, p. 808; ERNST VON BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Verlag von Gustav Fischer in Jena, 1902, p. 64; HERMANN BLEI, *Strafrecht*, ein Studienbuch, 17.ª ed., des von Edmund Mezger begründeten Werkes, München, C.H. Beck, 1977, p. 308 y ss; PAUL BOCKELMANN y KLAUS VOLK, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., München, C.H. Beck, 1987, p. 253; ALBIN ESER, *Strafrecht* II, 3.ª ed., München, C.H. Beck, 1980, p. 224; DIETHELM KIENAPFEL, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, mit Einführungen in programierter form, 20.ª ed., W. de Gruyter, Berlin–New York, 1984, p. 586; Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 359; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff), pp. 441 y ss.; HANS KUDLICH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Prüfe dein wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort, München, C.H. Beck, 2003, p. 270 y ss; KRISTIAN KÜHL, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, München, Verlag Vahlen, 5.ª ed., 2005, p. 695; EDMUND MEZGER y HERMANN BLEI, *Strafrecht I Allgemeiner Teil*, 13.ª ed., München, C.H. Beck, 1968, pp. 201-304; HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, die einzelnen Delikte, 5.ª ed., Berlin–New York, WdeG, 1996, pp. 316 y 317; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, p. 801, afirma que “[l]a acción en sentido natural es una manifestación de la personalidad jurídicamente relevante”; (SAMSOM y GÜNTHER) HANS-JOACHIM RUDOLPHI y ECKHARD HORN, *SK-StGB*, Mitbegründet von Erich Samson und Hans Ludwig Günther, 1.ª ed., Allgemeiner Teil §§ 38-79b, 35.ª LFG, 7.ª ed., Berlin, Luchterhand, 2001, Vor § 52 pp. 7 y 9; ADOLF SCHÖNKE, HORST SCHRÖDER y PETER CRAMER, *SK*, 27.ª neu bearbeitete auf., con Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, Walter Stree, Günter Heine, Walter Perron y Detlev Sternberg-Lieben, München, C.H. Beck, 2006, (Stree / Sternberg-Lieben) Vorbem §§ 52 ff, pp. 802-803; GÜNTER WARDA, “Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre”, en *JuS*, 4.ª Jahrgang, Heft 3, 1964, p. 82; JOHANNES WESSELS y WERNER BEULKE, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 36.ª ed., Heidelberg, CF Müller, 2006, p. 289; JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª ed., Anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luís Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986, p. 489; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 790; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 114 y 445; SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, p. 112.

³⁵ Vid. STS del 02.07.1993 (RJ. 1993-5693), en la cual el TS afirma: “[...] por un lado no cabe duda de que tal hecho no constituye una acción independiente, toda vez que está relacionada con el delito de desórdenes públicos por su estrecha vinculación espacial y temporal con el mismo. Por lo tanto, se dan aquí los presupuestos de la llamada *unidad natural de acción* [cfr. STS de 11-10-1990 (RJ 1990/7993)], según la cual los actos que se dan en una estrecha relación temporal y espacial y que se llevan a cabo sobre la base de una voluntad que los abarca en conjunto, constituyen una única acción, dado que aparecen como un objeto único de valoración jurídica”.

Para culminar, se debe advertir que el TS aplica la figura de la acción única natural como consecuencia del principio de “*in dubio pro reo*”, en aquellos expedientes procesales en los cuales resulta imposible demostrar el verdadero número de acciones realizadas por el sujeto activo del tipo. Así, la STS 357 del 19.03.2004 (RJ. 2004-1848) determinó la existencia de una sola acción y un único delito de falsedad, al constatar la inexistencia de prueba en relación con el número de acciones en virtud de las cuales se crearon 26.604 contra etiquetas de vino y precintas falsas adheridas a las botellas para su comercialización, con independencia de que dicho trabajo de imitación por creación se prolongara durante horas o días. En igual sentido la STS 1175 del 30.11.2006 (RJ. 2006-7991).

B. TEORÍA JURÍDICA DEL NÚMERO DE RESULTADOS. Según esta postura idealista, que desde el punto de vista metódico parte de una concepción concreto-normativa del delito y causal de la acción bastante acogida por la doctrina y la jurisprudencia —sobre todo la colombiana—, la acción o conducta en el ámbito concursal se entiende como “unidad de hecho”³⁶. Es decir, como la voluntad concreta del agente en cuanto comportamiento que realiza el contenido del tipo penal de que se trate, con independencia de la materialización de otros tipos penales mediante la misma acción.

En consecuencia, en los tipos de resultado material el número de “unidades de hecho” o “unidades de la objetividad real del delito” depende, como manifestaciones de la voluntad concreta del sujeto, del número correlativo de resultados materiales, eventos o efectos reales producidos e integrados en el contenido del tipo de injusto³⁷; mientras que en los tipos de mera

³⁶ MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 640 y 641.

³⁷ En una primera posición, *cf.* JUAN CÓRDOBA RODA, “El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español”, en *ADPCP*, vol. XVIII, fasc. I (ene.-abr.), 1965, pp. 28 y ss.; UJALA JOSHI JUBERT, “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en *ADPCP*, vol. XLV, fasc. 2 (may.-ago.), 1992, pp. 619-621. Con matices frente a bienes jurídicos altamente personales: IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, LUIS ARROYO ZAPATERO, NICOLÁS GARCÍA RIVAS, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ y JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, La Ley, 1999, p. 301; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 641 y ss.: “[...] cuando el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su comportamiento externo tiene el sentido, tanto subjetivo como objetivo, de

conducta dicha realización comprende los resultados de peligro o, en general, los resultados en sentido jurídico que incluya el supuesto de hecho. Y ello sería así, pues toda infracción típica independiente requiere no sólo de su propia y exclusiva acción-causación voluntaria, sino también de la realización del contenido completo de la descripción típica correspondiente —resultado—³⁸ “unidad de hecho” [STS num. 1160 del 14.07.1999 (RJ. 1999-6649)].

En efecto, si se ahonda un poco más sobre el tema, se puede advertir que esta posición no tiene en cuenta la conducta como una manifestación integral para determinar su unidad o pluralidad, si no que considera aquella parte o fragmento de la “acción” que, como medio, causa la realización del resultado perseguido en forma voluntaria. Con lo cual, el residuo de la acción u omisión común por fuera de los resultados ontológicos materializados —cuando sea del caso— se considera como un aspecto sólo ontológico que no tiene significado respecto del número de delitos, dado que su función es satisfacer los demás presupuestos objetivos del tipo de injusto³⁹. A tal punto, que para MERKEL la acción resulta “una casual e

realización en el mundo empírico de varias causaciones, cada una de las cuales supone un hecho típico distinto —pues la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación”. Por todos, STS 1672 del 24.11.1999 (RJ.1999-8719). *En contra*: SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 352, para quien el hecho concomitante como accesorio es un caso de unidad de hecho: “Por ello es inadmisibles y equívoco traducir la concurrencia ideal sencillamente por unidad de hecho [...]” Con una interpretación contraria, pues a lo descrito lo denomina acción y no hecho, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley...*, *ob. cit.*, p. 533.

³⁸ Así, *cfr.* MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 640; STS 788 del 29.05.2003 (RJ 2003-43788), señala: “[e]n realidad, cuando se trata de delitos dolosos de resultado el tipo no solo describe conductas, sino también resultados (STS nº 1837/2001, de 19 de octubre [RJ 2001\10176]), de manera que lo relevante para el derecho a los efectos del artículo 77, que se refiere a hechos, no es sólo la acción que conduce al resultado, sino, también éste, cuando el resultado es directamente querido por el autor, de manera que existirán tantos hechos como resultados, pretendidos u obtenidos”. El SSTS 566 del 09.05.2006 (RJ. 2006-3419) precisa: “[e]l concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real” y STS 1837 del 19.10.2001 (RJ 2001-10176).

³⁹ *Cfr.* ALDO MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, UTET, 1954, p. 130; ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito continuado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 12, afirma que en el concurso ideal “[...] hay un elemento común, a los varios tipos legales y otros que son específicos de cada uno de ellos”; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 384, indica que en el concurso ideal “[...] a la par que el hecho delictuoso es común

insignificante propiedad del medio con que se comete el delito”⁴⁰; y, según MESA VELÁSQUEZ⁴¹, con una sola acción se pueden cometer varios hechos, al entender que se realiza el evento o efecto real producido.

Ahora bien, desde el punto de vista de las teorías del resultado, como se verá más adelante, si como consecuencia de la realización voluntaria de una conducta única, una unidad de conducta o varias conductas independientes —lo que en definitiva resulta irrelevante—, concurren varios resultados materiales o personales perseguidos en forma voluntaria como contenidos específicos de uno o varios tipos penales —dos muertes, dos lesiones, una lesión y una muerte, etcétera—, y se configura así una pluralidad de infracciones, tendrá lugar la existencia normativa de varias unidades de hecho “causativas” de una pluralidad de infracciones penales típicamente antijurídicas —completas desde las perspectivas objetiva y subjetiva— y, con ello, la existencia de un concurso material de delitos [SSTS del 23.04.1992 (RJ. 1992-1335), 788 del 29.05.2003 (RJ. 2003-43788) y 24.11.1999 (RJ. 1999-8719)]⁴², que algunas veces se aplica como un delito continuado, ello es, un concurso real sucesivo heterogéneo de delitos.

a dos figuras jurídicas, puede ser separado en elementos, unos de los cuales corresponden a una figura y otros a la otra”.

⁴⁰ Cfr. ADOLF MERKEL, *Derecho Penal*, Parte General, Maestros del Derecho Penal, Gonzalo E. Aboso (Dir.), Pedro Dorado Montero (trad.), Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2004, p. 282.

⁴¹ Cfr. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, p. 207.

⁴² Al respecto, la STS 569 del 29.06.2007 (RJ. 2007-4515), hace el siguiente análisis: “[...] Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con «dolo directo»— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de «varios hechos» punibles en concurso real. Así, tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, más no al resultado —previsto pero no directamente perseguido—, es decir, cuando se actúa con «dolo eventual» —como sucede en el caso de autos— estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso— Tribunal Supremo Sentencia de 11 junio de 1997”; STS del 24.11.1999 (RJ. 1999-8719). En la doctrina, *cfr.*

Así, por ejemplo: la STS 1837 del 19.10.2001 (RJ. 2001-10176) afirma que “[l]a doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha ido matizando gradualmente, hasta distinguir entre ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la unidad de acción. Los tipos penales describen conductas pero también resultados. Cuando se trata del homicidio, lo que se tiene en cuenta, a los efectos del Art. 77, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad (en este sentido sent. 861/1997, de 11 de junio [RJ 1997\4677])”⁴³.

Por el contrario, habría que considerar de modo contingente un concurso formal, cuando se produzca una unidad de resultado material como

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 305, sostienen que cuando el agente realiza una acción con el propósito de causar varios resultados materiales, a sabiendas de que con ella le basta para alcanzar su finalidad, habría que admitir la existencia de una pluralidad de causaciones y, por ende, de delitos distintos, en la medida en que cada uno de ellos se satisface objetiva y subjetivamente (teoría de la voluntad de resultados diversos); CÓRDOBA RODA, “El delito de detenciones...”, *ob. cit.*, p. 28; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 641, plantea: “[...]la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos, mientras que constituirá un solo hecho la lesión *ideal* de varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento. El matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio, tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba [...]”. Asumen una posición general: SILVIO RANIERI, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, vol. 2, Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, 1975, p. 127; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, pp. 93 y 104; SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de Derecho Penal*, Medellín, Bedout, 3ª ed., 1977, pp. 395 y ss.; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 165; BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, Lerner, 1963, pp. 237 y ss.; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 12 y 13; AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho Penal colombiano*, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1959, pp. 263 y ss.; PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Manual de Derecho Penal*, Parte General y Especial, 7ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2005, pp. 233 y 234; ESTEBAN PÁEZ POLO, *Derecho Penal*, Parte General, Barranquilla, Mejoras, 1977, p. 207; PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 191 y 192; PÉREZ, *Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 407; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 383 y ss. *Cfr.* CSJ PENAL, sent. del 20.08.1992, en *JD*, vol. XXI, Bogotá, Legis, 1992, pp. 923 y ss., y CSJ PENAL, sent. del 13.09.1995, en *JP*, II sem., 1995, Medellín, Ed. Jurídica Colombiana, 1995, pp. 481 y ss.

⁴³ Situación que puede conducir a soluciones injustas, como lo advierte REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 52, como en el caso “del sujeto que falsifica un millón de dólares en billetes de a un dólar, con lo cual obtiene un millón de resultados materiales que desde ningún punto de vista deben ser equiparados a un millón de resultados jurídicos”.

manifestación voluntaria del sujeto y, por ello, un solo “hecho como presupuesto normativo”, siempre que ésta concurra intelectual, valorativa o “idealmente” con un resultado jurídico, que tipifican dos o más infracciones diferentes. También, habría lugar a un concurso ideal —y en este punto de forma discutida—, cuando la unidad de acción produzca de manera simultánea varios resultados personales o materiales, pero sólo uno de ellos voluntario y el otro imprudente —una sola intencionalidad—.

Como es de suponer, esta concepción teórica sobre la unidad o pluralidad de acciones resulta cuestionable. En primer lugar, porque emplea una noción idealista de conducta humana, no para unir en virtud de la unidad de designio o propósito diversas acciones parciales realizadas por el sujeto en una unidad sino para mutilar, desde la perspectiva metodológica —en virtud del contenido plural de la voluntad y/o el número de resultados—, la única manifestación real de la voluntad del agente —acción natural—, en varios medios causales artificiales y fragmentados como sustratos lógico-normativos de múltiples infracciones penales independientes, lo que implica transgredir el principio de *ne bis in idem*. Sobre el particular, BACIGALUPO sostiene: “[...] [p]recisamente, para no llegar a esta solución se necesita recurrir, como es claro, al criterio de la unidad de sujeto pasivo; pero ello no es sino una demostración de la ineptitud del criterio del resultado para posibilitar soluciones adecuadas, dado que en el caso del delito continuado el criterio de la unidad de sujeto ya no es utilizable, pues lo excluye el propio texto legal según el cual es indiferente que se ofenda a «uno o varios sujetos»”⁴⁴.

Además, BETTIOL⁴⁵ indica que, en esta teoría, el planteamiento de la unidad o pluralidad de conductas es defectuoso, tanto desde el punto de vista natural (falacia naturalista) como jurídico. En efecto, dicha postura expone una verdadera construcción de espejismos sobre la base de afectaciones contingentes al bien jurídico, en la que el “hecho” no sólo se convierte en un objeto de desvalor como contenido típico, sino también en un objeto de

⁴⁴ BACIGALUPO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 547.

⁴⁵ *Cfr.* BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 539.

valoración que se multiplica en contravía de su identidad⁴⁶. Todo lo cual imposibilita distinguir la acción del resultado y la acción del tipo como categorías sistemáticas irreductibles entre sí [CP, Art. 6º], cuando el supuesto de hecho comprende al tiempo el comportamiento humano y las consecuencias de este⁴⁷.

En segundo lugar. Una distinción afortunada entre la teoría de la unidad y pluralidad de acciones y tipicidades —y, por supuesto, entre la acción y el tipo penal—, lleva a considerar que la unidad de conducta como objeto de valoración no se fragmenta de manera obligatoria en una pluralidad de “hechos”, cuando se causan varios resultados materiales o personales queridos por el sujeto en forma individual —teoría de la pluralidad extrema—, por varias razones:

a) Porque es probable advertir una conducta única —incluso ontológica— que ocasiona una pluralidad de resultados jurídicos materiales, pero no la multiplicación de las acciones en virtud de la pluralidad de resultados queridos, situación que transgrede el principio de culpabilidad por el hecho⁴⁸. A partir de dicha consideración se puede afirmar, incluso, que el

⁴⁶ Vid. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 856.

⁴⁷ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 64, para quien “[...] la unidad o pluralidad de acciones no depende del número de resultados producidos por el autor, pues cabe distinguir conceptualmente entre acción y tipo, en cuanto este último constituye un producto complejo formado por acción y resultado”; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.* p. 520; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 575.

⁴⁸ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 710 (*Tratado*, p. 765); MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, pp. 522 y 530; WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, p. 224-225 (*Derecho*, p. 266); VON LISZT, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 145 y ss.; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 858; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 576; ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 489 y ss.; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 790; BACIGALUPO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 546 y ss.; CEREZO MIR, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 291, sostiene con razón “que el número de resultados es irrelevante para la unidad de acción”; en su segunda posición *vid.* JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, ALEJANDRO DEL TORO MARZAL y JOSÉ RAMÓN CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 351 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 91 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO y CALDERÓN CEREZO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 416-417; CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 50, califica las conclusiones de esta teoría como infundadas; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 401; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 460, afirman: “de entrada hay que excluir la identificación entre [...] acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales [...] o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción”; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 856-859. Ya advertía LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 293, que “no puede adherirse [...] a la

factor decisivo por el cual existe un desvalor de acción personal menos intenso en el concurso ideal, respecto del concurso real, es que el autor conserva una voluntad unitaria representada por una única decisión final ejecutiva de realizar varias infracciones penales (tipicidades), que incluso impliquen varios resultados⁴⁹. Sobre esta postura político-criminal *vid.* las SSTs del 22.05.1993 (RJ. 1993-4250) y del 29.09.1987 (RJ.1987-6662).

b) Porque al afirmar que la conducta está determinada por el tipo penal, se confunden dos planos diversos de análisis: por un lado, la preexistencia de la conducta en sentido ontológico-normativo como presupuesto del tipo penal, aun cuando dicha conducta no sea relevante para el Derecho penal [conductas atípicas]; y, por el otro, la valoración de la misma por éste que, incluso, puede operar con un ámbito de acción mucho más restringido que el representado por la acción realizada desde el punto de vista ontológico⁵⁰.

c) Porque la múltiple afectación progresiva o concurrente de bienes jurídicos «altamente personales», lo que en realidad obliga es a considerar si la existencia de varias razones de protección normativa del sustrato personal que se protege (de forma individual o conjunta), determina o no ver —en el juicio de tipicidad— un injusto unitario o diversos injustos y, en consecuencia, la existencia de uno o varios tipos penales infringidos con

afirmación [...] de que en los delitos contra las personas, la existencia de varios ofendidos significa la de varios fines, si aquí fin [...] significa, como parece, dirección de la voluntad individual inherente al único delito, no puede negarse que ello pueda regresar en un más vasto proyecto criminal, ideado por el agente, y de que los delitos individuales constituyen las violaciones sucesivas” (t/l).

⁴⁹ *Vid.* MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 463, quienes advierten: “[...] esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos («dos o más infracciones»), por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas con una sola bomba), de allí que no hayan tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sean diversos”. Incluso, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 458, insinúa: “[e]l suceso fáctico se valorará como un solo hecho cuando la actividad final del sujeto realice simultáneamente los requisitos típicos de varias figuras delictivas”. *En contra:* ROLAND RIZ, *Lineamenti di Diritto Penale*, Parte Generale, 3ª ed., Padova, Cedam, 2001, p. 135.

⁵⁰ En este sentido, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 16 y 17, corrobora que “[l]a necesidad de que el derecho penal no maneje un concepto propio de acción se deriva entonces básicamente del hecho mismo de que las acciones que pretende regular el derecho penal son las que normalmente realiza el ser humano y que solo por voluntad del legislador entran a ser relevantes para el derecho penal sin que ello modifique en nada la conducta misma, pues para quien desarrolla su acción es exactamente igual tanto si la contempla el derecho penal como si ella no se encuentra recogida por el [...]”.

independencia del número de acciones —función de límite del bien jurídico—. Por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, afirma: “[...] la unidad natural de acción, entendida como unidad de comportamiento en sentido jurídico (no como «unidad típica»), no se ve afectada por la circunstancia de que resulten lesionados bienes personalísimos pertenecientes a distintos sujetos, pues esto incide sobre el número de realizaciones típicas, no sobre el número de hechos o acciones”⁵¹.

Es más, se puede sostener que, aun cuando el bien jurídico pueda sugerir la necesidad de considerar la existencia de varias infracciones típicas, en afán de valorar en forma completa en la sentencia el injusto total de la unidad de conducta realizada por el autor —como cuando se descarta la continuación delictiva y se afirma el concurso ideal homogéneo por lesionar bienes jurídicos eminentemente personales—, resulta muy dudoso que el criterio del bien jurídico y más la pauta del número de resultados materiales, tengan la capacidad de dividir de manera artificial la única conducta ontológico-normativa realizada por el autor en varias conductas diferentes, con el propósito de aplicar una mayor penalidad sin que, al mismo tiempo, se vislumbre un aumento significativo de la materialidad del desvalor personal de acción.

Y, d) Porque la regla penal, como norma de determinación que es, no manda o prohíbe la causación de resultados contingentes, sino la realización de conductas finales —previsibles y prevenibles— que puedan infringirla al vulnerar —al lesionar o poner en peligro efectivo [CP, Art. 4º]— el bien jurídico tutelado. De la lectura de los Arts. 77 CPE y 31 CP, cuando advierten que un hecho puede constituir dos o más infracciones o que una acción u omisión puede infringir varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, resulta evidente que la pluralidad de resultados no determina —en ningún caso— la progresión geométrica de hechos o acciones.

Es más, no se puede ignorar que el legislador no siempre considera los resultados materiales a la hora de redactar los supuestos de hecho, pues la

⁵¹ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 67; en la misma línea vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., p. 710 (*Tratado*, p. 765).

selección de los comportamientos relevantes penalmente, no tiene que estar vinculada de manera necesaria a los resultados en la vida real⁵². En este sentido, la STS del 23.04.1992 (RJ. 1992-6783: caso del aceite de la Colza), expresa: “partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos”.

Y, para terminar, en tercer lugar, porque “la teoría del resultado” no explica de forma satisfactoria los casos en los que el sujeto no quiere de manera directa uno de los resultados personales causados con la conducta⁵³, pues, según se opine desde la perspectiva teórica, estos serán casos de concurso real o de concurso ideal conforme a las clasificaciones vistas. De este modo, las teorías subjetivas que requieran unidad de resolución dolosa para cada hecho—resultado⁵⁴, por oposición a las objetivas, tendrían la necesidad de una construcción dual respecto a la unidad y la pluralidad tipicidades: una, para los delitos dolosos directos y, otra, para los comportamientos dolosos indirectos o eventuales⁵⁵, los imprudentes⁵⁶; y, según se opine, los

⁵² Vid. ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho Penal*, Parte General, Lima, ARA, 2004, p. 548, reitera el concepto de la STS 1335 bis/92, de 23-4-92 (aceite de colza) y mantiene que “[u]na razón que explique la preferencia de la palabra «hecho» respecto de las otras expresiones utilizadas por el legislador no surge de los textos ni del contexto de la ley. Pero, aunque se entendiera que la ley se quiso referir exclusivamente a «hechos» por oposición a «acciones» es indudable que, desde el punto de vista de una interpretación gramatical, tal entendimiento no parece adecuado para apuntalar el criterio del resultado, dado que el «hecho» que es objeto de una norma se compone necesariamente de una acción, mientras el resultado material es meramente contingente y, en consecuencia, puede formar parte o no del mismo. Por otra parte, si el criterio del resultado estuviera impuesto por el texto de la ley, se lo tendría que aplicar también en el caso del delito imprudente, pues los arts. 68 y stes. del Código Penal no distinguen entre delitos dolosos e imprudentes”; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., pp. 984-985; *id.*, *Manual...*, ob. cit., pp. 240 y 241.

⁵³ Vid. ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Akal, 1990, p. 426; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., pp. 108 y 109; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 858.

⁵⁴ De este modo, REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, ob. cit., p. 524, dice que el fenómeno de la unidad de hecho tiene una triple limitación: “unidad de conducta, unidad de intención y unidad de resultado”.

⁵⁵ Así, CÓRDOBA RODA, *El delito...*, ob. cit., p. 29, manifiesta que “[d]e la doctrina de nuestro Tribunal Supremo se desprende que debe estimarse una única acción o hecho siempre que la voluntad *se dirija* a un solo resultado. Ese dirigir de la voluntad, esa finalidad, es, sin embargo, interpretada en un sentido restrictivo, conforme al cual sólo

omisivos⁵⁷. Todo lo cual, genera en el conjunto del sistema de punibilidad una serie de excepciones punitivas que hacen más complejas las relaciones entre las especies concursales. Así mismo, queda sin explicar en forma satisfactoria la existencia de conductas que producen un resultado en sentido material y en sentido jurídico, como en aquellos casos en los cuales un sujeto en vez de auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en grave peligro [CP, Art. 131] se apodera, sin justa causa, de sus objetos personales [CP, Arts. 239 y ss.].

Más allá, las teorías “subjetivistas” tendrían que considerar el concurso ideal como un verdadero caso de concurso de delitos y no como una concurrencia de tipicidades, pues la posibilidad de advertir dicha figura, según se ha expuesto, tendría que esperar hasta verificar la “forma de culpabilidad” dolosa exigida a todos los injustos realizados.

Para terminar, una teoría de este talante impediría explicar de manera congruente los casos de unidad de conducta en supuestos de delitos dolosos con pluralidad de resultados parciales, como sucede sin discusión en el delito continuado. Dicho de otra manera: el delito continuado solo podría explicarse como una ficción derivada del concurso real de delitos, algo que no parece del todo aceptable en la moderna dogmática penal [STS 1313 del 25.06.2001 (RJ. 2001-5668)], o como una unidad jurídica que procede de un aparente concurso real de tipos.

existe tal nexo anímico cuando el resultado es abarcado por el dolo directo; o según el más riguroso criterio jurisprudencial, por la estricta intensión”.

⁵⁶ Por ejemplo: ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 393, plantea que la exigencia de propósito único impide hablar de concurso ideal de delitos imprudentes, “[...] ya que, en estos, la intención no puede predicarse del resultado final, por cuanto este no es querido por el culpable, sino de un resultado, que a la postre se produjo [...]”; VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.* p. 19, respecto del anterior Art. 565 que consagró el sistema de *crimen culpa*.

⁵⁷ Cfr. VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 19, distingue la unidad del acto omitido y la unidad del hecho en la omisión. En forma precisa la STS 788 del 29.05.2003 (RJ 2003-43788), afirma que “[...] tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado –previsto pero no directamente perseguido–, es decir, cuando se actúa con «dolo eventual» [...] estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal” (subrayado por fuera del texto original).

C. TEORÍA DEL NÚMERO DE TIPOS. Esta posición doctrinal recurre, para determinar el número de acciones o hechos jurídicos, al número plural de supuestos de hecho típicos autónomos realizados por el autor⁵⁸. Ello en teoría es así, pues cada fragmento de la conducta total es típico, con independencia no sólo del número de acciones naturales realizadas, sino también de que las mismas estén dirigidas hacia un mismo fin voluntario⁵⁹. En realidad, se trata de una postura ideal poco defendida por la doctrina que extiende de forma radical el ámbito de aplicación de la teoría del resultado típico, a partir del carácter no esencial de la acción, no sólo como estructura dogmática sino también como fundamento de la unidad y pluralidad de delitos⁶⁰.

En este orden de ideas, en la hipótesis del lanzamiento de la granada que causa la muerte de cinco personas, los partidarios de esta teoría entienden realizadas seis acciones o hechos diferentes: una conformada por cada tipo penal de homicidio y otra con ocasión del porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares; o, en el caso de una sola acción de acceso carnal en

⁵⁸ En este sentido, *cfr.* de la CSJ PENAL, sent. del 04.06.1982, L. ROMERO. En dicha providencia la Corte decide que “[...] habrá tantos delitos cuantas normas descriptivas o tipificadoras autónomas puedan aplicarse al episodio que se juzga, salvo el caso ya mencionado del delito complejo”. Situación que, desde luego, cobija los casos de concurso ideal de tipicidades. También, es interesante en este ámbito el texto del Art. 30.I del CP de Portugal, que de forma textual dice: “O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime por preenchido pela conduta do agente”. En: CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS, Anotado he comentado, legislação complementar M. MAIA GONÇALVES, 14ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2001, pp. 137 y ss.

⁵⁹ Una variante mucho más objetiva en PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 38, “[e]fectivamente, la pluralidad de los delitos, [...] no depende de la unidad o pluralidad de determinaciones, pero sí de la posición única o múltiple del contenido de las normas. Si éste es realizado varias veces, se tendrán más delitos aunque, eventualmente, sea única la determinación” (t/l).

⁶⁰ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 64.; CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 49 que, además, califica dicha teoría como una versión radical de la de la unidad jurídica y rechaza la concepción del número de tipos, para afirmar que la esencia del concurso ideal es la unidad de acción; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 24; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 41-43; STS del 15.03.1988 (RJ. 1988-2023). Desde una perspectiva de la teoría de la unidad ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 670, señalan que, afirmar que la tipicidad plural de una conducta multiplica el número de delitos (acciones), deja sin explicación satisfactoria la distinción de las consecuencias entre los concursos y los delitos; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 670-671, afirman: “[...] la circunstancia de que varios tipos penales le asignen a una misma conducta la calidad de varias veces prohibida, es decir, varias veces desvalorada, no tiene la eficacia de multiplicar la conducta, porque no es el tipo el que crea la conducta, sino el que simplemente revela el desvalor, el derecho no crea la conducta”.

la que concurren una violación y unas lesiones psíquicas, también se determinaría una pluralidad de acciones: una, por el delito de violación —agresiones sexuales—, una más por las lesiones, y otra por el delito de incesto —en Colombia—. A la par, esta postura dificultaría apreciar como unidad de acción algunos supuestos de delito habitual o complejo, dado que cada acto parcial supone la realización de un tipo penal independiente y, con ello, distintas causaciones objetivas y subjetivamente completas⁶¹.

Esta teoría se critica con razón, porque desde una perspectiva metodológica es la tipicidad múltiple del objeto como desvalor, la que recrea o multiplica de forma espontánea la conducta realizada por el autor como único objeto de valoración⁶². Con lo cual, se vulnera el principio de “*ne bis in idem*” y se confunden los diferentes planos de análisis ontológico y normativo. Por ello, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF⁶³ señalan que un prisma no se transforma en una pluralidad de cuerpos geométricos por el hecho de que resplandezca en diversos colores, según el punto de vista del observador. De este modo, lo mismo debe acontecer con la conducta: la adecuación típica de diez homicidios no significa que existan diez conductas distintas, aunque sí diez homicidios diferentes ocasionados por una sola conducta⁶⁴.

De la misma forma, vale la crítica referida a la teoría del número de resultados, en virtud de la cual se afirma que la pluralidad de intenciones respecto a la realización de varias infracciones penales no implica la multiplicación de las acciones, sino que puede conllevar una sola conducta con un desvalor personal de acción más intenso. Es más, esta concepción también deja sin efectos prácticos el concurso ideal —por la multiplicación del objeto de valoración—, al privilegiar la aplicación del concurso real; y, lo que es más grave, depone sin una adecuada explicación la diferencia punitiva entre ambas figuras, en contravía de las opciones legislativas

⁶¹ Así, ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ob. cit., p. 489; CEREZO MIR, *Derecho...*, ob. cit., p. 1010; *id.*, *Curso...*, ob. cit., p. 290.

⁶² Vid. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, ob. cit., p. 817; *id.*, *Manual...*, ob. cit., pp. 670-671.

⁶³ Vid. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, ob. cit., p. 520. En sentido contrario, REYES ALVARADO, *El Concurso...*, ob. cit., pp. 312 y 313.

⁶⁴ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, ob. cit., p. 575: “la unidad de hecho no puede determinarse en relación a las normas violadas, ya que con un solo hecho se pueden violar varias normas”.

dispuestas en el Art. 77 del CPE, en el Art. 31 del CP y en el StGB § 52. No se puede olvidar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos indican de forma expresa que se pueden realizar varias infracciones penales mediante una sola “acción”, para reconocer la figura del concurso ideal de tipos. Dicho lo cual esta postura doctrinal no encuentra mayor sustento positivo en la actualidad.

D. TEORÍA DEL NÚMERO DE OBJETOS PERSONALES SOBRE LOS QUE RECAE LA ACCIÓN. Conforme a esta concepción, correlato material de la teoría del número de resultados —y, por lo tanto, susceptible de las mismas críticas expuestas—, existirán tantas acciones naturales e infracciones independientes como objetos personales sobre los cuales recaiga la acción ontológica voluntaria, entendidos éstos como sustrato material del bien jurídico protegido en forma individual por el precepto penal⁶⁵. Por supuesto, en ella se pone énfasis en el contenido de la voluntad del sujeto, a la unidad de episodio histórico y al mismo objeto personal de tutela⁶⁶.

Esta construcción teórica, pues, olvida que pueden existir tipos penales que disponen su realización sobre una generalidad de sujetos pasivos, sin que la afectación de varias personas implique desvirtuar desde el punto de vista

⁶⁵ En la doctrina española, respecto al concurso real, *cfr.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 302: “[...] lo verdaderamente decisivo es que cada una de ellas lesiona un objeto diferente, como lo es el cuerpo de cada persona que constituye el sustrato material del bien jurídico «salud», lo cual permite concluir que el autor del hecho ha vulnerado otras tantas veces el precepto penal que prohíbe causar lesiones a otro. En otras palabras, cada uno de los contrincantes es, a efectos del tipo, un «otro», y su lesión procede de una acción directamente dirigida contra él, apareciendo al unísono los elementos objetivo y subjetivo que se requieren para dar vida a un delito doloso de lesiones”; también la STS del 20.12.1998 indica que “[...] por ello matar a varias personas o violar a varias mujeres o lesionar dolosamente a dos o más sujetos no constituye una modalidad de concurso ideal de delito, ni siquiera cuando las muertes [...] responden a una misma acción”. En Colombia, *cfr.* MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 207, al explicar que “[...] *habría tantos hechos cuantas víctimas, y por tanto un concurso real*” (cursivas nuestras), en igual sentido ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 164. Crítico: REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, *ob. cit.*, p. 541.

⁶⁶ Así, FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 573, señalan: “[...] la simultaneidad del comportamiento no supone en todo caso unidad de acción. La unidad exige que al menos una parte de la acción unitaria contribuya a la realización de dos delitos. Tampoco se apreciará necesariamente unidad de acción en el comportamiento de aquel que dispara simultáneamente a dos personas distintas —por ejemplo, utilizando un arma en cada mano—. Naturalmente, esta postura supone que la acción sea necesariamente típicamente determinada, con lo cual, se hace depender la unidad de acción de la identidad de sujeto lesionado o del *modus operandi*.”

normativo la integridad de la tipicidad, ni ver en ello una pluralidad de acciones en sentido natural o varias decisiones de afectar el bien jurídico por fuera de una unidad típica de acción [CP, Art. 101: Genocidio]⁶⁷. Por lo demás, si bien existen tipos como los de propia mano, en los que desde la perspectiva estructural es imposible, por ejemplo, que se pueda acceder carnalmente a dos personas mediante una misma acción comisiva; también lo es, que ello no justifica trasladar el fondo de esta construcción a tipos como el homicidio o las lesiones personales⁶⁸, para legitimar una aplicación de la normativa del concurso real homogéneo en desmedro del concurso ideal, cuando sean afectados bienes jurídicos “eminenteamente personales”, mediante una acción incluso natural. Por lo demás, no explica de forma satisfactoria la unidad o pluralidad de acciones, cuando el objeto sea inmaterial no personal.

E. TEORÍA NORMATIVA DEL NÚMERO DE LESIONES Y PELIGROS PARA EL BIEN JURÍDICO COMO REALIDAD SOCIAL. Una variante moderna de las concepciones anteriores, también denominada como teoría jurídica del evento, es la postura que proponen, entre otros autores, REYES ALVARADO en nuestro medio jurídico, a partir del número de resultados en sentido jurídico, que a pesar de las claras diferencias entre ésta y las demás concepciones expuestas, termina por extremar de forma evidente los efectos y las consecuencias de la teoría del número de resultados materiales.

El primer postulado teórico que fundamenta esta concepción, de corte idealista, consiste en desestimar la importancia de distinguir entre acciones y hechos como presupuestos de naturaleza ontológica del delito. En este sentido, se afirma que si bien el Derecho penal debe utilizar una idea de conducta en sentido ontológico, voluntario y final⁶⁹ —no en sentido

⁶⁷ Crítico: CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal*, Introducción y Parte General, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 17ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 462.

⁶⁸ Cfr. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 293.

⁶⁹ Sobre el particular, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 58, afirma: “[...] no puede desconocerse que para la determinación de la unidad de acción es imprescindible tener en cuenta cuál es la finalidad que el sujeto ha pretendido alcanzar con su actividad pues solo ello nos permite establecer si la acción estaba conscientemente dirigida a desconocer normas del ordenamiento jurídico o si buscaba una finalidad penalmente

jurídico—, el concepto de unidad de acción o conducta debe ser propia y exclusiva del Derecho penal en sentido jurídico, con exclusión de cualquier clase de elementos⁷⁰. Justo es decirlo, el concepto de unidad de acción solo se puede construir de forma adecuada desde el punto de vista del Derecho penal, si es que se espera que rinda frutos teóricos útiles en el marco jurídico de referencia, es decir, aquí que busca precisar cuándo un comportamiento “merece uno o varios reproches de carácter penal”. De hecho, al legislador penal no le interesa sancionar comportamientos que sean únicos o plurales en el puro ámbito naturalístico, porque lo que importa es considerar como una acción cada lesión al bien jurídico — entendido como una realidad social tutelada— y como una pluralidad de acciones las varias lesiones voluntarias al bien jurídico, con el propósito de sancionarlas desde la perspectivas penal⁷¹. El delito solo aparece cuando se vulnera el bien jurídico tutelado.

Desde luego, dicha posición es discutible. En primer lugar, porque en la actualidad resulta dudoso construir el concepto de conducta sólo desde el punto de vista causalista-ontológico, como movimientos musculares que prescinden de la ley de la complejidad, que supone un mínimo de valoración jurídica; es por ello que se ha abandonado la teoría de la acción única en sentido ontológico.

En segundo lugar, es posible advertir que si el único concepto de conducta admisible para el Derecho penal es el fundado en una construcción de naturaleza ontológica que, por su misma naturaleza, marca los límites comprendidos como objeto de valoración, resultaría una postura idealista pretender que la unificación de dichos objetos ontológicos como una unidad constituya sólo un juicio de valor, pues ello implicaría la posibilidad de que la unidad de conducta se construyera sin respetar el objeto valorado, de tal suerte que incluso se podría llegar a modificar la naturaleza del mismo,

irrelevante lo que a la postre permitirá precisar la norma violada y la existencia de un dolo o una culpa”.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 35, subraya: “[...] el concepto de unidad de acción es de carácter valorativo, sin que ello suponga desconocer el carácter óntico de la conducta, pues tan solo se la toma como un necesario elemento a partir del cual se establece su unidad con ayuda del desvalor propio del derecho penal”.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 78 y 316.

cuando se considere que las nociones de unidad de acción relevante y unidad de delito deben ser conceptos sinónimos. En tal caso, si es cierto que el Derecho penal sólo debe admitir una idea de conducta ontológica — valoración no compartible—, el juicio de unidad de dichos objetos debería ser de índole jurídica, pero con el respeto de la naturaleza de los objetos ontológicos que se valoran como componentes de dicha unidad.

En tercer lugar, esta perspectiva de análisis rechaza que la pluralidad de conductas se determine por la unidad o la pluralidad de resultados materiales existentes. En efecto, si para dicha teoría el concepto de acción es sólo óntico, también lo será el resultado que le es inherente; es más, este último componente no sería útil para el Derecho penal si, al mismo tiempo, no se analiza en qué consiste la afectación a la vida de relación social como consecuencia del daño para el bien jurídico protegido por la norma⁷². En efecto, para estas construcciones el resultado típico es en esencia jurídico, dicho lo cual al legislador no le deben interesar las simples modificaciones que el sujeto cause en el mundo exterior, sino las consecuencias normativas de la afectación de un bien jurídico concreto.

Así, habrá lugar a una unidad de acción cuando se lesione o ponga en peligro el bien jurídico —entendido como realidad social— en cumplimiento de una finalidad única. Por el contrario: se tendrá una pluralidad de acciones cada vez que el sujeto, en cumplimiento de una o varias finalidades, lesione o ponga en peligro varias veces el mismo bien jurídico o a varios bienes jurídicos diversos —dos afectaciones a la vida, al patrimonio, a la vida y al patrimonio—⁷³. Los efectos de dicha teoría en la unidad y pluralidad de tipicidades son evidentes, porque no solo implican unificar las categorías de la conducta y la tipicidad sino que, también, limita

⁷² REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 38. Y, más adelante, *ibidem* p. 39, sostiene: “[...] no puede pretender determinarse la unidad o pluralidad de conductas a través de un elemento que como el resultado está totalmente por fuera del concepto de acción y que en consecuencia no puede ser estudiado sino después de haber determinado si un sujeto ha desplegado una o varias conductas para solo posteriormente indagar por el número de resultados que esa acción única o plúrima pudo haber generado”.

⁷³ *Ibidem*, p. 266.

los casos de unidad de conducta⁷⁴, propugna por la eliminación del concurso ideal⁷⁵ y expande, de forma notable, el concurso real de delitos.

Varios ejemplos permitirán advertir que los efectos resultan de forma parcial similares a la teoría del resultado en sentido material. Así, ante el evento de causar la muerte a varias personas mediante la explosión de una granada, se deberán precisar varias conductas diferentes, no sólo porque debe atenderse a la finalidad concreta del autor de causar más de una muerte individual, sino también porque al existir varias muertes que suponen lesiones efectivas diferentes contra el bien jurídico, entendido como una realidad social, deberán verse distintas acciones⁷⁶. A la par, la falsificación de un millón de dólares en billetes de a un dólar, supondría la realización de una sola acción que conllevaría “un solo conflicto social derivado de la confianza que la sociedad debe tener respecto del papel moneda circulante”⁷⁷. En el último caso, si la finalidad de falsificar fue múltiple o discontinua desde la perspectiva temporal, se deberán observar tantas falsificaciones como finalidades ejecutadas. Otro ejemplo, interesante para Colombia, se presenta en el caso del padre que accede carnalmente a su hija mediante violencia, pues para esta teoría la acción ontológica del padre vulnera dos bienes jurídicos diferentes como la familia —incesto, CP, Art. 237— y la libertad e integridad sexuales —acceso carnal violento CP, Art. 205—, lo que implica considerar dos acciones

⁷⁴ *Ibidem*, p. 77: “[...] aquí la única posibilidad de respuesta es que esa distinción entre unidad de acción y unidad de delito sirve para diferenciar el concurso ideal del concurso real, escisión que nos parece inútil [...], porque no parece tener sentido tratar en forma distinta a quien de un solo disparo mata dos personas que a quien las elimina accionando dos veces su arma y empleando dos balas distintas, que sería aquello en lo que se concretaría la distinción entre un caso de concurso ideal y una hipótesis de concurso real montada sobre la supuesta diferencia entre pluralidad delictiva derivada de una acción y pluralidad delictiva proveniente de varias acciones”, e *ibidem*, p. 174, al explicar: “[...] el hecho de que la unidad de acción sea un concepto jurídico no permite crear diferencias con el concepto de delito único porque él no es nada distinto de una acción que jurídicamente se considera única”.

⁷⁵ Así lo indican BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 688.

⁷⁶ *cfr.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 117. También los casos de aborto preterintencional (CP, Art. 118) implicarían varias conductas, una contra la integridad personal y otra contra la vida dependiente.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 63: “[e]n este caso la finalidad de falsificar debe también ser puesta en concreto con ese bien jurídico entendido como realidad social (es decir el origen de la protección al bien jurídico) no es la falsificación de cada billete individualmente considerado sino la ilícita producción de dinero”.

jurídicas diferentes en concurso real por la efectiva lesión voluntaria de dos bienes jurídicos distintos.

Es más, con dicha postura se llega a la misma situación producida por la teoría de los resultados (en sentido material) respecto de la acción, pues ésta se convierte un mero componente óptico de referencia que se limita a determinar el número de finalidades que imponen el número de acciones. Este criterio resulta insustancial para determinar el verdadero resultado jurídico como consecuencia de las conductas realmente realizadas por el autor; sin que, por otro lado, llegue a explicar cuáles son los límites jurídicos impuestos por la idea de bien jurídico como “realidad social”, para determinar la existencia efectiva de una unidad o una pluralidad de comportamientos. Desde luego, dicho aspecto se advierte en la siguiente afirmación del autor: “[e]n efecto si el concepto de acción no es óptico sino propio del derecho penal, qué elemento nuevo es el que justifica distinguir esa creación jurídica de la figura del delito único? ¿por qué el derecho penal no trabaja directamente con un concepto de unidad de acción que sea equiparable al de unidad delictiva si ambas son nociones creadas por él? A nuestro modo de ver estos interrogantes no tienen una solución satisfactoria por lo cual consideramos que debería desaparecer esa distinción entre unidad de acción y unidad de delito porque además ha llevado en la práctica a que no exista un criterio uniforme respecto de cuáles son los casos de unidad delictiva que maneja el derecho penal [...] De esta manera puede observarse cómo el hecho de que exista una supuesta distinción entre las nociones de unidad de acción y unidad de delito, que no posee un sentido práctico ni una clara razón de ser, lleva a que aun cuando la mayoría de los autores manejen nociones similares de unidad de acción todos consideren como casos de delito único las más variadas y disímiles figuras”⁷⁸.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

F. TEORÍA DE LA UNIDAD DE ACCIÓN NATURAL (natürliche Handlungseinheit). Esta postura, sostenida por buena parte de la doctrina moderna y la jurisprudencia del TS español y el BGH alemán⁷⁹, afirma la existencia de una unidad de acción natural cuando diversos actos homogéneos⁸⁰ conformadores del curso de un mismo acontecimiento criminal progresivo —es decir, una secuencia causal divisible en diversos actos similares interconectados desde las perspectivas espacial y temporal, de forma estrecha (con solución de continuidad)—, está guiada por una “una unidad motivacional o final unitaria” —Verfolgung eines einheitlichen Zieles— una “única voluntad unitaria” —einheitliches Willensentschließung des Täters—, “una misma voluntad de resolución ejecutiva para todos los hechos” —ein für alle Taten gleichartiger Handlungswille— o “una resolución volitiva unitaria” —einheitliches Tatentschlusses—, que implica el desarrollo sucesivo de una misma unidad situacional objetiva llamada a incrementar el mismo injusto unitario⁸¹.

⁷⁹ Sobre la recepción jurisprudencial en Alemania *vid.* GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4 auf., Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns, 2000, pp. 439 y ss. (Traducción al español: *Derecho Penal*, Parte General I, El hecho Punible, Tratados y Manuales, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti (trads. de 4ª ed. 2000), Thomson-Civitas, 2005; En la jurisprudencia española *vid.* STS 820 del 23.06.2005 (RJ. 2005-4147).

⁸⁰ La jurisprudencia y la doctrina alemanas sostienen que, para reconocer la unidad de acción natural, el material comportamental marcado por los diversos actos del tipo debe ser objetivamente uniforme (idéntico) al menos en una tercera parte. *Vid.* RGSt 58, 113, 116; CHRISTOPH SOWADA, “Probleme der natürlichen Handlungseinheit”, en *JurA*, 17 Jahrgang, Heft 5, p. 246; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 83.

⁸¹ *Vid.* en general: BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 808-809; BOCKELMANN y VOLK, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 255; ESER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 225-226; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 362; FRITJOF HAFT, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9ª auf., München, C.H. Beck, 2004, pp. 282 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 710 (*Tratado*, p. 765); KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 359; KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, pp. 697 y ss.; H. MAYER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 407 y ss.; MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 306-307; WOLFGANG MITSCH, “Konkurrenzen im Strafrecht”, en *JuS*, 33 Jahrgang, Heft 5, 1993, p. 388; OTTO, *Grundkurs...*, *ob. cit.*, pp. 317 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, p. 805; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52 pp. 9-11; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 807 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 441; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 439; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 292; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 418; CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 49; ANTONIO CUERDA RIEZU, “La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, libro homenaje a Claus Roxin, Ed. J.M. Silva Sánchez, Biblioteca de Derecho Penal, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pp. 345 y 346; RAMÓN GARCÍA ALBERO, “Sobre la denominada «unidad natural del acción» (A propósito de la STS. de 23.06.1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara)”, en *ADPCP*, vol. XLVII, Facs. 2 (may.-ago.), 1994, pp. 210-239; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 857. Es interesante advertir autores

Desde luego, la unidad global de sentido o la apariencia de unidad objetiva relevante desde la perspectiva jurídica, configurada por varias acciones únicas complejas con solución de continuidad y vinculación subjetiva, se verifica en la práctica mediante criterios metodológicos extensivos como la “concepción natural de la vida” —*einheitlicher im Lebensvorgang Sinne*—, el “uso general del lenguaje de las acciones en la sociedad”⁸² —*Sprachgebrauch*—, el sentido social del acto —*sozialen Zusammengehörigkeit der einzelakte*— y la “experiencia cotidiana”; todo ello, a partir de la perspectiva de un observador social no partícipe según los usos sociales normales y “en función del momento de valoración” [SSTS 667 del 05.11.2008 (RJ. 2008-6095)⁸³, 945 del 29.09.2006 (RJ. 2006-6077), 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184) y 820 del 23.06.2005 (RJ. 2005-4147)]. Por ello, la STS 214 del 16.02.1995 (RJ. 1995-1177) indica que esto “[...] es aún más claro en los supuestos de realización progresiva del fin de la acción de modo que el sujeto reitera los actos que integran el núcleo del tipo de forma cada vez más completa y acercándose cada vez más a la perfección delictiva, para lograr aquel fin al que va aproximándose más en cada momento y a través de cada acto, hasta lograrlo en plenitud, aunque

como ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 454, que, sin asumir en su totalidad la teoría de la unidad natural de acción, al final reconduce dicha unidad a dos requisitos: a) el ligamen finalístico, que representa el segmento que une en un todo los varios actos; y, b) la contextualidad, es decir, la realización sucesiva, sin que transcurra entre las acciones un apreciable lapso de tiempo.

⁸² CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 51, indica: “[e]sta secuencia admite una descripción mediante una única clase natural de acciones (basada en las expresiones verbales de una determinada lengua) que recoge las propiedades que toman en consideración otras posibles descripciones de la acción”.

⁸³ Dicha sentencia declara: “[d]icho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio. Así la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS. 15.2.97, 19.6.99, 7.5.99, 4.4.2000) "cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha". En esta dirección la doctrina considera que denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción. En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción”. Entre otras *vid.* SSTS 659 del 28.09.1996 (RJ. 1996-6934), 20.11.1995 (RJ. 1995-8315), 02.07.1993 (RJ. 1993-5693) y del 11.10.1990 (RJ. 1990-7993).

vaya acentuándose o incrementándose a través de esa progresión la lesión inferida al bien jurídico” (subrayado por fuera del texto original).

También, en la STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), el TS afirmó: “[...] la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha (SSTS. 15.2.97, 16.6.99, 4.4.2000, 17.8.2000). En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción. En este sentido se ha señalado que esta solución está prevista para casos en los que un primer acto encadenado estrictamente a otros que hace posible o supone la preparación para un determinado objetivo, o cuando los actos siguientes se desarrollan o procedan directamente del precedente”, con precedente en la STS del 11.10.1990 (RJ. 1990-7993). Recientemente, la STS de 10.02.2009 (RJ. 603-2009), afirma, respecto a la denominada unidad natural de acción que: “[e]ste supuesto problemático en la dogmática penal, parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica, que será natural o jurídica —dice la STS. 18.7.2000— en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una realidad social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso —se recuerda en la STS. 580/2006 de 23.5— se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a un designio común que aglutina los diversos actos realizados. Dicho en otros términos existirá unidad de acciones y no pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia plural, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva, como una misma acción natural, careciendo de sentido descomponerlo, ni varios actos delictivos (SSTS. 19.6.99, 4.4.2000, 19.4.2001, 23.6.2005), por cuanto la acción delictiva solo experimenta una

progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario y responde a la misma motivación”.

En dichas hipótesis no resulta pertinente valorar cada acto complejo de manera aislada, como distintas formas imperfectas o perfectas del tipo, sino desde el punto de vista del conjunto de lo actuado en continuidad, bajo el mismo fin y con voluntad única⁸⁴. Por ello, si un ladrón realiza de forma voluntaria y planificada diversos apoderamientos similares en principio virtualmente divisibles —en conexión temporal estrecha— frente al mismo sujeto pasivo, o si se apodera de las carteras de los pasajeros que viajan en un mismo autobús, realiza una sola acción jurídica seriada que expresa la misma significación subjetiva y social de conjunto —el mismo fenotipo de hurto— y, por ello, una unidad de acción en sentido natural. Así, cuando el agente realiza una penetración vaginal, otra bucal y otra anal, divisibles entre sí, en el mismo contexto de acción, con el mismo dolo y con ánimo libidinoso, realiza una unidad de acción natural en sentido estricto según la

⁸⁴ *Vid.* STS 122 del 05.02.2004 (RJ. 2004-696): unidad de acción en delitos sexuales. También en las SSTS 541 del 29.03.2001 (RJ. 2001-2000) y 820 del 23.06.2005 (RJ. 2005-4147), se asume como unidad de acción natural un evento de varias penetraciones vaginales continuas en un mismo acto de violación (en realidad varios actos continuos con estrechez temporal en un mismo contexto situacional); o en la STS 03.02.2005, (RJ. 136-2005), en la que se advierte que cabe considerar como unidad natural de acción “[...] inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente”. Del mismo modo, la STS 813 del 07.07.2009 (RJ. 4964-2009) apunta: “La jurisprudencia de esta Sala ha aplicado en numerosos precedentes el concepto de unidad natural de acción para apreciar un único delito de falsedad documental en los casos en que se elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es, con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal (SSTS 705/1999, de 7-5; 1937/2001, de 26-10; 670/2001, de 19-4; 867/2002, de 29 de julio; 885/2003, de 13-VI; y 1047/2003, de 16-VII; 1024/2004, de 24-9; 521/2006, de 11-5; 1266/2006, de 20-12; y 171/2009, de 24-2). / En esas resoluciones se afirma que concurre una "unidad natural de acción" en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, el patrimonio de quien debía indemnizar por el valor falsamente consignado, se lleva a cabo en "unidad de acto". Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan sólo porque se da la circunstancia de que los diferentes efectos objeto de valoración vienen incorporados en varias facturas, pero siendo una conducta del todo equivalente a la que se hubiera producido alterando las cuatro diferentes cifras si las mismas estuvieran contenidas en una sola relación. Lo determinante - dice esa jurisprudencia- es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida, constituye un solo delito. Deben entenderse, pues, realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores”-

concepción natural de la vida [SSTS 895 del 21.05.2001 (RJ 2001-7050) y 1560 del 24.08.2002 (RJ. 2002-8352)]⁸⁵. Como lo advierte VALLE MUÑIZ: “[l]as constelaciones de «unidad de acción natural» comportan en todo caso una unidad valorativa acotada por el precepto correspondiente, de forma que no sólo excluyen la configuración de un concurso real homogéneo, sino que su hipotética concurrencia con el sustrato de otro tipo delictivo permitiría fundamentar un concurso ideal (que no real) de delitos”⁸⁶.

Por el contrario, se realizan diversas acciones u omisiones independientes si los apoderamientos son efectuados en momentos distintos, sin ninguna conexidad temporal —según la doctrina, también si la conexidad no es estrecha pero sí razonable—, si se llevan a cabo conductas en todo heterogéneas⁸⁷; o si, se ejecutan diversas acciones que supongan una renovación del plan criminal precedente, porque para esta teoría se requiere una estrecha vinculación de significado temporal, objetivo y subjetivo

⁸⁵ En efecto, dicha sentencia afirma: “[...] la doctrina de esta Sala ha considerado un delito unitario y no continuado en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no diversas ocasiones idénticas que caracteriza la continuidad, entendiéndose que en dichas circunstancias no hay una pluralidad de acciones, sino una sola desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción”. La expresión sin que exista prácticamente solución de continuidad supone la diferencia con el concepto de acción única en sentido naturalístico. En este sentido, *vid.* la STS de 15.02.1997 (RJ. 1997-837) subraya que el número de violaciones no se debe identificar con el número de penetraciones, de la misma manera que la cantidad de delitos de lesiones no depende del número de puñetazos (*vid.* SSTS 13.12.1990 (RJ. 1990-9485); 24.03.1993 (RJ. 1993-2503); 08.07.1994 (RJ. 1994-5698); 22.09.1995 (RJ. 1995-6928); 24.03.1993 (RJ. 1993-2503); 16.02.1995 (RJ. 1995-1177) y (RJ. 1995-8027); 20.11.1995 (RJ. 1995-8315); 780 del 28.09.1996 (RJ. 1996-6934); 659 del 28.09.1996 (RJ. 1996-6934); 26.10.1996 (RJ. 1996-7192); 17.03.1997 (RJ. 1997-2330); 19.04.1997 (RJ. 1997-3028) y 19.06.1999 (RJ. 1999-5972). En contra: *cfr.* STS 1175 del 06.06.1994 (RJ. 1994-4526): “[l]a sentencia recurrida ha apreciado los hechos como dos separados delitos de violación al haberse producido sucesivamente en el tiempo dos penetraciones, una bucal y otra vaginal. No obstante tal actividad sucesiva de penetración sexual fue expresión de un mismo ininterrumpido y único impulso erótico que encontró expresión en formas plurales, sin censura espacio-temporal entre ellas que permita una individualización de cada parte de la única actividad erótica, que tuvo un único sujeto pasivo y estaba enmarcada en unas mismas ocasiones y circunstancias de tiempo y lugar e infringía un mismo precepto penal, por lo que se impone la apreciación de una continuidad delictiva configurada en el artículo 69 bis del Código Penal [Sentencia de 21 abril 1992 (RJ. 1992\3176)]”.

⁸⁶ *Vid.* JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Dir.) y José Manuel Valle Muñiz (coord.), Navarra, Aranzadi, 2006, p. 409.

⁸⁷ *Vid.* OTTO, *Grundkurs...*, *ob. cit.*, p. 23; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 83.

conforme se suceden las acciones complejas con naturalidad en la vida cotidiana [STS 659 del 28.09.1996 (RJ. 1996-6934) y 1981 del 22.11.1994 (RJ. 1994-9141)].

Para culminar, no sobra reiterar la existencia de una importante tendencia dominante en la jurisprudencia y en la doctrina que, al asumir el concepto de acción única desde una perspectiva fisiológico-causal, termina por refundir la concepción de la conducta única en sentido natural con el concepto de la “unidad de acción natural”⁸⁸.

De otra parte, la teoría de la unidad de acción natural cumple dos funciones dogmáticas muy reconocidas⁸⁹: en un primer grupo de hipótesis en las que existe una estrecha relación temporal y espacial, la unidad natural de acción —propia o simple— constituye la vía expedita para justificar la unión de diversas conductas únicas sucesivas o iterativas divisibles contra un mismo bien jurídico, como una unidad de infracción típica que excluye los casos

⁸⁸ No obstante, la doctrina del TS aún es ambivalente en cuanto a las categorías mencionadas. Así, la STS 1277 del 10.11.2005 (RJ. 2005-6904), advierte: “[e]n efecto, aunque existan pronunciamientos de esta Sala, como el citado por el propio Ministerio público (STS de 14 de Julio de 1999), que consideraron una sola acción la materialidad, llevada a cabo por un funcionario de la Policía de fronteras, de estampar sucesivamente siete sellos en otros tantos pasaportes con las fechas de entrada en nuestro país alteradas, hay que recordar que en otras Resoluciones, más próximas en el tiempo y análogas en el contenido al supuesto a que aquí nos referimos, como la STS de 13 de Junio de 2003, se califica la confección, en un solo acto, de tres letras de cambio falseando la firma de un Administrador, como delito continuado pues, en realidad, se están generando diferentes documentos falsos, con vida propia y autónoma cada uno de ellos en el tráfico mercantil y, por ende, constituyendo, caso a caso, otras tantas agresiones al bien jurídico digno de protección que, por ende, se individualizan configurando, en realidad, una «...pluralidad de hechos...» delictivos, como requiere el precepto mencionado, *artículo 74.1 del Código Penal*, en este supuesto, en definitiva, correctamente aplicado”. Precisamente, la STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184). En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción. Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad, STS. 7.5.99, pero en supuestos muy diferentes del ahora enjuiciado. El caso que fue objeto de la citada sentencia consistió en que en una sola ocasión y sin solución de continuidad, un policía de aeropuerto puso en siete pasaportes diferentes sellos de entrada con fechas alteradas, considerándose una sola acción de materialidad de poner los sellos en los siete pasaportes”.

⁸⁹ Vid. SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB, ob. cit.*, Vor § 52 pp. 14 y ss.; SOWADA, “Probleme...”, *ob. cit.*, p. 247.

de “concurso ideal de tipos”⁹⁰ [STS 1304 del 10.10.2003 (RJ. 2003-7740) (venta y depósito de drogas)]. Por lo general, la doctrina impide la unidad de acción natural cuando dichas modalidades de ejecución del tipo afectan bienes jurídicos personalísimos (höchstpersönliches Rechtsgüter)⁹¹.

A su turno, un segundo grupo de hipótesis supone construir —previa distinción entre las teorías de la unidad de acción y las de la “conurrencia de tipicidades”— una unidad de acción natural en sentido amplio (impropia) que sirve para satisfacer los presupuestos materiales objetivos de la unidad de conducta, necesaria para aplicar un delito continuado o un concurso ideal, con exclusión de la aplicación del concurso real. También, se utiliza en la doctrina alemana para fundamentar eventos tan discutibles como el concurso ideal “por enganche o abrazadera”⁹², p. ej.: las operaciones de compra en grandes almacenes, ante distintos empleados, con el inicio de una compra adicional autónoma, que culmina con una nueva falsedad al materializar el pago, después de concluida la totalidad del episodio en el cual se produjo la falsedad anterior [STS 670 del 19.04.2001 (RJ. 2001-2122), lo resuelve como delito continuado]. Desde luego, en torno a este segundo grupo de hipótesis existen múltiples concepciones con distintos alcances, que van desde posturas absolutamente objetivas para las cuales existe cierta homogeneidad típica en estrechez temporal y espacial, hasta elaboraciones según las cuales se puede construir una unidad natural de acción amplia, con hipótesis de pluralidad de acciones, que no respetan una unidad típica pero que, adviértase, cuentan con una homogeneidad subjetiva y una lógica relación temporal y espacial (eventos de concurso medial).

⁹⁰ Vid. GROPP, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 508 y 509; SOWADA, “Probleme...”, *ob. cit.*, pp. 247 y ss. Desde luego, algún sector de la doctrina considera que se trata sólo de casos de unidad típica de acción.

⁹¹ BGH: 27, StGB §§52, 212, 223A “(natürliche Handlungseinheit) Zum Begriff der natürlichen Handlungseinheit”, en *NJW* 37, Jahrgang 1984, 2 Halbband, C.H. Beck’sche verlag, München-Frankfurt, p. 1568, en el caso de varios homicidios. Cfr. KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 699; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 806 y 807; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52 pp. 10 y ss., 15; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 441; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 292.

⁹² Cfr. SOWADA, “Probleme...”, *ob. cit.*, pp. 247 y ss., y 252; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1076.

En fin, por ello y desde un punto de vista material, CHOCLÁN MONTALVO advierte con toda razón: “[...] la unidad natural de acción corrige la concepción del tipo individual que, debido a su abstracción conceptual, sólo dice si el autor ha realizado el injusto típico, pero no cuántas acciones representan una realización típica. Por ello, la unidad natural de acción es un concepto que, en sentido prejurídico, sirve para definir la base fáctica del concurso de delitos (unidad natural de acción como criterio para determinar el objeto unitario de la valoración jurídica), sin perjuicio de que también constituya, como «unidad típica», un criterio para determinar cuándo hay una o varias realizaciones típicas (esto es, unidad natural de acción como criterio para determinar la unitaria valoración jurídica con independencia de que el objeto sea o no también unitario)”⁹³.

Ahora bien, esta teoría ha sido criticada de forma mayoritaria porque asume pautas de valor imprecisas y subjetivas desde una perspectiva político-criminal, como por ejemplo la “concepción natural de la vida social” o la “opinión de un observador natural”, que esconden el verdadero sentido —no declarado— del enjuiciamiento global de varias acciones en sentido natural, incluso dispersas, como un objeto unitario y uniforme de valoración en el proceso penal (teoría de la impresión global del hecho procesal o pragmática de la percepción contextualista de los hechos⁹⁴). Por ello, si bien la jurisprudencia alemana exige que los actos realizados con la misma motivación o voluntad sean homogéneos al menos en una tercera parte, tiene razón REYES ALVARADO cuando afirma que “el problema es que la selección de esa finalidad resulta arbitraria si no se señalan cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta para ello”⁹⁵, al menos frente a los diferentes actos parciales que pueden constituir las otras dos terceras partes de los episodios seriados realizados por el autor.

⁹³ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 112 y 113.

⁹⁴ En general: *vid.* L. A. HAHN, *A contextualistic Theory of Perception*, Los Ángeles, Berkeley, 1942.

⁹⁵ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 47; para ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 400, debe averiguarse “[q]ué datos de la realidad naturalística se seleccionan y qué significado se les ha atribuido para que constituyan un único hecho que realiza varios tipos penales”.

En este sentido, dicha teoría resulta imprecisa porque tales criterios valorativos, al ser interpretables de forma diversa, resultan impracticables cuando confunden los límites materiales —sistemáticos— existentes entre la acción única, la unidad de acción y la pluralidad de acciones; máxime cuando se sabe que no hay unidades de sentido válidas de forma inequívoca y desde la perspectiva social, que se deban ajustar a los tipos penales como una unidad natural previa, atendida de forma exclusiva la unidad de plan del autor⁹⁶. Por lo demás, los criterios sociales de análisis mencionados no garantizan, por un lado, que los actos naturales conglobados en la unidad natural de acción sean, a su vez, uniformes y homogéneos; y, por otro, que los casos de concurso ideal homogéneo realizados mediante una acción única, sean equiparables a los casos de concurso ideal precedidos por una unidad de acción ontológico normativa, jurídica o típica. En este orden de ideas, esa teoría no resulta restrictiva sino más bien justificadora del concurso de tipicidades. Ello se entiende mejor si se parafrasea una famosa frase de BETTIOL: “[l]a unidad natural de la acción está dada por un criterio de valor, pero no todo criterio de valor es necesariamente jurídico”⁹⁷.

Además esta teoría es subjetiva porque otorga un alcance concluyente a la voluntad del autor que configura el hecho y, en definitiva, al parecer valorativo del observador social no partícipe —el poder discrecional o decisionista del juez—, para determinar en forma intuitiva el número global de acciones necesarias o suficientes para configurar de manera adecuada una unidad prejurídica de acción⁹⁸; todo ello, pues, genera resultados

⁹⁶ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 711 (*Tratado*, p. 765); JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1091, afirma: “[...] la unidad natural de acción —siempre que sea sólo un (mero) término para designar la unidad jurídica de acción [...] no es una figura útil en Derecho penal, por no poder precisarse con la necesaria exactitud”; URS KINDHÄUSER, “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit — BGH, NJW 1984, 1568 (Urt. *vid.* 21.09.1983-2 StR 19/83)”, en *JuS*, 25 Jahrgang, Heft 2, 1985, p. 105; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, pp. 523 y ss.; MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 388; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, p. 814; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 439 y ss.; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 289 y ss.; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 857, la califican como una fórmula hueca y contradictoria.

⁹⁷ BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 541; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 690.

⁹⁸ Vid. CUERDA RIEZU, “La unidad...”, *ob. cit.*, p. 346. Es más, mediante la STS del 19.05.1989 (RJ, 1989-487), el TS entendió —de forma poco afortunada— que la unidad continuada sólo podía superar toda la impresión originada en su evolución conceptual, mediante una ampliación del poder discrecional del juez sobre los hechos objeto de

científicos ambiguos y deficitarios a la hora de determinar la unidad o pluralidad de conductas. De hecho, en diversas ocasiones la jurisprudencia configura como una unidad de acción en concurso ideal, varios hechos que desde una perspectiva estructural serían un concurso real, al considerar que las acciones naturales diversas realizadas por el agente señalan una misma línea de acción y decisión como, por ejemplo, los eventos realizados durante la “huida de la policía”. Es más, muchos expositores se contentan con una ligera unidad motivacional que —apoyada por la simple apariencia contextual, en virtud de la cual solo se exige que el sujeto obre con conocimiento de la continuidad de su conducta— supone su renuncia a requerir una voluntad unitaria o una estricta unidad de sentido subjetivo.

Para terminar, resulta cuestionable que el juicio normativo de integración de la unidad de acción dependa (únicamente) de la valoración subjetiva de elementos accidentales como la separación temporal —contingente— entre los diversos actos voluntarios realizados por el sujeto⁹⁹, de tal suerte que si no se presenta una relación temporal estrecha entre cada acto parcial que permita estructurar un delito único, se configurará bien una acción continuada o un concurso ideal mediante unidad de acción en sentido amplio —conexidad sustantiva difusa—¹⁰⁰ o, bien, un concurso real de delitos propiamente dicho —ausencia de conexidad sustantiva—. Esta postura se deduce, por ejemplo, de la STS 463 del 27.04.2006 (RJ. 2006-

valoración, desde una impresión o perspectiva del conjunto fáctico. Algo que desde la teoría de la unidad se reproduce en el delito continuado.

⁹⁹ Vid. WANKEL, *Strafklageverbrauch...*, *ob. cit.*, p. 233, cita núm. 15; CUERDA RIEZU, “La unidad...”, *ob. cit.*, p. 348, precisa que “el problema de este elemento objetivo consiste sobre todo en su aplicación práctica, ¿En qué casos se da una estrecha vinculación y en qué casos no se da?”; para REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 49, “la contextualidad temporal y espacial de los diversos actos desarrollados por el sujeto no es de por sí un factor que permita establecer la unidad de acción porque dentro de un mismo recinto y en un corto espacio de tiempo es perfectamente posible que alguien de muerte a una persona y lesione a otra, se apodere de cosa mueble ajena, y destruya un bien mueble que no le pertenece (todo en diversas finalidades) lo cual debería ser considerado como una pluralidad de acciones relevantes para el derecho penal pese a la comunidad temporo-espacial”.

¹⁰⁰ Cfr. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 432. De hecho, el TS llegó al punto de aplicar términos para verificar la existencia del delito continuado. Por ejemplo: en la STS 1749 del 21.10.2002 (RJ. 2002-9131), el tribunal indica: “[d]e los hechos probados se desprende con claridad que el acusado recibió el total de la cantidad por cuya apropiación se le condena en dos momentos distintos separados por un período de unos veinticinco días, por lo que es posible cuestionarse la calificación de estos hechos como un delito continuado” (subrayado por fuera del texto original).

2389), cuando afirma que en “[...] la casuística el criterio determinante será la caracterización autónoma o no del acto o actos delictivos, según el contexto en que la iteración se desarrolle. En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar: a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena. b) cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva. c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos”.

Con este punto de partida, pues, la diferencia entre las figuras que se estudian en la unidad y pluralidad de tipicidades, con base en la unidad y pluralidad de acciones, resulta casual y contraria a la seguridad jurídica, no solo porque construye la unidad de acción a partir de la conveniencia argumentativa, social o probatoria del intérprete —en cada caso concreto—; sino, también, porque crea la necesidad artificial de formar listas de grupos de casos “complejos” o “límite” para guiar la labor jurisdiccional¹⁰¹.

En síntesis, esta concepción tiene bien poco de “natural”, más bien esconde el trasfondo intuitivo y caprichoso que la caracteriza, lo cual la excluye

¹⁰¹ Vid. SOWADA, *Probleme...*, *ob. cit.*, p. 248. Sobre tal exigencia, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 50: “[...] la ausencia de la formulación de una regla general que permita poder determinar a priori cuando hay unidad o pluralidad de acciones sin tener necesariamente que remitirnos a la ejemplificación”. Desde luego, es necesario advertir que tampoco se trata de encontrar una regla ontológica precisa para dilucidar estos casos, pero —en cualquier caso—, sí de establecer reglas hermenéuticas que permitan solucionar de forma razonable la mayoría de los supuestos jurídicos analizados.

como un referente jurídico válido en forma universal y aceptable para elaborar una construcción sobre el particular. Por ello, justo es recordarlo, escribía en 1933 MEZGER sobre el particular, lo siguiente: “[l]a reunión de varios actos externos naturales en una unidad no es precisamente el producto de una consideración natural del problema, sino el resultado de una valoración de cierta especie, por tanto, y en lo que aquí interesa, un asunto exclusivamente jurídico, de derecho positivo”¹⁰².

G. TEORÍA DE LA UNIDAD DEL SENTIDO TÍPICO DE ACCIÓN (Tatbestandlicher Handlungseinheit). Esta teoría, también denominada como unidad jurídica de acción y aceptada por la mayoría de la doctrina penal moderna, parte de la concepción de la unidad de acción natural; no empero, se le crítica por resultar insuficiente desde el punto de vista valorativo, pues la unidad de fin o el plan del autor y la unidad situacional o contextual son elementos prejurídicos que no aglutinan o “abrazan”, de forma adecuada, todos los posibles casos de diversas acciones en sentido natural como un objeto unitario de valoración frente a un determinado tipo penal de injusto¹⁰³. A título de ilustración, la jurisprudencia alemana plantea la inexistencia de una relación natural de acción entre un hecho de homicidio y unas lesiones personales, aun cuando aquellas sean realizadas en una estrecha relación espacial y temporal. Ello, porque tales acciones carecen —aunque desde un punto de vista social se puedan considerar unidas— de los elementos

¹⁰² Vid. MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 365, aunque el autor se muestra partidario de la teoría jurídica de la acción.

¹⁰³ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 112 y ss.; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 418; CUERDA RIEZU, “La unidad...”, *ob. cit.*, pp. 348 y 352, afirma: “se habla de unidad típica de acción para poner de relieve que no es la sociedad sino el Derecho de donde hay que extraer los elementos para diferenciar la unidad y la pluralidad de acciones. Pues, mediante los tipos se deduce aquello que es contemplado como algo unitario; con independencia de que se pueda descomponer o no en actos parciales más reducidos”; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 373; GARCÍA ALBERO, “Sobre la denominada unidad...”, *ob. cit.*, p. 239; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 639-640, reconduce de alguna manera la teoría del número de resultados a la teoría de la unidad típica, cuando indica: “[...] la descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho”; MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 365; OTTO, *Grundkurs...*, *ob. cit.*, p. 319; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 437 y ss.

objetivos y subjetivos uniformes que las conectan como un todo antijurídico, al ser realizadas sobre sujetos distintos¹⁰⁴.

En la misma línea de argumentación crítica, SCHRÖDER¹⁰⁵ afirma que al ser tan naturales las partes que componen la unidad de acción natural, como la unidad interpretativa que resulta al final, ésta elaboración teórica constituye una clara infracción legal del texto del §52 del StGB —«la misma acción»— que regula el concurso ideal —Tateinheit—, para favorecer injustamente al infractor. En este sentido, los eventos que se integran bajo esta unidad de conducta son una verdadera pluralidad de conductas naturales. Sin embargo, continua SCHRÖDER, para evitar considerar de modo absurdo que estas situaciones —los cinco disparos en legítima defensa, el hurto de la baraja, la destrucción de 100 porcelanas durante un inventario, los diversos tocamientos libidinosos o los diversos insultos, etcétera— constituyen hipótesis legales de concurso real de tipos [§54 StGB], la unidad de acción natural se sustrae —de manera parcial— de la teoría de la unidad y pluralidad de conductas, y se traslada al ámbito de la pluralidad de tipicidades y sus excepciones jurídicas —porque se aplicaría de modo incidental al delito continuado—, al tiempo que el criterio se considera como una moderada interpretación de la conducta desde la perspectiva de los supuestos típicos infringidos.

En este sentido, en realidad lo único decisivo en la materia sería la valoración social o el sentido normativo del tipo de injusto, aunque no desde la perspectiva de criterios prejurídicos o naturalistas, sino desde el punto de vista del ordenamiento jurídico positivo. Perspectiva que permite concluir —al acotar la realidad según criterios jurídicos propios¹⁰⁶— que

¹⁰⁴ Sobre el particular, *vid.* KINDHÄUSER, “Normverstoß...”, *ob. cit.*, pp. 100-101. En general, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 361; RUDOLF SCHMITT, “Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung: Eine systematische Untersuchung im Anschluß an BGHSt 16, 122”, en *JZ*, núm. 13, 1962, pp. 389-394.

¹⁰⁵ FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, “Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten”, en *JurA*, 2. Jahrgang, Heft 5, 1980, p. 241.

¹⁰⁶ Como lo advierte BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 541: “[l]a unidad de la acción es aquí un artificio querido por el legislador. Tenemos que habérmola con una acción «jurídicamente» única, aunque «naturalísticamente» plural”. Precisamente, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 666, señala: “[l]a unidad de delito la determina la configuración del tipo penal. La amplitud dada a la redacción del tipo es

los trozos parciales de la acción o acciones complejas naturales son una unidad legal autónoma desvalorada, que constituye una realización típica determinada por el legislador o la realización de una pluralidad de tipicidades solapadas entre sí¹⁰⁷. Como lo advierte ESCUCHURI AISA “[s]i se quiere ser coherente con la premisa de que el concepto de acción resulta de una valoración jurídica realizada a partir de los tipos legales, debemos prescindir ya desde el principio de las llamadas acciones naturales. Las unidades que interesan al derecho penal vienen determinadas por los tipos legales que segmentan la actividad final (constituida por una pluralidad de actos dirigidos a la consecución de un mismo fin) realizada por un sujeto. Además no sólo se propone renunciar a la utilización de los términos «unidad típica de acción» o «unidad natural de acción» para explicar casos de unidad delictiva, sino también la exclusión de los supuestos albergados en esas categorías del ámbito de la teoría del concurso”¹⁰⁸.

Desde luego, esta posición es objeto de matices incluso desde la perspectiva de otras posturas normativas ideales. En este sentido, afirma REYES ALVARADO —con el propósito de legitimar la teoría del número de afectaciones contra el bien jurídico como realidad social— que si en materia penal es necesario adoptar un concepto óntico de acción, es inaceptable admitir que sea el sentido de los tipos penales el que permita determinar dicha unidad porque “la conducta debe ser considerada en sentido naturalístico y el solo hecho de que la determinación suponga un juicio de valor no hace perder a la acción su carácter óntico; en otras palabras, si bien la unidad de acción es un concepto jurídico y la conducta es una noción óntica, ello no quiere decir que un criterio jurídico de unidad de acción deba prescindir de la conducta en su sentido naturalístico”¹⁰⁹. Es

decisiva para admitir la unidad de delito pese a la pluralidad de acciones en sentido natural [...]”. Y antes, *ibidem*, p. 645, advierte: “[e]s más, de no procederse así, esto es, situándose en un tipo determinado, para, desde él, interpretar la realidad a su luz, sólo tendríamos una realidad informe y sin sentido [...]. Sólo cuando tengamos un hecho típico pleno, a la luz de un determinado tipo penal, tendremos una aplicación de la ley penal; pero, también, que solo una pluralidad de hechos típicos, a la luz, lógicamente, de tipos penales distintos, o el mismo realizado varias veces, pueden dar lugar a una pluralidad de delitos”.

¹⁰⁷ Sobre este punto de vista *cfr.* GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 941.

¹⁰⁸ ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 457.

¹⁰⁹ *Vid.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 51, señala que “[d]e acogerse esta tesis tendría que llegarse a la absurda conclusión de que quien da muerte a un agente de la

más, dicha teoría sólo resultaría admisible si se adopta una noción de conducta creada por la misma norma jurídica en virtud del sentido del tipo, es decir, si ella hubiese determinado la conducta que se unifica o divide.

En cualquier caso, ello tampoco supone acoger de forma exclusiva la idea de lesión o peligro contra el bien jurídico, como criterio rector para determinar la unidad o pluralidad de acciones porque, al final, se demuestra que los conceptos jurídicos no pueden prescindir de elementos de naturaleza ontológica, incluso para determinar la noción de unidad de acción final que, en consecuencia, no se entiende por qué debe ser sólo jurídica apartándose de la realidad de las cosas. Por eso, también la unidad de conducta como concepto jurídico debe construirse a partir de criterios ontológicos y normativos, previa aceptación de la complejidad de la acción jurídico penal.

En fin, para la postura normativa en examen habrá una unidad típica de acción¹¹⁰ cuando de la interpretación simple del tipo se reconozca, desde la perspectiva legal, el perfil unitario de una conducta ejecutiva (compuesta por varias acciones u omisiones naturales separables y necesarias) como ocurre en los tipos compuestos complejos o de varios actos, en los permanentes, en los que utilizan verbos rectores globales, o en los

autoridad incurriría en el delito de «violencia contra empleado oficial» [...] y el de homicidio [...], porque si desconocemos la acción final del sujeto podemos decir con un criterio normativo puro que desde el punto de vista de las normas el comportamiento se acomoda a las dos descripciones típicas mencionadas, y en consecuencia la persona debe responder de dos delitos”. Criterio que tampoco se aleja de la teoría que propugna el autor, pues si se considera que el delito de violencia afecta a la administración pública, mientras que el delito de homicidio afecta la vida, según dicha teoría se presentarían dos lesiones a dos bienes jurídicos diferentes que resultarían irreducibles, como acciones completamente independientes, a un único delito y no a un concurso real de tipicidades.

¹¹⁰ Cfr. BLEI, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 312 y ss.; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 362; HAFT, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 280 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 711-713 (*Tratado*, pp. 766-768); KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1832 y ss.; KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 701 y ss.; MEZGER, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 365 y ss.; MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 305 y ss.; MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 389; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 801-804; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52, pp. 17 y ss.; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 803 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 440; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 437 y 438; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 84; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 289 y ss.; BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, p. 429; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 119; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 375; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 852-854.

“supuestos de justificación¹¹¹, unidad de acción por identidad típica, en los de omisión y en el delito continuado (STS de 02.04.2009 (RJ. 2088-2009), entre otros¹¹².

En realidad, parte de la doctrina no ve ésta postura como una teoría material de la unidad de acción, pues sólo se trata de una idea de unidad ensamblada de manera formal en el tipo penal que, por lo general, implica una conexión de las acciones naturales no cumulativa sino adjuntada por el legislador en cada regulación típica concreta, para concluir que se realiza una determinada descripción legal que sintetiza las exigencias normativas de las tipicidades independientes adoptadas¹¹³. A pesar de ello, en estos casos la regulación es superficial, pues basta aplicar los principios derivados del aparente concurso de tipos, o, lo que es lo mismo, casos de unidad de hecho y delito. Por ejemplo: la legislación italiana define como modalidad delictiva unitaria el delito complejo [Art. 84], que se presenta cuando la ley considera como elementos constitutivos o como circunstancias agravantes de un solo delito, hechos que por sí solos constituirían delito. Desde luego, esta relación se emparenta con una conexión de naturaleza teleológica entre los hechos.

De este modo: a la falsedad de documento privado [CP, Art. 289 y CPE, Art. 208] se le vincula de forma obligatoria el uso normal posterior del documento espurio en el tráfico jurídico¹¹⁴; en los casos de tortura, se requiere que el sujeto activo inflija varios “dolores y sufrimientos” a otra persona mediante varias acciones naturales [CP, Art. 178 y CPE Arts. 173 y ss.). En el mismo sentido, la STS 1308 del 02.07.2001 (RJ. 2001-7033) indica: “[...] [s]e trata de uno de aquellos tipos de delito en los cuales en la propia definición aparecen englobados uno solo o varios hechos que,

¹¹¹ Cfr. SCHROEDER, “Die Behandlung..., *ob. cit.*, p. 241.

¹¹² Cfr. BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 809-811; ESER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 224-225; GROPP, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 506 y ss.; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1085, delitos permanentes, de varios actos y de organización; OTTO, *Grundkurs...*, *ob. cit.*, p. 319; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 803-807.

¹¹³ Vid. MARIO GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, Parte general, 2 T., 4ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2007, pp. 436-437, al advertir que “los tipos no crean unidades de conducta sólo reproducen las que les interesa”.

¹¹⁴ Vid. CSJ PENAL, sent. del 28.01.1999, e11192, E. LOMBANA.

aislados, podrían integrar la infracción. Como ocurre, por ejemplo, con los relativos al tráfico de drogas [SSTS 66 del 20.01.2004 (RJ. 2004-2163) y 693 del 24.04.2001 (RJ. 2001-3569), entre otras] o a la falsificación de moneda. La existencia de uno o varios de estos hechos servirá para graduar las penas dentro de los márgenes legalmente previstos”.

Ahora bien, cuando no sea posible configurar en sentido restrictivo una unidad típica de acción y siempre que no se trate de una única acción en sentido naturalístico, la doctrina contemporánea agrega otras consideraciones referidas al bien jurídico —su naturaleza o necesidad de protección— o a los sujetos pasivos, para construir por extensión una unidad típica de acción material, también denominada como unidad jurídica de acción.

De hecho, gran parte de la doctrina moderna considera —por ejemplo— que el delito continuado o los supuestos de realización iterativa del tipo penal constituyen unidades jurídicas de acción. En este sentido, MEZGER afirma que “[l]a reunión de varios actos en una unidad jurídica de acción, hasta aquí expuesta siguiendo determinados tipos penales, no es suficiente a las necesidades prácticas, según ha demostrado la experiencia. Por ello la teoría y la práctica han creado desde hace ya largo tiempo, sin que exista un fundamento especial en la ley, ulteriores posibilidades de reunir en una unidad jurídica varias acciones en sí independientes, utilizando al efecto el criterio de la acción continuada. La conexión se produce a causa de la homogeneidad de las diversas acciones, dependiendo a menudo sólo de [...] que se alcance la meta propuesta mediante una o varias acciones”¹¹⁵.

En consecuencia, en estas hipótesis las diversas acciones u omisiones naturales homogéneas deben revelar una extensión cualitativa respecto del mismo titular —nunca frente a distintos sujetos activos—, como sucede cuando se dispara en cinco ocasiones en legítima defensa contra el agresor, o se produce una intensificación cuantitativa —frente a uno o varios

¹¹⁵ Por ejemplo, MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, pp. 369 y 370.

titulares— del peligro o la lesión del mismo bien jurídico tutelado¹¹⁶, a partir de lo cual se estructura de forma normativa un injusto unitario que, justo es decirlo, por no suponer una variación de la unidad motivacional del autor permite unificar las acciones y los resultados materiales como una unidad conforme a una interpretación del tipo o tipos penales similares lesionados o puestos en peligro. De este modo, se observa una manifestación de la unidad de acción en sentido legal, asociada por la valoración típica y la unificación del bien jurídico, que queda por fuera de la unidad natural de acción o de la unidad típica en sentido formal.

Con dicha concepción, que no deja de ser ambigua en sus resultados, se busca corregir de forma parcial el carácter abstracto, normativo e ideal del tipo penal, para permitir al intérprete determinar cuántas y en qué circunstancias varias acciones completas —en los planos objetivo y subjetivo— pueden realizar un tipo penal, mediante la “misma acción en sentido jurídico”, siempre y cuando cumplan las exigencias de un determinado tipo de injusto. Por supuesto, en oposición a una pluralidad de tipicidades.

Sin embargo, el verdadero inconveniente de esta teoría consiste no sólo en sostener que la norma es la que crea la conducta valorada sino en su incapacidad para determinar cuándo diversas acciones en sentido natural, como simples progresiones de una lesión jurídica, pueden o no fundirse para estructurar la unidad legal de hecho en virtud del sentido del tipo y cómo debe hacerse la interpretación del sentido del tipo, para luego determinar la unidad o la pluralidad de conductas, máxime cuando cada tipo penal supone una conducta diferente que no siempre involucra la misma interpretación que las demás. Así las cosas, mientras para la segunda

¹¹⁶ Cfr. KINDHÄUSER, “Normverstoß...”, *ob. cit.*, p. 103, para quien si los ataques dirigidos contra bienes jurídicos personalísimos de distintos titulares, siempre implican un incremento cualitativo, no podrán conectarse en una sola infracción normativa. [...] Varias unidades típicas de acción pueden imputarse como una sola infracción normativa, cuando el perpetrador de manera consciente continúa la acción, ante situaciones que requieran que la norma proteja ocasionalmente, en cada caso, el bien jurídico ante ofensas que implican incrementos cuantitativos. Ello es lógico, cuando se considera que es la existencia de diversos titulares, la que impide unificar las diferentes lesiones en un injusto, con el propósito de preservar el sustrato personal que el bien jurídico protege; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 376.

cuestión la respuesta no es clara, para la primera esta concepción suele exigir una “estrecha” o “razonable” relación temporal y espacial entre las acciones seriadas, como —recuérdese— lo hizo la postura de la unidad natural de acción. Por ello, GONZÁLEZ RUS apunta que el contexto espacio temporal es una relación que “[...] no puede definirse de forma autónoma, desvinculado de la valoración legal, sino que está implícito en el tipo, en la medida en que el supuesto de hecho descrito en el mismo adquiere su verdadero sentido en unas concretas condiciones de espacio y tiempo”¹¹⁷.

De este modo, si las acciones cuentan entre sí con una estrecha proximidad espacial y temporal, no habría problema en conformar una unidad de acción típica en sentido estricto, puesto que es fácil advertir el elemento subjetivo que las unifica como una cadena sucesiva. A pesar de ello, cuando tal conexión objetiva es razonable como sucede en algunas hipótesis de tipo progresivo, de delito continuado o de concurso ideal por abrazadera — siempre que no se conviertan en un concurso real¹¹⁸—, por lo general para conformar una unidad de acción cuando el plan del autor no sea claro, se degrada el elemento subjetivo unificador con base en un factor artificial de conexión como “la homogeneidad de motivos”, que en condiciones normales es propio de la culpabilidad y no siempre se deslinda de forma adecuada de la “actitud” criminal del sujeto. Este criterio, muchas veces no resulta equiparable con la realidad subjetiva del autor que realiza los actos parciales, con lo cual se exagera la tendencia decisionista ya imperante en la teoría de la unidad natural de acción, al otorgar un valor de configuración relevante a la perspectiva del agente social o al poder discrecional del juez.

Así las cosas, si lo buscado es aglutinar una serie de actos parciales mediante el sentido del tipo penal infringido por el agente, su reunión en una unidad debe estar precedida, como es natural, por el mismo sentido subjetivo requerido por el tipo legal respectivo y no por factores atinentes a la culpabilidad. Ello, salvo si se entiende que el injusto penal constituye un

¹¹⁷ GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 941.

¹¹⁸ Así, para STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 438, se deberá apreciar una pluralidad de acciones con diferentes voluntades en su base, en los casos en los cuales el agente realiza varios actos sexuales en una corta distancia temporal con varios niños, según el plan criminal, o solo frente a uno; pero, sin embargo, en distancias temporales grandes (t/1).

presupuesto o un elemento de la culpabilidad entendida en un sentido sólo normativo.

En cualquier caso, se trata de una teoría con marcado acento objetivo aceptada por la doctrina española —adviértase: con alguna divergencia que la consideró, en su momento, innecesaria a partir de la interpretación de la voz “hecho”¹¹⁹—, no solo por su versatilidad o flexibilidad para decidir mediante criterios normativos, cuándo se está en presencia de una unidad o pluralidad de conductas —lo que se podría llegar a considerar como un rezago del relativismo valorativo—, sino también porque permite matizar desde el punto de vista normativo criterios prejurídicos, vale decir ontológico-subjetivos necesarios, como el plan del autor que —según se afirma— oscurecen la definición de la unidad y pluralidad de acciones naturales.

H. TEORÍA FINAL O TELEOLÓGICA DE LA UNIDAD DE ACCIÓN. Su punto de partida es la concepción de la unidad final de sentido¹²⁰, en conjunción con

¹¹⁹ Cfr. JOSHI JUBERT, “Unidad de hecho [...], *ob. cit.*, p. 617, critica la distinción entre unidad típica de acción en sentido amplio y estricto, al advertir que la realización de varias acciones u omisiones puede constituir un solo hecho en el sentido de la voz del Código, evitando así recurrir a la unidad jurídica de acción para explicar la continuación delictiva.

¹²⁰ Vid. WELZEL, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 38 y 39: “[a]cción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. [...]” Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en un acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior”. También en: HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Maestros del Derecho penal, núm. 4, José Cerezo Mir (trad. y notas), Buenos Aires, BdeF, 2001, pp. 41 y ss.; HANS WELZEL, “La doctrina de la acción finalista, hoy”, en *NFP*, núm. 1 (oct.-dic.), Medellín, s/ed., 1978, pp. 60-68. En general: KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff), p. 442.

el enjuiciamiento jurídico social que se deriva de la valoración formal y material de los tipos penales respectivos —Sozialen Tätigkeitsbild—¹²¹. De este modo, para determinar la existencia de una unidad de acción —no de una conducta única¹²²—, se deben examinar de manera cuidadosa dos elementos distintos, pero complementarios:

En primer lugar, la proposición de un fin voluntario y el plan criminal concreto trazado de manera previa por el autor —elemento subjetivo ontológico—¹²³. Estos dos elementos configuran el factor final o subjetivo de sentido o conexión que rige la ejecución o desarrollo de diversos actos ejecutivos parciales concretos que conforman la unidad de conducta humana, a la par que les otorga un lugar estable y determinado en su acontecer: un orden de precesión y sucesión final. Desde luego, no se trata de una voluntad general o indefinida o lo que se denomina como una “gran finalidad sin límites objetivos”. En cualquier caso, este elemento distingue a esta teoría de la concepción normativa de la unidad típica de acción, máxime que comprende las diversas variantes subjetivas de la conducta continuada, por lo cual deberán verificarse la finalidad, el dolo conjunto o continuado de naturaleza comisiva u omisiva y los elementos normativos “subjetivos” de la imprudencia, en caso de aceptarse la posibilidad de la continuación imprudente.

Desde luego, la unidad de acción final o teleológica no se puede determinar sólo con base en este criterio natural¹²⁴, porque reducir una serie de actos ejecutivos parciales a una unidad de acción por la voluntad final del autor,

¹²¹ Vid. WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 224 y ss. (*Derecho*, pp. 265 y ss.): “”; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, pp. 527 y ss., CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1009 y 1010; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, pp. 289 y ss.; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 690. Sobre el concepto de acción en sentido social, *vid.* HANS WELZEL, “Studien zum System des Strafrecht”, en *ZStW*, 58 Band, 1939, pp. 491 y ss., 498.

¹²² Distingue tales conceptos: CSJ, sent. del 03.12.1996, en *RJD*, núm. 303, Bogotá, Legis, 1997, p. 326.

¹²³ Vid. CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1009; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 289; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 460; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 858.

¹²⁴ Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 42. Ello, sin perjuicio de entender, como lo hace BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 102, que “[...] en el caso del finalismo, la propia idea de finalidad, cuando integra el tipo, ya deja de ser exclusivamente ontológica y pasa a configurar un concepto normativo”.

resulta un procedimiento contrario a la seguridad jurídica, algo inadmisibles desde una perspectiva político-criminal que no privilegie de forma unilateral la voluntad del delincuente, al tiempo que desconoce los factores jurídicos, el espíritu de la legislación y la desvaloración jurídico-penal¹²⁵. Como es obvio, *de ello no se infiere que se pueda prescindir del plan del autor (elemento subjetivo) y trocarlo por la unidad temporal y espacial*, porque el elemento subjetivo óntico-normativo permite precisar aquella conexión real entre los hechos que, analizados desde una perspectiva normativa, aparecerían sin sentido subjetivo en el mundo de los valores sociales¹²⁶.

Por tal motivo, en segundo lugar, resulta fundamental la valoración jurídico-social de la materialidad del tipo o tipos penales similares correspondientes —elemento normativo o valorativo de integración típica—, lo cual permite precisar si la serie de actos parciales homogéneos conectados por el plan del autor queda o no abarcada como un único proceso ejecutivo final¹²⁷ —la misma acción— por las normas penales. De

¹²⁵ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 64: “[...] si se dijera que la voluntad única a que se alude es aquella voluntad general de dar muerte a un número plural de personas (una gran finalidad) que desde luego supone el desarrollo de pequeñas finalidades parciales (las de dar muerte a cada una de las personas individualmente consideradas) ese tampoco sería un criterio para decir que la existencia de esa gran finalidad significa el nacimiento de una sola acción porque cuando yo decido dar muerte a diez personas pero a través de diez disparos en horas distintas de un mismo día también tengo una gran finalidad (dar muerte a un grupo de diez personas) que desarrollo a través del cumplimiento de pequeñas finalidades parciales o impulsos volitivos (la muerte de cada uno de los sujetos individualmente considerados) y sin embargo en ese ejemplo nadie diría que estamos en presencia de un caso de unidad de acción”. Otro ejemplo, en *ibidem*, p. 65, donde señala que sería absurdo sostener la unidad de acción por la mera finalidad genérica, en el caso del sujeto capturado al momento de intentar eliminar a su enemigo, que cumple su pena y regresa a la calle e intenta matarlo de nuevo, pues no es posible sancionarlo por el segundo hecho al considerar, de forma errónea, que la segunda conducta queda incluida en la primera por persistir la unidad de acción. Sobre el particular, *cfr.* GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 939 y ss.

¹²⁶ Vid. BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 540, para quien es la idea de fin “[...] la que reduce a unidad toda una serie de actos, de fragmentos, de partes de la acción, que no tienen importancia desde el punto de vista social-valorativo, aunque en términos mecanicistas puedan alardear de una independencia estructural”.

¹²⁷ Vid. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 515; VON WEBER, *Lineamientos...*, *ob. cit.*, p. 108; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 859: “[e]l criterio de delimitación para la determinación de la consideración unitaria de varios movimientos voluntarios vinculados por el factor final es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del sentido de los respectivos tipos penales en cuestión, tal como se obtiene mediante interpretación”.

esta forma, WELZEL¹²⁸ señala que el tipo penal determina lo que la realización final significa desde el punto de vista social, es decir, expresa el esquema normativo de relativa significación social de las acciones naturales con sentido al definir los procesos que admitirían ser considerados como unidades de acción final.

En este último sentido, vale la pena recordar las palabras de GRACIA MARTÍN, cuando afirma que “[e]l método de las estructuras lógico-objetivas no postula ninguna separación absoluta entre realidad y valor, sino que más bien indaga acerca de cuáles son las relaciones posibles y, por ello, correctas que pueden establecerse entre ambas esferas, y sintetiza luego esas relaciones mediante el puente de las estructuras lógico-objetivas. Como ha dicho con acierto Rueda Martín, «el finalismo en modo alguno se limita a *señalar* el carácter ontológico de la acción humana, sino que lo que hace es ordenar la materia antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (*imputativitas*) a la que añade, posteriormente criterios de significación social extraídos de la realidad social». Por otro lado, y en conexión con esto, no es cierto en absoluto que el método del finalismo prescindiera de las valoraciones y de los fines del derecho penal para determinar su objeto. Antes al contrario, para el finalismo son precisamente la función y los fines del Derecho penal lo que

¹²⁸ WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 224-225 (*Derecho*, p. 266): “[l]a conexión en el acontecer real, establecida por la voluntad final, es, sin embargo, sólo un presupuesto de la unidad de acción. Si una pluralidad de movimientos corporales constituye una conexión de acción, depende del alcance de la puesta de fines voluntaria. Empero, el problema de qué sentido de acción y cuántas unidades de sentido sociales han sido realizadas en esta esfera de conexión final, se determina de acuerdo al enjuiciamiento social objetivo de esta conexión, que para el Derecho Penal está expresado en los tipos legales. De acuerdo a él se aprecia lo que la realización final significa socialmente, si se trata de asesinato u homicidio, lesión corporal o tratamiento curativo, etc. Por ello, él establece también cesuras dentro de un amplio contexto final voluntario y abarca ya en tratamientos parciales, como un delito, lo que criminalmente se corresponde entre sí. [...] La unidad de acción jurídico-penal se establece, así, por dos factores (al igual que urdimbre y trama): por la proposición de un fin voluntario y por el enjuiciamiento normativo social jurídico en razón de los tipos”. De igual forma, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 539, desde su postura teleológica: “[...] se puede concluir con Welzel que también una pluralidad de actividades homogéneas que se anudan inmediatamente en el tiempo constituyen una acción única, si sobre la base del “cuadro del comportamiento social” de la tipicidad legal integran una acción unitaria”; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 687.

está en el punto de partida y lo que constituye la referencia permanente para la determinación del objeto de aquél”¹²⁹.

Precisamente, la unidad de acción comporta un solo momento de resolución final ejecutivo respecto al mismo bien jurídico afectado, lo que supone considerar desde la perspectiva valorativa una tipicidad, sin perjuicio de que la naturaleza del bien jurídico —valores ético sociales en la terminología pura— demande en ciertas hipótesis varias razones de protección que exijan aplicar un concurso de tipicidades. Por ello, se afirma que la acción fraccionada es abarcada conforme al sentido material del tipo o tipos penales, lo cual incluye también que el supuesto básico de un tipo de varios actos determine la unidad de varias acciones naturales —unidad de acción típica en sentido formal—. Desde luego, si no se prueba que la unidad continuada se compone por diversas fracciones conductuales, deberá apreciarse una conducta única en sentido naturalístico [STS 1138 del 19.06.2002 (RJ. 2002-7604)¹³⁰]. Así, por ejemplo, constituyen una unidad de acción los diversos actos de extorsión para conseguir una determinada

¹²⁹ LUIS GRACIA MARTÍN, *El Horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 50. Argumento que contradice con claridad aquel otro en virtud del cual, se afirma fácilmente que “[d]e otro lado, se pretende que esta finalidad quede exenta de cualquier consideración valorativa, pues se entiende que la valoración pertenece exclusivamente al campo normativo y que las consideraciones normativas deben ubicarse en un terreno posterior, secundario con relación al concepto de acción [...] Ocurre que los finalistas pretenden librar el concepto de acción de todas las consideraciones de orden normativa. Pero juzgan que para ello es necesario alejar también cualquier consideración de valor. Con ello, procuran demostrar que el sujeto, al final, precede el objeto y le determina, es decir, que la acción ontológica es vinculante con relación a la norma”: BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 113; CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, Diego Manuel Luzón Peña (trad.), Madrid, Reus, 1976, p. 98 señala: “[...] si realmente se puede obtener alguna vez resultados prácticos de un concepto supuestamente ontológico, ello se deberá a que inadvertidamente se han proyectado en él los contenidos jurídicos que posteriormente se vuelven a deducir del mismo. Así sucede con el discutido concepto de acción, que acoge dentro de sí los elementos normativos de las circunstancias de hecho y después toma por base, como si fuera conforme a las leyes del ser, lo que resulta del limitado contenido del sentido de aquellos elementos”.

¹³⁰ La sentencia citada afirma: “[s]in embargo la redacción de los hechos probados no permite afirmar que la acción se desarrollara en dos momentos temporalmente separados, pues, para indicar separación entre los que primero se describen y los que luego se dicen en párrafo separado, sólo se emplea la palabra «después», sin precisar qué espacio de tiempo más tarde se produjo el resto de la acción, simplemente añadiendo que la acción siguió, recayendo entonces sobre amigos del primer despojado y cuando, tanto los agresores como las víctimas, se dirigían a la estación, con lo cual no hay manera de saber si la conducta descrita se produjo en forma unitaria, aunque sucesiva pues ocurrió «después», pero siendo parte de un todo conductual, con lo que, serían los hechos un solo delito y no ya un delito continuado, condición que no podría predicarse de los hechos si se hubieran realizado separadamente”.

suma de dinero [CP, Art. 244 y CPE, Art. 243], pues es claro que la voluntad que expresa el plan del autor cobija todos los actos realizados y estos son abarcados, desde las perspectivas normativa y social, como la ejecución de una sola acción de “extorsionar” a otro, con lo cual es posible configurar un injusto unitario y una sola infracción de la ley penal, respecto al bien jurídico cuya lesión es intensificada. Ello, por supuesto, siempre que el sujeto no cambie de forma sustancial su plan criminal, pues no se podrá mantener la unidad de acción por ausencia del elemento subjetivo requerido.

Esta teoría se ha criticado porque: (i) no abarca con fluidez los delitos culposos ni ciertas formas de omisión; (ii) constituye, en su primer nivel como acción final, una estructura lógico-objetiva, que al ser abarcada por los tipos penales se transforma en un elemento normativo; y (iii) que se trata de un modelo racionalista y restringido, que no explica otras formas de acción¹³¹.

I. TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN. Según la doctrina mayoritaria, esta teoría constituye una postura intermedia entre el causalismo y el finalismo, en la medida en que el “sentido del comportamiento” no debe ser deducido de las características naturales, sin atribuido a partir de determinados actos objetivos generales en la sociedad¹³², ello es, “conforme al sentido, de la

¹³¹ **Críticos:** JUAN CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, La doctrina finalista, Barcelona, Ariel, 1963, pp. 57 y ss.; EDUARDO NOVOA MONREAL, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1982, pp. 41 y ss.; CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2006, pp. 246 y ss. (3ª ed., 1997, pp. 190-194; *Derecho Penal*, Parte General, t. I, Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García de Conlledo/Javier de Vicente Remesal (trads.), Madrid, Civitas, 1997, pp. 240-244; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 253 y ss.

¹³² *Cfr.* MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 261, esta labor de intermediación es la que dificulta su unidad interna., De hecho, p. 262, afirma: “[e]n atención a la enorme amplitud de los planteamientos hechos dentro de la teoría social de la acción, resulta extraordinariamente dificultoso encontrar un núcleo común de definición que permita identificar a la teoría social de la acción como una unidad”. Y agrega TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 129, siguiendo Gimbernat, que «[...] no sólo no es correcto, sino que no es posible formular un concepto que abarque las acciones positivas y las omisiones añadiendo una nota más a las que ya poseen, aunque sea la nota común de la tipicidad”. En la doctrina general, *vid.* KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff), p. 445 y 446.

realidad social con todos sus aspectos personales, finalistas, causales y normativos”¹³³. Sobre el particular, existen dos vertientes: (i) el concepto objetivo social de la acción y (ii) el concepto subjetivo social de la acción¹³⁴.

La primera, la vertiente objetiva, es seguida de cerca por autores como EB. SCHMIDT, MAIHOFFER (“conducta perseguible con resultado social objetivamente calculable”¹³⁵) y GALLAS, entre otros autores. Se trata de un concepto abstracto¹³⁶ que, como una modalidad plenamente normativa, hace depender la relevancia del comportamiento del análisis previo de elementos propios de la tipicidad¹³⁷, es decir, de la acción típica.

En este sentido, GALLAS señala que: “[s]ólo pues tendrá carácter general el concepto social de acción en cuanto nos muestre la esencia de *todas* las conductas típicas (!). Precisamente por su generalidad será problemática, ciertamente, una tal declaración en el momento en que pretenda determinar con más detalle, también en su contenido, la indiscutible significación social de la acción típica. Lleva este camino la teoría social de la acción, y

¹³³ Vid. WESSELS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 24.

¹³⁴ **Críticos:** ROXIN, *Strafrecht*, I, *ob. cit.*, pp. 248 y ss. 194 y ss. (3ª ed., 1997, pp. 194 y ss.; *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 245 y ss.); LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 258 y ss.; RODRÍGUEZ DEvesa Y SERRANO GÓMEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 366, quienes afirman que no ven las ventajas que tiene la construcción: “Mas en el Derecho penal la función de discriminar cuáles conductas tienen esa relevancia está atribuida a la ley, que, repito, una vez más, puede equivocarse o elegir puntos de vista poco acertados, pero que al optar por el principio de legalidad vincula cualquier construcción jurídica sobre el delito o sus componentes. La imprecisión del concepto social es tan notoria que me parece no vale la pena insistir sobre ella”.

¹³⁵ JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 171, al analizar este concepto, afirma: “Dicho gráficamente: Una acción de determinada clase, p. ej., una acción de matar, concurrirá — según esta teoría— si la persona normalmente dotada, o quien debe desempeñar determinado papel, habría ejecutado una acción idéntica, habiendo tenido presentes justamente las consecuencias de esa determinada clase de acciones [...]”.

¹³⁶ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 170-171.

¹³⁷ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 376 y ss.: “señalan que “[...] un examen detenido de la cuestión, conduce al rechazo de esa pretensión metodológica. El concepto social de acción, solamente puede tener carácter general en tanto en cuanto sea capaz de poner de manifiesto la esencia de todas las conductas típicas, por tanto, la procedencia *prejurídica* del concepto social de acción es sólo aparente. Para determinar si ha habido o no acción y, en su caso, qué clase de acción ha habido, los partidarios de la doctrina social *han de recurrir al tipo*, anticipando así momentos de la tipicidad a la teoría de la acción. Si un determinado sector de la realidad ha de ser o no contemplado como acción acaba decidiéndose a partir de los tipos respectivos, hipotéticamente aplicables. Fundadamente ha podido afirmarse que la doctrina social de la acción termina convirtiéndose en una doctrina de la acción típica y que, por consiguiente, resultan vanas sus pretensiones de ofrecer un concepto general de acción”.

su verdadero deseo es la aplicación de criterios fundamentalmente *objetivos: para la conducta concebida como un proceso ocurrido en la vida colectiva es decisiva, no la representación del sujeto, sino la forma en que aparece y se lleva a cabo el obrar*¹³⁸ (cursivas por fuera del texto original). Criterio que luego sirve para refundir la relevancia social con la relevancia jurídico-penal¹³⁹.

La segunda perspectiva, la vertiente subjetiva, afirma que existe una acción social, cuando se determina un *sentido social objetivamente cognoscible de la acción con sentido individual final, ello es, con finalidad del resultado que se persigue*. Esta concepción fue ampliamente desarrollada por autores como JESCHECK Y WEIGEND, MAURACH, WESSELS y BEULKE en el sentido de unificar el elemento final y el social¹⁴⁰. Así WESSELS, señala que “[e]s preferible la teoría social de la acción que constituye una acción conciliante entre el criterio simplemente ontológico y el normativo. Según esta teoría, acción es, en sentido penal, la conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana o que ésta puede dominar. Este concepto de acción se refiere, en la voluntad de actuar y en su realización, a la estructura personal y, en consecuencia, a las realidades ontológicas. Al mismo tiempo, ofrece la

¹³⁸ WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Juan Córdoba Roda (trad.), Madrid, Bosch, 1959, p. 23, nota al pie núm. 40a.

¹³⁹ Sobre el tema, LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 258: “Ocurre que en gran medida, al exigir relevancia social, lo que se está pidiendo ya es la relevancia jurídicopenal de la acción, dado que frecuentemente las valoraciones jurídicopenales coinciden con las valoraciones sociales, por basarse en ellas o, a la inversa, por predeterminarlas”. Con lo cual, quedarían por fuera de esta variante las acciones u omisiones atípicas.

¹⁴⁰ Vid. REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Juan Córdoba Roda (trad. y notas), Barcelona, Ariel, 1962, pp. 200 y ss.; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 269; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht*, *ob. cit.*, pp. 32 y 33; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 222-223; *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 238: “[...] el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto de acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter valorativo que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles. Esta síntesis debe ser buscada en la relación del comportamiento humano con su entorno. Éste es el sentido del concepto de acción social. De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social. Aquí el “comportamiento” significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. [...] Una conducta tiene “Trascendencia social” exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos”. Incluso, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 408 y 409, señalan que “[e]n tanto que los social de estos ensayos teóricos de la acción pretendan reafirmar la dimensión social y cultural de la exteriorización de la acción, no habrá dificultad y, en general, no puede menos que reconocerse su acierto”.

posibilidad de concebir el sentido social del suceso en su significación objetiva plena, teniendo en cuenta el fin subjetivo que el autor se ha propuesto y las expectativas normativas referentes a la conducta, de la comunidad jurídica”¹⁴¹.

Con ello, en principio, se evitaría la objeción de que en la teoría social el sujeto se “diluye en estándar [objetivo] como si no fuera un sujeto, sino un modelo de portador, dotado normalmente, en el contacto social”¹⁴². Según STRATENWERTH¹⁴³, esta modalidad de la teoría social no es incompatible con la teoría final, a pesar de alcanzar sólo niveles abstractos que deben ser precisados según la realización concreta del autor.

En el ámbito de la *unidad y pluralidad de conductas y tipicidades*, la teoría social es la regla general, al ser asumida incluso por autores que parten de teorías fundamentalmente opuestas en el primer nivel donde se determina la existencia y la relevancia jurídico penal de la acción. Así, por ejemplo, JAKOBS¹⁴⁴ que, como se verá, mezcla además elementos volitivos y típicos al tomar como base el modelo de la tentativa de delito para determinar la unidad jurídica de acción¹⁴⁵.

Precisamente, en este ámbito resulta consecuente con la definición empleada en el nivel de la determinación y existencia de la acción, al menos, por ejemplo, en teorías como la de MAURACH, que parten de un elemento ontológico (el plan del autor)¹⁴⁶ y le complementan un elemento

¹⁴¹ WESSELS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 25-26. Y, agrega: “Toda conducta es socialmente relevante cuando concierne a las relaciones del individuo frente a su medio ambiente y, con arreglo a sus consecuencias deseadas o no, es objeto, en el ámbito social, de una apreciación relativa al valor”.

¹⁴² JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 171.

¹⁴³ *Vid.* STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 78; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 263, en particular, porque Jescheck no hace depender la conducta no se deduce de la relevancia social

¹⁴⁴ *Vid.* JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1077: “Consiguientemente, en orden a la unidad jurídico-penal del comportamiento, son necesarios tanto la unidad subjetiva como la de la ejecución del comportamiento típico, pudiendo en algunos tipos sustituirse esta última unidad por otros elementos”.

¹⁴⁵ FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 222; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 520, 521 y 531. Críticos: COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 376; aunque la solución depende realmente de la concepción que se tenga del injusto.

¹⁴⁶ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 526: “[l]a óptica *natural* que, por ejemplo, parte de la base del plan conjunto del autor, es objeto de un correctivo

normativo/social¹⁴⁷. Así, para estos autores, “si acaso un acontecer activo representa un hecho punible o una pluralidad de hechos es algo que depende tanto respecto de criterios ontológicos, cuanto de la cualidad de resultar normativamente dañosa de un bien jurídico y, por tanto, también de los compendios ordenados por normas jurídicas [...] respecto de acciones que desde una perspectiva prejurídica parecen distintas en una sola. Según lo dicho, lo decisivo es siempre la valoración jurídico penal de situaciones de hecho prejurídicamente dadas, en cuanto lesiones antinormativas de bienes jurídicos”¹⁴⁸. Así, se distingue entre la unidad de acción y la acción compendiadora de tipos penales, que cubriría aquellos casos de delitos continuados y permanentes¹⁴⁹.

J. TEORÍA DE LA ACCIÓN PERSONAL. La doctrina penal moderna estudia dos variantes de la acción personal. La primera y más conocida es (i) la teoría de la acción personal funcionalista de ROXIN; la segunda (ii) es la teoría de la acción personalista de GIMBERNAT ORDEIG.

(a) Para ROXIN, la acción es un fenómeno pretípico normativo, que se define como aquello que se produce por un ser humano como centro de acción anímico-espiritual o, como exteriorización de la personalidad

adecuado a las necesidades del derecho penal, el que por lo general se manifiesta en un desglose del acontecer global visto con los ojos del autor, en una cantidad de acontecimientos típicos, jurídica y penalmente relevantes, desglose que se produce por las distintas lesiones típicas a bienes jurídicos realizadas por el autor” y p. 527.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 527: “[d]e ello se sigue como consecuencia que la acción particular valorada como antinormativamente dañosa de un bien jurídico y, por ello, típica [...], reclama prioridad frente al plan del autor, para decidir acerca de la existencia de una unidad de acción o de una pluralidad de ellas [...]”, p. 530: “[e]s decir, no es el resultado sino la acción dañosa del bien jurídico la que conduce a la decisión acerca de la unidad o pluralidad de delitos”.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 518.

¹⁴⁹ *Vid.* LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 260 y 261: “[d]onde posiblemente sea conveniente acudir al significado social de una conducta es, por razones precisamente normativas, concretamente jurídicopenales, en la teoría del *concurso de delitos*. Por una parte, para determinar si varios movimientos distintos [...] tienen el sentido social de una única acción [...], o, por el contrario, de varias acciones [...], con la consecuencia del concurso real de delitos [...]. Y en sentido inverso, para decidir si un solo movimiento prolongado [...] tiene el significado social de una sola acción o de varias acciones, de lo que dependerá el apreciar concurso ideal o real de delitos”.

individual¹⁵⁰. El centro fundamental del concepto de acción es la experiencia social, por lo cual, este concepto también puede ser catalogado como un concepto prejurídico penal. En este sentido ROXIN manifiesta: “[e]n primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (“somática”) del hombre, o “del ámbito material, vital y animal del ser”, sin estar sometido al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano¹⁵¹ .

Esta teoría ha sido muy criticada, a saber, porque: (i) el concepto de personalidad —centro de acción anímico-espiritual— es un concepto peligrosamente genérico, abstracto y ambiguo que no permite incidencias ciertas en los elementos de la teoría del delito, a parte de una cierta limitación (negativa) de los comportamientos de cara a los tipos penales¹⁵². En este sentido, por ejemplo, VIVES ANTÓN afirma que esta teoría pretende utilizar “[...] una expresión aparentemente sinónima y, por consiguiente, llevar a cabo un mero juego de palabras. Dado que los conceptos «exteriorización» o «manifestación» de la «personalidad» no son menos problemáticos que el de «acción» me inclino, en principio, por lo segundo. [...] Por consiguiente, hablar de la acción como exteriorización de la personalidad o constituye una mistificación o no es, a lo sumo, más que una simplificación técnicamente insostenible: la «superación» de la doctrina

¹⁵⁰ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 412. Como variante de la teoría social de la acción *vid.* KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff), p. 446.

¹⁵¹ ROXIN, *Strafrecht*, I, *ob. cit.*, pp. 256 y ss. (3ª ed., 1997, p. 202; cita del: *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 252).

¹⁵² *Vid.* JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 222 (*Derecho...*, *ob. cit.*, p. 238); ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 413: “[...] no puede concebirse ninguna *exteriorización de la personalidad* —como concepto compatible con el derecho penal liberal— que se dirija al mundo (material o simbólico) sin un sentido, y en ese sentido debe orientarse por imágenes o representaciones, es decir, que no hay ninguna exteriorización de la personalidad en el mundo que no trate de hacer algo más o menos concreto en ese mundo, con independencia de que eso sea típico o no lo sea, que el tipo requiera que provoque algo o se conforme con la alteración que produce la pura acción, que el tipo esté *esperando* algo diferente, que se haga con el cuidado que se impone para esta clase de acciones o no se haga, etc.”.

social —esto es, la eliminación de referencias normativas— es, tan sólo aparente [...]”¹⁵³.

(ii) No es un concepto que pueda aplicar, en palabras del mismo ROXIN, a todos los supuestos, como ocurre con la omisión, en la que es realmente imposible apartarse por completo de valoraciones jurídicas: una omisión sólo se puede considerar como una expresión de la personalidad mediante la espera de una acción esperada conforme a un tipo penal determinado¹⁵⁴. Por ello se afirma que este concepto no satisface completamente su naturaleza pretípica.

En el ámbito de la teoría de unidad y pluralidad de acciones, esta construcción termina por asumir las teorías tradicionales de *la acción en sentido natural*¹⁵⁵, *la unidad natural de acción*¹⁵⁶ y *la teoría típica de la acción*¹⁵⁷.

(b) Teoría de la acción personalista de GIMBERNAT ORDEIG. Según esta teoría, la acción, como concepto prejurídico, debe incluir el resultado causado. El comportamiento sería como acción u omisión la «relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales»¹⁵⁸, y puede resumirse del siguiente modo: (i) la persona se relaciona con el mundo exterior, bien poniendo en marcha procesos causales, ora permitiendo que sigan su curso o impidiendo que dichos procesos tengan inicio. (ii) “la instancia espiritual de la persona de la que

¹⁵³ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pp. 121-122, agrega este autor, pp. 120-121, que se “[p]ropone, así, un sustrato común anímico-espiritual, con lo que trata de eludir los problemas que, a la teoría social, le supone operar con un concepto de acción delimitado normativamente; prescinde de la exigencia de movimiento corporal —sustituida por la idea de exteriorización del ánimo— con lo que pretende salvar el obstáculo que, para la doctrina causal —y aun para el finalismo— representa la omisión; y, por último, sitúa la clave para identificar los comportamientos que son manifestaciones de la personalidad (y, por lo tanto, *acciones*) y distinguirlos de aquellos que no lo son sobre la base de que aparezcan dominados o dominables por la conciencia y la voluntad: así se propone evitar —en este nuevo plano— la dificultad que para la doctrina causal representó la omisión y para el finalismo la imprudencia”.

¹⁵⁴ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 412: “[e]n la omisión socialmente no esperada, no habría nada antes del injusto, lo que parece contrariar tanto la experiencia común como los requisitos de sistemáticos: no es imaginable un tipo que capte un vacío, un disvalor que recaiga sobre la nada o que defina su propio objeto. Por una diversa vía pareciera que ROXIN vuelve a la dicotomía de Radbruch”

¹⁵⁵ Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, p. 801.

¹⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 804 y ss.

¹⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 801-804.

¹⁵⁸ Cfr. VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pp. 128 y ss.

depende la *consciencia* y que *domina la motilidad* es el Yo. En consecuencia, no puede hablarse de conducta cuando el Yo está desconectado (P. Ej., durante el sueño) ni cuando, estando consciente, no tiene, sin embargo, acceso a la motilidad porque la actividad o la inactividad concretas están condicionadas *físicamente* de manera necesaria”¹⁵⁹. (iii) los movimientos deben ser realizados mientras que el Yo se encuentra en estado consciente y dichos actos o inmovilidades no se encuentren condicionados físicamente de modo necesario. Esta teoría ha sido criticada, por ejemplo, por CUELLO CONTRERAS, quien entiende que introduce “en la esfera de la normación conceptos del comportamiento que, por la estructura de las normas jurídicas [...] no superan esa barrera. El concepto es excesivamente amplio”¹⁶⁰. Además, no parece tenerse claro que el concepto del yo es limitado y no se le otorga al súper yo su verdadera función y alcance.

K. TEORÍA DE LA EVITACIÓN GENERAL DE RESULTADOS EVITABLES. Esta teoría puramente normativa e idealista enmarcada en la tradición Hegeliana, que parte de la postura funcional-comunicativa de JAKOBS, se basa en la modalidad de la “conducta como evitabilidad de una diferencia de resultado” („individuell verneidbar zum maßgeblichen Grund eines Erfolges werden”, a su turno, como variante de la *teoría negativa de la acción*¹⁶¹,

¹⁵⁹ Cfr. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2002, p. 422.

¹⁶⁰ Cfr. *Ibidem.*, p. 422.

¹⁶¹ En términos generales, el concepto negativo de la acción, que parte de la postura de Radbruch, se basa en postulados ontológicos propios de la omisión: “La evitable no evitación del resultado en posición de garante” o “no evitación evitable de la situación típica”. La primera, que no se trabaja expresamente, es, expuesta por ROLF DIETRICH HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín/New York, Walter de Gruyter, 1972, pp. 171 y ss. Cfr. KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff), p. 444. Según BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 136, cuando “[...] el autor de una conducta comisiva, al iniciarla, se pone en posición de garante con relación al resultado. Una vez iniciada la acción, es él (autor) que tiene el control del hecho pues de su decisión en continuar o contra-impulsionar su decisión mediante el desistimiento, es lo que determina el resultado. Por eso, su responsabilidad decurre también de no tener evitado el resultado, siendo posible hacerlo, en posición del garante. Una tal posición de garante no se relaciona ya con los bienes jurídicos, sino con el deber de velar por determinadas fuentes de riesgo. [...] lo que identifica la acción, según esta concepción es, por tanto, la elección que se hace de no evitar el resultado, siendo posible hacerlo. Para que no se quede ilimitada una concepción como esta, se le añade la necesidad de una «posición de garante», identificada con una especial condición de responsabilidad del que

aunque desde una perspectiva puramente normativa y no ontológica. Precisamente, para JAKOBS, la acción es determinada por su relación de sentido (la actitud de no-reconocimiento de la vigencia de la norma mediante su desobediencia¹⁶²) con la norma que implica la obligación de evitar un determinado resultado, por lo cual, la acción será la “causación individualmente evitable, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias imputables” —la acción será la evitable producción de un resultado y la omisión el evitable no impedimento del mismo—, lo que además supone determinar el sujeto competente para su evitación. Evitables serían aquellas causaciones que se evitarían (no se producirían) si en el sujeto concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias (el resultado)¹⁶³, mediante acciones que la habrían evitado.

Por ello, para JAKOBS, la acción es el hecho enteramente imputable, que además tiene como presupuesto a la culpabilidad¹⁶⁴. Dicho lo cual, “si la

puede actuar. Pero, este trazo de especial responsabilidad, que es común a casi todos los delitos omisivos, también es aplicada, según los partidarios del concepto negativo de acción, a los tipos comisivos. En estos últimos, la «posición de garante» tiene origen en el peligro generado por la actuación positiva, lo cual genera la responsabilidad por la evitación del resultado”. Esta teoría en general se distingue de la teoría de Jakobs, ya que en esta es evidente la ausencia del deber de garante en el constructo y la configuración de una supraconcepto aglutinante. Críticos: JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 177-178 quien la califica de naturalista y tardía; ROXIN, *Strafrecht*, I, *ob. cit.*, p. 253-254 (3ª ed., 1997, p. 197, *Derecho...*, *ob. cit.*, 247); VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 520, en el sentido de que este concepto hace imposible el concurso de delitos; VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p.132.

¹⁶² GÜNTHER JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, en Cuadernos de conferencias y artículos núm. 11, Manuel Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho, 1996, pp. 35 y ss.; *id.* “*El concepto jurídico penal de acción*”, en Moderna dogmática penal, Estudios compilados, México, Porrúa, 2002, pp. 45-76; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 173; ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Colección de Estudios núm. 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho, 1999, p. 89; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 13ff), p. 445.

¹⁶³ *Cfr.* JAKOBS, *El concepto...*, *ob. cit.*, p. 26; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 174.

¹⁶⁴ *Cfr.* JAKOBS, *El concepto...*, *ob. cit.*, pp. 30, 46 y 49. ; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 157: “No existe impedimento lógico alguno en llamar acción sólo al hecho enteramente imputable, es decir, culpable. Un comportamiento antijurídico, pero no culpable, para este modo de hablar, no es una acción completa, sino imperfecta. Optar por esta solución no significa que sólo puedan ser acciones los hechos punibles, es decir, que el comportamiento conforme a derecho no sea ya acción. El concepto de acción, más bien, cabe vincularlo a la total imputabilidad, sin consideración a la antijuridicidad; imputables pueden ser no sólo las

acción punible sólo es identificada como tal en la medida de su funcionalidad o disfuncionalidad para el sistema, el propio sistema es el elemento referencial. Así, si el sistema jurídico es el sistema de que se trata y si la disfuncionalidad es portarse en contra del sistema normativo, entonces la posibilidad de actuar conforme al derecho es la posibilidad de actuar de acuerdo con el sistema. Finalmente si uno que actúa de acuerdo con el sistema, es decir, de acuerdo con las normas jurídicas, evita que el sistema se ponga en contra de él, la capacidad de evitar una reacción del sistema es justamente «evitabilidad», lo que torna el sistema normativa en referencia necesaria para identificar lo evitable»¹⁶⁵.

Ahora bien, para esta teoría idealista existirá unidad o pluralidad de acciones, desde el punto de vista de la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades, en dos casos, a saber: (i) *unidad de acción en sentido natural o conducta única*, y (ii) *unidad jurídica de acción como ampliación de la unidad «natural» de acción*. En cuanto a la primera categoría (i), JAKOBS afirma lo siguiente: “Ahora bien, *una acción que infringe una ley penal es una acción* infractora de una ley penal sólo porque el resultado típico concreto es evitable. Esta acción determinada por medio de la evitabilidad no puede, por definición, infringir otra ley penal o la misma ley penal otra vez más, porque para ello debería darse la evitabilidad de la *ulterior* realización del tipo concreta correspondiente, y esa evitabilidad ulterior no pertenece a la acción mediante la cual se realiza el primer tipo. [...] Así pues, el concepto de acción del § 52 StGB no se puede interpretar como acción típica, sino de modo más general: *En la acción en el sentido de la unidad de acción y la pluralidad de acciones no se trata de acciones necesariamente típicas, sino de acciones como producción evitable de cualesquiera resultados (las llamadas acciones en sentido natural, teniendo que ser además acciones típicas estas acciones no necesariamente*

«malas» obras, sino también las «buenas», y la imputación no es sólo una categoría *jurídica*, sino también ético-social. [...] La existencia de una acción de relevancia *jurídica* sigue dependiendo, en esta solución, de los presupuestos jurídicos de la imputación; la acción se convierte en un concepto que es relativo al sistema de imputación en cada caso”.

¹⁶⁵ BUSATO, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 164.

determinadas típicamente, si ha de llegarse al concurso”¹⁶⁶. En los demás casos habrá pluralidad de conductas.

Respecto a la segunda, es decir: la unidad jurídica de acción (que comprende la unidad natural de acción¹⁶⁷) como su ampliación, el autor señala: “[d]ado que en esta determinación de la unidad de una acción ejecutiva se trata de la valoración social de un comportamiento individual, la unidad no puede fundarse sólo en la motivación de autor [en el sentido de lo que realmente quiere y no en el sentido de no evitar lo evitable o de no evitar la no evitación del resultado evitable], sino que tiene que ser perceptible en la objetivación de tal motivación. *No obstante, la determinación de la unidad tampoco puede deducirse solo de la consideración objetiva, ya que —análogamente a la situación en el comienzo de la tentativa— la interpretación individual del suceso objetivo influye en su valoración individual. En todo caso, se trata de una unidad exclusivamente desde una valoración*”.

Precisamente, la unidad de acción en sentido amplio (pero aunque no se diga también la unidad natural de acción), si se parte de la tentativa, tendría dos elementos complementarios: (i) unidad subjetiva y (ii) realización típica. (i) la unidad subjetiva requiere que el autor pretenda desde el principio una secuencia de actos o se proponga el comportamiento siguiente al menos en la ejecución del comportamiento precedente¹⁶⁸. Agrega el autor, que “[e]l requisito de la conexión individual es consecuencia de tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho en la imputación [...]. No cabe suscribir la doctrina que considera suficiente una motivación múltiple, renovada en cada caso, si se tiene lugar por el mismo motivo, pues pasa por alto que al cesar la voluntad de la acción [...] concluye el delito, aun cuando poco después de la misma situación pueda surgir una nueva voluntad de acción o disposición a la acción”¹⁶⁹. Por lo que respecta a la realización típica, el autor parte del concepto de estrechez temporal, al

¹⁶⁶ JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1074-1075.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 1091: “[...] la unidad natural de acción —siempre que sea sólo un (mero) término para designar la unidad jurídica de acción especificada más arriba— no es una figura útil en Derecho penal, por no poder presentarse con la necesaria exactitud”.

¹⁶⁸ JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1077.

¹⁶⁹ JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1078.

señalar que esta implica: (a) una sucesión de diversos actos, (b) que el autor, según su representación, mediante el acto precedente comience la ejecución directa del posterior, (c) estrechez temporal entre el acto precedente y el subsiguiente (tentativas sucesivas), (d) vinculación a título de dolo o culpa, y (e) en caso de sucesión estrecha de las tentativas, no es necesario requerir la homogeneidad de los actos¹⁷⁰. En cuanto al delito continuado, recuérdese que JAKOBS entiende que no se trata de un fenómeno sustantivo, dado lo cual, no puede ser considerado como una unidad de acción en sentido amplio¹⁷¹, sino como un fenómeno procesal.

Este planteo teórico admite las siguientes críticas generales, algunas de ellas comunes también a la teoría negativa de la acción¹⁷², sin que pueda afirmarse (*vid. supra* nota núm. 161) que ambos conceptos son asimilables. *En primer lugar*, el orden de los factores no altera la esencia de las cosas. Es decir, cambiar la acción por la omisión no impone eliminar la diferencia entre los conceptos, al menos en sentido jurídico-social. De este modo, es posible sostener que se construyó un supraconcepto que pretende aglutinar la acción y la omisión¹⁷³, pero que no lo hace¹⁷⁴, aunque en la teoría normativista sin fundamentos empíricos, tal división no tiene importancia en el nivel de la unidad y pluralidad de tipicidades.

En segundo lugar, VIVES ANTÓN critica con éxito una construcción que implica afirmar que sólo quien actúe culpablemente expresa el sentido propio de la acción: una actitud contraria a la validez de la norma: “[p]ues si es *posible* entender que quien se comporta inculpablemente puede lesionar la vigencia de la norma y resulta lógicamente necesario hacerlo así (porque no pueden situarse en el mismo plano el injusto y la responsabilidad por el injusto) no se entiende bien que, en aras de la

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 1078-1079.

¹⁷¹ *Cfr. Ibidem*, p. 1098.

¹⁷² Sobre el particular, *cfr.* BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 138 y ss.; 162 y ss.

¹⁷³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 410: “[...] en las formas activas, la evitación equivale a la *no producción*; por ende la no evitación (producción) es una *no-no producción* (la negación de la negación es la afirmación), en las omisiones, la no evitación equivale a la producción; y la evitación a la no producción. Nada se altera con esto, porque acción y omisión siguen apareciendo como modalidades separadas”.

¹⁷⁴ *Vid.* ROXIN, *Strafrecht*, I, *ob. cit.*, pp. 248, 249 (esp.) y 250 (3ª ed., 1997, pp. 199-200; *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 250). Que además impide distinguir acciones evitables de actos automatizados.

función del Derecho Penal, se altere el concepto mismo de acción (que no es sino su primer momento), con la consecuencia de tener que admitir — para evitar las contradicciones— una «acción de injusto», de la que no se sabe ni para qué sirve (excepto como hipótesis «ad hoc» para defender la doctrina propuesta) ni siquiera si, para Jakobs, es o no es acción»¹⁷⁵.

En tercer lugar, la noción de evitación deja dudas acerca de la naturaleza exclusivamente normativa de la teoría para la acción (sí para el injusto¹⁷⁶). En sentido normativo, lo que hace JAKOBS es, en verdad, interpretar criterios jurídicos centrados en la norma, mediante la adscripción de elementos de realización del correspondiente tipo en la acción, lo que implica desplazar este último concepto¹⁷⁷ como un *concepto de acción típica*¹⁷⁸, en el cual la evitabilidad es realmente un criterio de imputación¹⁷⁹ del resultado no evitado.

¹⁷⁵ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p. 139.

¹⁷⁶ *Vid.* LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 262. Quien además construye un concepto ontológico personal de la acción a partir de un concepto causalista modificado (pp. 272 y 273).

¹⁷⁷ *Vid.* BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 163: “[...] aunque la «evitabilidad» se acerque de (sic.) la «no evitación evitable» terminológicamente, sus fundamentos y propósitos son completamente antagónicos. [...] Fundamentalmente, los partidarios de un concepto negativo de acción intentan a través de la omisión establecer un concepto de acción puramente ontológico, mientras que Jakobs hace nutrir su evitabilidad justo de la no funcionalidad de la acción y del sujeto para el sistema y con ello, inserta en la concepción de acción el propio sistema, volviéndolo completamente normativo”.

¹⁷⁸ *Vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 410-411. En la p. 410 señala: “[...] el concepto de acción en derecho penal no puede ser exclusivamente típico, pues existen tipicidades que se individualizan dependiendo de acciones atípicas de terceros [...]. Es obvio que en todos estos casos, si faltan las acciones previas o concomitantes, de la víctima o de terceros, requeridas por el tipo pero no prohibidas, la tipicidad no se configura o se configura una tipicidad diferente. Con ello se demuestra que el concepto de acción no puede estar sistemáticamente dado mediante su identificación con la acción prohibida en el tipo”.

¹⁷⁹ *Vid.* JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 222 (*Derecho*, *ob. cit.*, p. 238); VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 25: “el hacer responsable al culpable por una lesión a la validez de la norma”, con lo cual confunde la acción con la imputación de la culpabilidad. Y tal vez ni ello, pues, para VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pp. 135 y 136: “[a] todo ello hay que añadir que, aunque la fórmula de Jakobs se adaptase con exactitud a los límites y posibilidades de la imputación, aunque comprendiese sólo lo que puede ser imputado y todo lo que puede ser imputado como acción, y aunque el recurso a la culpa [...] fuese, sin más legítimo, no nos explica que es la acción, esto es de qué modo pasamos de la hipotética posibilidad de imputación a la efectiva interpretación como ésta o aquella (cualquiera) acción, es decir, cómo se constituye el sustrato de la tipicidad y cuál es ese sustrato. *Y este es, exactamente, el paso decisivo: si, armados con el concepto de acción de jakobs, nos acercamos a un fragmento cualquiera de la vida de una persona (v.g. la hora en que pasea su perro) no sabremos decir cuántas ni cuales acciones está llevando a cabo*” (cursivas por fuera del texto original).

Sin embargo, el autor se ve en la obligación de entender que la acción, en el nivel de la unidad y pluralidad de acciones, es doblemente diferencial, porque, precisamente, en la unidad “*no se trata de acciones necesariamente típicas, sino de acciones como producción evitable de cualesquiera resultados (las llamadas acciones en sentido natural, teniendo que ser además acciones típicas estas acciones no necesariamente determinadas típicamente, si ha de llegarse al concurso)*”¹⁸⁰. Por el contrario, para este autor, la unidad jurídica de acción se basa en una teoría tradicional típica de la acción, con lo que se mezclan tres teorías diferentes en este asunto, a saber: Teoría de la evitabilidad, teoría de la unidad natural de acción y teoría social de la acción en su variante de acción típica. Esta dicotomía y ambivalencia entre acciones típicas (culpables) determinadas y no determinadas parece una contradicción insostenible, que tiene lugar, porque inicialmente no se distingue entre la determinación de la acción y la determinación de la tipicidad incluso para el nivel del reconocimiento de la existencia y relevancia de la acción.

En cuarto lugar, según lo dicho, resulta muy problemático convertir el criterio normativo puro como único elemento del sistema, cuyo referente de funcionalidad resulta ser el propio sistema. *Con ello, la acción se convierte en un concepto circular*¹⁸¹. Se trata, desde esta perspectiva, de un modelo normativo que impide cuestionar las configuraciones en el ámbito liminal de la acción total o global y, más allá, de la unidad y pluralidad adscrita de acciones al tipo o tipos concurrentes.

¹⁸⁰ JAKOBS, *Derecho...*, ob. cit., p. 1075.

¹⁸¹ Vid. una buena síntesis crítica en BERND SCHÜNEMANN, “La relación entre ontologicismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho Penal y en la criminología*, Congreso internacional, Madrid, Uned, 2000, p. 649: “[e]l concepto de acción ha sido formulado por JAKOBS, ya en su manual, sobre la base de necesidades de imputación objetiva. Pero, en definitiva, se trata de un concepto que hace referencia a la realidad, es decir, de un concepto descriptivo: «la producción individual evitable del resultado». La normativización completa del concepto negativo de acción, en el sentido de la fórmula de HERZBERG de la «no evitación que era evitable, estando en posición de garante», fue descalificada por JAKOBS en su manual por ser una «confusión terminológica». Sólo un año después de haber aparecido la segunda edición, en su breve estudio sobre el concepto jurídico-penal de acción de 1992, esta confusión terminológica pasó en la teoría de JAKOBS a ser un método. En efecto, para la comisión, como así también del mismo modo para la omisión, acuñó un concepto de acción falto de todo núcleo descriptivo: «Hacerse culpable-competente por un daño a la validez de la norma»”.

Precisamente, ROXIN advierte lo siguiente: “[o]tra diferencia sustancial entre mis esfuerzos en el plano dogmático y sistemático y los objetivos de JAKOBS reside en que para mí se trata de convertir las premisas de un Estado liberal y social de derecho en categorías dogmáticas y en soluciones de problemas jurídicos, mientras que en los presupuestos sistemático-teóricos de JAKOBS no existe ningún contenido ni orientación político criminal. Desde la perspectiva de JAKOBS lo único decisivo es como él mismo señala, la «fuerza de autoconservación» del sistema [...] La teoría sistémica como fundamento del sistema jurídico penal es estéril al contenido”¹⁸².

L. TEORÍA DE LA ACCIÓN CONTEMPLADA DESDE LA REGLA DE DERECHO.

Esta perspectiva teórica, que parte de un concepto de acción significativo, es expuesta de forma diversa por autores como VIVES ANTÓN, FLETCHER, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN. Se trata de una postura filosófico/filológica que en verdad ha sido muy poco trabajada desde la perspectiva de la unidad y pluralidad de conductas y tipicidades.

a) Teoría significativa de la acción. La perspectiva de VIVES ANTÓN¹⁸³ comienza por realizar una severa crítica al concepto de acción tradicional y formula su noción a partir de la teoría de la acción comunicativa (HABERMAS¹⁸⁴ Y WITTGENSTEIN), del cual sustrae en su configuración y

¹⁸² En este sentido, *vid.* CLAUS ROXIN, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 53-54; Agregan otros autores como BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 164, que la consecuencia “inevitable” de esta normativización radical “[...] es que su sistema se vuelve compatible con orientaciones político criminales opuestas a un Estado social y democrático de Derecho”. En nuestro medio, ampliamente señaladas por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 522; *id.*, “El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, Madrid, Uned, 2005, pp. 197-219; y por BERND SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Colección de Estudios núm. 7, Manuel Cancio Meliá (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia- Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, 1996, pp. 47-48.

¹⁸³ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁸⁴ *Vid.* JÜRGEN HABERMAS, *Teoría de la Acción comunicativa*, t. I, Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Taurus, 1987, pp. 138 y ss. Mientras que CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Libro Homenaje a al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca, Ed. de la Universidad de Castilla la Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p. 1144, señala que acoge más bien

análisis todo rastro de elementos ontológicos o psicofísicos. La acción humana, en los términos del autor¹⁸⁵, no se configura más como un hecho natural específico o como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido a partir de una norma (el tipo) o del propio individuo, sino como el sentido o significado normativo *atribuido socialmente* (típico y objetivado) a un sustrato (acción u omisión de la acción realizada por el sujeto), a partir de una interpretación social global de la percepción de dicha acción. Ello, a través de leyes gramaticales en el contexto en el que ésta ocurre —también se habla de «reglas¹⁸⁶» y «prácticas sociales» o de “códigos sociales establecidos” mediante los cuales se extrae el sentido y el significado de la acción—; por ende, todo ello se reconduce a la imputación objetiva¹⁸⁷.

Para VIVES ANTÓN, la correspondencia entre la expresión comunicativa externa, ello es, lo que hace el sujeto en la realidad y el tipo penal, genera una apariencia perceptible como acción que, identificada en términos de identidad con la regla, podrá ser calificada como una acción en la medida en que la regla aporta un significado con relevancia social, en cada caso concreto. En cualquier caso, si bien no se discute que la acción sea final, la finalidad en esta postura no está en pie de igualdad con el aspecto normativo, por el contrario, esta se relega a un segundo plano o definitivamente se excluye¹⁸⁸. Lo importante, para la pretensión de validez

las ideas de Wittgenstein, pues se orienta más al lenguaje que al sujeto, EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal”, en *NFP*, núm. 62 (sept.-dic.), Bogotá, Temis-Centro de Estudios Penales de la U de Antioquia, 1999, p. 117, señala que Vives Antón asume ambos puntos de partida.

¹⁸⁵ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p. 205: “[m]e propongo, en consecuencia concebir las acciones como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano. Definiré, pues, la acción, no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos”.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 212, entiende que la regla es “[...] un parentesco, un aire de familia, «una red de parecidos a gran escala y de detalle que se superponen y entrecruzan y no algo que tengan en común [...]»». CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *ob. cit.*, p. 423: “[c]on esta fórmula, VIVES ANTÓN quiere decir que el significado de la acción, en suma, no es el que el sujeto del comportamiento le asigna a lo que hace sino el que le asigna la sociedad. Para demostrarlo, utiliza el conocido criterio de WITTGENSTEIN, de “seguir una regla”. La regla, que se define socialmente, es el criterio que permite decidir el significado de lo que hace quien actúa”.

¹⁸⁷ BORJA JIMÉNEZ, “Algunas reflexiones...”, *ob. cit.*, p. 117.

¹⁸⁸ *Cfr.* VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pp. 244-245: “[d]esde esta perspectiva, la acción como significado atribuido socialmente —jurídicamente— a ciertos movimientos corporales o cierta ausencia de ellos, tiende a objetivarse, a definirse con independencia de

de la norma penal, es que la acción particular que se enjuicia pueda ser entendida conforme a un tipo de acción definido en la ley¹⁸⁹.

Precisamente, la diferencia entre la acción o conducta humana y el “hecho” radica en que los segundos ocurren, pueden ser descritos y se explican a través de leyes naturales, mientras que la relevancia de los primeros surge de una interpretación global de la percepción-comprensión del sentido o significado atribuido socialmente a la acción realizada por el sujeto y pueden ser entendidos a partir del tipo en la realidad, es decir, en el contexto en el que la acción tiene lugar¹⁹⁰.

En términos generales, VIVES ANTÓN señala que “[...] la dogmática no es una clase de ciencia sino un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas y a los valores que las normas jurídicas sirven de vehículo. Siempre podemos aludir, para caracterizar esos valores de los que la norma pretende ser expresión, a la justicia. Y desde luego la justicia es el valor central de todo ordenamiento. Pero su materialización ha de satisfacer otros requisitos: seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc. que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende instaurar”¹⁹¹.

Todo lo anterior, conforme a una norma entendida como norma de determinación y norma de valoración, que busca ejercer control social sobre hombres que tienen libertad de acción. La acción, así las cosas, es un sentido típico, no un sustrato típico. Pero ello implica además, en términos

la intensión subjetiva, del mismo modo que las palabras tienen un significado objetivo, que no depende necesariamente de la intención con que fueron pronunciadas”; p. 214: “[...] para que pueda hablarse de acción es preciso que los sujetos tengan la capacidad de formar y expresar intenciones; pero, las acciones que realizan no dependen de las intenciones que pretenden expresar, sino del significado que socialmente se atribuya a los que hagan”; ARIAS ELBE, “El nuevo sistema...”, *ob. cit.*, pp. 268, BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 177 y ss.; p. 1141.

¹⁸⁹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p. 484.

¹⁹⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 379; BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 199, señala que “[c]oncebir un concepto significativo de acción es nada más que expresar una forma de percepción de la acción en el contexto social de las circunstancias en que se produce”.

¹⁹¹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p. 482.

de BUSATO, que “[...] la acción y el tipo deben ser identificados en un mismo momento, pues sólo con la referencia al tipo penal se puede identificar la existencia de una protección de bienes jurídicos que interesa al control social”¹⁹².

En términos de conducta única, por ejemplo, respecto del homicidio, el mismo VIVES ANTÓN señala que: “[...] ha de haber un *nexo* inteligible que, más allá de la mera yuxtaposición, una los movimientos corporales con la muerte [el resultado], fundiéndolos en un concreto tipo de acción, de modo que no es el «rector» objetivo el que le da sentido a la ejecución, sino que, más bien, sucede que porque se afirma una determinada clase de acción (una acción de tipo determinado) los movimientos corporales aparecen como ejecución del correspondiente rector. [...] el sentido de «matar», aquello por lo que ciertos movimientos ejecutan la muerte y la intención que los acompaña se refiere a ella, no pueden venir dados por ninguna clase de descripción del evento, sino que sólo a partir de la acción realizada podemos hablar del evento —cualquiera que sea su figura— como resultado de ciertos movimientos corporales y posibles objeto de la intención del agente”¹⁹³. La relevancia de la acción significada por el contexto social se demuestra sólo cuando el tipo de injusto también corresponde a las mismas necesidad de protección respecto de este tipo de acciones.

De este modo, en el ámbito superior de la unidad y pluralidad de conductas, esta teoría sería finalmente una variante normativista extrema, puramente

¹⁹² Cfr. BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 132; *id.*, p. 205: “[n]o es el tipo el que condiciona la acción ni tampoco el contrario. Es el interés social en la tipificación de una determinada conducta (acción u omisión) lo que determina su significado, su sentido. La conclusión es que parece mejor conectar tipo y acción en una condición de igualdad indisoluble, ya que son ambos determinados por la necesidad de control social”; VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p. 484: “[...] la primera pretensión de validez de la norma penal se haya ligada a la concurrencia del *tipo de acción*. Es, por decirlo de algún modo, una pretensión epistémica: tiene por objeto la afirmación de que, en efecto, la acción realizada es de las que al derecho penal interesan. Para que tal cosa pueda afirmarse, es preciso que la acción particular que se enjuicia pueda ser entendida conforme a un tipo de acción definido en la ley”. Críticos y con razón, porque el problema subsiste desde el neokantismo: ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 410.

¹⁹³ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p. 263-265

objetivista, de la teoría de la unidad típica de acción¹⁹⁴; por lo que podría inferirse que habría una acción única, cuando sea posible determinar un solo sentido simple de acción simple y un único injusto (unidad de injusto), conforme al sustrato realizado por el sujeto en un mismo contexto de realización. Según su sentido social habría una unidad de sentido de acción, cuando existiendo diversos tipos de acciones, estos pueden ser unificados en un sentido mucho más amplio de injusto conforme a la interpretación de las reglas de actuación, como un mismo sentido de la acción, según el contexto típico en el que se realiza. Y habrá una pluralidad de tipos de acción, cuando según la interpretación de las reglas y prácticas sociales, sea necesario dotar de diversos sentidos a los diversos sustratos de acción independientes y diversos injustos. Todo ello, a partir de las reglas de control social y de la efectiva inexistencia de identidad entre dicha unificación y el sentido del tipo de injusto.

b) Por el contrario, FLETCHER, que parte de una variación o matización de la teoría final o teleológica de la acción de WELZEL, denomina su postura comunicativa como concepto “*intersubjetivo de acción*” o una aproximación humanista del concepto de acción, a partir del lenguaje del propósito¹⁹⁵. Precisamente, FLETCHER afirma que la teoría comunicativa que presenta, parte de la distinción entre comprensión y explicación¹⁹⁶. En este sentido el autor señala que el lugar para comenzar no es con la intención del autor, si no con la manera en que nosotros, como observadores, entendemos el movimiento o el no movimiento como constitutivo de cierta acción. La conducta criminal es típicamente manifestada en un comportamiento adaptado a circunstancias particulares (t/l).

¹⁹⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 380: “[...] se adopta un sistema objetivo, a sabiendas de que su mayor solidez política no sería razón suficiente para asumirlo, y sin menospreciar las dificultades que comporta llevar el objetivismo a sus últimas consecuencias. Se tiene, por lo tanto, conciencia de la provisionalidad del modelo que se intenta trazar [...] En una sistemática como la adoptada, la clave de bóveda del sistema no se halla constituida por un concepto general, unitario, *de acción*, sino por un concepto general, unitario, *de injusto* [...]”.

¹⁹⁵ GEORGE P. FLETCHER, *The Grammar of criminal law*, American, comparative, and international, New York, Oxford University Press, 2007, p. 281.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 282 y ss.

Así, BUSATO señala: “lo que es relevante no es sólo el elemento subjetivo final presente en la acción delictiva, sino mejor aún el conjunto de factores que producen una percepción y comprensión de los propósitos del sujeto. Los elementos subjetivos que reconocemos en la acción tienen origen en una multiplicidad de actos secuenciales producidos bajo un determinado contexto. En puridad, es de la percepción y comprensión del global de las circunstancias relativas al hecho que se deduce su cualidad final”¹⁹⁷. Es necesario observar en su conjunto la acción, a partir de su contexto, una aproximación contextualizada a la acción.

c) Por su parte, en clara oposición a los objetivistas, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, señalan que: “[...] en la determinación del concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales o finales de la misma, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado. En definitiva, lo relevante es esta capacidad expresiva o significativa del comportamiento humano en un determinado contexto de comunicación intersubjetiva. Esto no quiere decir que haya que renunciar a un concepto prejurídico de acción (sin acción no puede haber acción típica), sino simplemente que el mismo no puede reducirse a simples procesos ontológicos, causales o finales, desconectados de cualquier tipo de valoraciones”¹⁹⁸. Aunque, en verdad, parece más una variante de la teoría social

Estas teorías han sido criticadas en el siguiente sentido: (i) *Primero*. Se trata de posturas interpretativas, puramente normativas e ideales, cuya generalidad impide precisar de manera adecuada, sin elementos ontológicos, criterios fijos y claros que permitan, en un segundo nivel como la teoría de la unidad y pluralidad de conductas, obtener avances y rendimientos no circulares y no arbitrarios cuando se trata de determinar la existencia de un delito único o de un concurso efectivo de tipicidades en sentido puramente objetivo. De hecho, no puede olvidarse que importantes autores consideran, incluso partiendo del mismo WITTGENSTEIN, que la

¹⁹⁷ BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 214.

¹⁹⁸ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 214-215.

atribución de sentido por medio del sistema de signos es un procedimiento altamente arbitrario, si no se aúna a ello el respectivo elemento ontológico¹⁹⁹.

Tampoco se entiende por qué hay que asumir una teoría cuyo rendimiento en verdad —salvo que se quiera la objetivización de todas las categorías del delito y su normativización extrema— no supera el rendimiento de teorías ya elaboradas y en alguna medida aceptadas por cierto sector de la doctrina moderna, como la “teoría social de la acción objetiva” en la versión de GALLAS²⁰⁰ —que a nuestro juicio es el verdadero punto de partida de VIVES ANTÓN—, la “*unidad típica de acción*” o la “*Teoría normativa del números de lesiones y peligros para el bien jurídico como realidad social*”.

Es más, CUELLO CONTRERAS cuestiona la propia esencia de la teoría, al afirmar que: “[e]n el Derecho penal sólo puede otorgarse un significado (valoración) a la acción final (substrato), pues sólo ella tener significado (normativo) para la sociedad y para el agente, el mismo significado que “pone” la sociedad (con los mandatos jurídicos) y realiza el individuo (con sus acciones intencionales). La acción no puede ser el significado de un sustrato porque *la norma, que es la que asigna significado* (como quiere VIVES ANTÓN), *tiene que ir referida a algo a lo que asigna significado, permitiendo conocer cómo ha de estar configurado ese algo para que alcance significado*”²⁰¹ (cursivas fuera del texto original).

¹⁹⁹ Vid. SCHÜNEMANN, “La relación...”, *ob. cit.*, p. 661: “WITTGENSTEIN cuestiona cómo es que una flecha señala para nuestro entendimiento intuitivo hacia la dirección en que se encuentra su punta, y no así hacia la dirección contraria. La respuesta me parece al mismo tiempo fácil y fundamental. El símbolo de la flecha ha sido creado a partir de la observación de la realidad, del hecho de que una flecha sólo logra recorrer un largo trecho y alcanzar un objetivo si es lanzada con la punta hacia adelante. Por consiguiente la estructura física de la realidad y la experiencia obtenido del crecimiento de la humanidad de cómo se tiene que colocar la flecha y el arco para cazar, son los que construyen los fundamentos ontológicos para un sistema de señales que utiliza una flecha como símbolo. Si del ejemplo tan sencillo de la flecha avanzamos a las complicadas estructuras de signos y a las redes de significado del lenguaje coloquial, podría demostrarles entonces, si tuviera más tiempo, a través de innumerables ejemplos, que se trata del reconocimiento y de la representación simbólica de la realidad, y que la realidad, por consiguiente, muestra por todos lados la base ontológica de los usos del lenguaje. [...] El hecho de que *lenguaje coloquial* tenga raíces ontológicas proporciona la base ontológica más importante del derecho, debido a que el derecho se encuentra envuelto en el marco del lenguaje coloquial”.

²⁰⁰ Cfr. GALLAS, *La teoría...*, *ob. cit.*, p. 23, nota al pie núm. 40a.

²⁰¹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *ob. cit.*, p. 426.

En cualquier caso, mediante este constructo resultaría muy discutible la posibilidad de determinar el sentido típico de dos actuaciones que impliquen múltiples comportamientos homogéneos fisiológicos, cuando estos en la norma sólo tienen distinto sentido de injusto a partir de un desvalor de acción subjetivo específico, como una especial finalidad (actos infligir dolores y sufrimientos físicos y síquicos objetivos, sólo pueden ser interpretados como tortura o lesiones a partir de la finalidad del sujeto). Con lo cual no parece cierta su pretendida absoluta objetividad. Igualmente, es difícil encontrar el sentido social de tipos de acción que compartan formas de ejecución por medio de actos parciales con otros tipos de acción²⁰².

(ii) *Segundo*. Dicho lo anterior, puede afirmarse que la finalidad todavía debe tener un papel protagónico para determinar el sentido de la acción humana, *pues el otorgamiento de sentido o significado social ex post a movimientos fisiológicos causalmente ciegos ex ante*, resulta algo muy discutible. En efecto, si bien el problema central (superioridad para otros) de la postura de la acción personal de ROXIN es que este autor no acoge totalmente el normativismo en el concepto de acción, ello se hace porque resulta necesario mantener un límite ontológico para frenar las consecuencias político-criminales de un sistema basado sólo en consideraciones normativas; en este punto, las teorías de la acción significativa tampoco abandonan por completo elementos ontológicos (particularmente la postura de FLETCHER, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN), aun cuando se tilden así mismas de posturas completamente normativas. En realidad, estas teorías son posturas de intermediación entre lo ontológico (el objeto cuyo sentido se percibe) y lo normativo (y atribución de sentido al objeto a partir del tipo en la realidad), como es apenas obvio, con una muy superior influencia normativa²⁰³.

Precisamente, de forma correcta, BUSATO agrega que: “[a]unque se reconozca la profundización normativa en la concepción del sistema de imputación de Vives [...], el concepto de acción en sí responde más a una

²⁰² En contra: VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, p. 274.

²⁰³ BUSATO, *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 201.

concepción dinámica de la percepción de una interacción entre el sujeto y el objeto, según reglas hermenéuticas y menos a una valoración estática y preconcebida, bien de corte ontológico, bien normativo. El hecho que de ahí derive un sistema configurado según cánones estrechamente normativos deviene mucho más de la elección del tipo como base del sistema y de la propia concepción de la norma, [...] que del modelo de acción adoptado”²⁰⁴. Es decir, una relación de sentido del sujeto interna y del objeto externa²⁰⁵.

En fin, para terminar, no parece cierto que recurrir a las prácticas sociales como criterio para determinar el sentido social de un comportamiento, sin tener en cuenta la finalidad, permita deslindar adecuadamente una acción única, una unidad de acción y una pluralidad de acciones, porque, del mismo modo, ello supondría recurrir de modo circular a la práctica social para reinterpretar el sentido perceptivo que tiene la mayoría sobre una regla aplicable, para precisar luego el sentido unitario o no de un determinado tipo de acción. Este tipo de interpretaciones de la percepción de las interrelaciones entre el sujeto y el objeto recuerda los recursos de la teoría de la unidad natural de acción a la “concepción natural de la vida”, el “uso general del lenguaje de las acciones en la sociedad”²⁰⁶, el sentido social del acto y la “experiencia cotidiana”; todo ello, a partir de la perspectiva de un observador social no partícipe según los usos sociales normales y “en función del momento de valoración”, ello es, el intérprete de las reglas: el juez. Para estos efectos no valen las teorías uniformes, por lo que las reglas deberían encontrar sentido principal en la jurisprudencia y la doctrina.

²⁰⁴ *Ibidem*, p.179, nota al pie núm. 468.

²⁰⁵ Ello ya suscita algunas preguntas importantes, a las cuales los autores de estas concepciones todavía no dan una respuesta satisfactoria: ¿Cuáles son las reglas gramaticales y de interpretación que hacen estratégicamente estable este tipo de concepción, por fuera de elementos ontológicos? es más, ¿cuáles son los “códigos sociales establecidos” mediante los cuales se extrae el sentido y el significado de la acción? ¿es válido luego afirmar la existencia de una acción y luego de una unidad o pluralidad de acciones, únicamente a partir de una interpretación social del sentido de la percepción de la interacción comunicativa entre el sujeto (interno) y el objeto (externo)? ¿cómo equilibrar reglas de interpretación y de asignación no estáticas del sentido típico de una interacción percibida (lo que el sujeto hace) con el principio de legalidad?

²⁰⁶ *Vid.* CID MOLINÉ, “Notas..., *ob. cit.*”, p. 51.

Aquí también se trataría de reglas absolutamente abiertas e interpretables, que olvidan que no hay unidades de sentido válidas de forma inequívoca y desde la perspectiva social, que se deban ajustar a los tipos penales como una unidad de sentido, atendida de forma exclusiva el contexto de realización de la acción del autor. En el ámbito de la unidad y pluralidad de acciones, dichas reglas no podrían garantizar, sin la unidad subjetiva, que los sentidos unificados pertenecen a sustratos homogéneos y uniformes, porque las reglas son fundamentalmente cambiantes. Además, debe tenerse en cuenta que estos elementos en la teoría de la unidad natural de acción, solo serían uno de los tres elementos que, junto a la homogeneidad de las acciones y de la unidad de fin, permiten verificar dicha unidad de acción. Con ello, se otorga un poder aún más amplio al intérprete, es decir, el operador jurídico o al juez que le atribuye el sentido social al sustrato, quien —según se dice— no está limitado por criterios ontológicos.

M. SÍNTESIS. Uno de los problemas más acusados del delito continuado radica en la interminable variedad de cambios y opiniones sobre el concepto de acción como proceso ejecutivo del delito y, en particular, del delito continuado. Por ello, es necesario, a nuestro juicio, asumir un concepto ontológico-normativo sobre de la unidad o pluralidad de conductas —a partir de la construcción de la acción final (WELZEL) con algunas precisiones y adiciones a partir de las teorías social (JESCHECK, MAURACH Y SCHÜNEMANN)—, en virtud del cual, la *acción sería un comportamiento final voluntario, controlable o susceptible de controlar que produce efectos en el mundo exterior, y que tiene relevancia, según el sentido social y contextual del comportamiento*²⁰⁷. La relevancia social no define la conducta, pues por sí sola es incapaz de dar un sentido de acción²⁰⁸, sin la finalidad.

Como advierte MAURACH, desde su punto de partida “la teoría social de la acción no puede enfocar a ésta en cuanto fenómeno humano interno, dimensión personal sin la cual, a la inversa, el concepto de acción sería

²⁰⁷ Vid. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, ob. cit., pp. 269;

²⁰⁸ Vid. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, ob. cit., p. 263.

totalmente anodino”²⁰⁹, en la medida en que resulta fundamental en esta materia la valoración de datos ontológicos, porque la acción es tanto un *concepto humano interno de decisión como un acontecimiento social con consecuencias en su entorno*²¹⁰.

Se trata de un concepto que, además, es funcional y coherente no solo para determinar la existencia y relevancia de la conducta (en un primer nivel), sino también, en el segundo nivel de la unidad y pluralidad de acciones, para limitar adecuadamente los eventos de unidad de conducta en sentido estricto y amplio, en relación con la distinción que debe hacerse entre las teorías de la unidad y pluralidad de acciones y tipicidades²¹¹.

Por supuesto, lo dicho implica hacer algunas precisiones: (i) *Primero*. El concepto del cual se parte, no necesariamente es coincidente con aquel otro que entiende la unidad de acción, en forma exclusiva, como una “unidad de valoración conforme a la descripción típica del injusto” en sentido formal o material, pues la postura aquí acogida también involucra aspectos ontológicos en su estructura (la finalidad), que limitan y permitan fijar, más allá de una simple interpretación de adecuación social, el objeto a valorar. Debe tenerse en cuenta, que el rechazo de un modelo ontológico de acción no implica acoger de modo inevitable un concepto estrictamente normativo, que afirme la acción sólo como un presupuesto no autónomo del delito y, por ello, esencialmente fraccionable.

Precisamente, SCHÜNEMANN señala en este punto dos tesis fundamentales a tener en cuenta: “(1) En una aplicación correcta de la dogmática jurídico-penal, los puntos de vista normativista y ontologicista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en un ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideraciones los

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 264.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 265, 267.

²¹¹ *Vid.* BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 542, sostiene que esta postura ontológico-normativa “[...] responde a aquellas tendencias antinaturalistas y valorativas que hoy se abren camino (sic.) eliminando los restos de un pensamiento mecanizado y desesperadamente árido”.

detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante. / (2) En el discurso dogmático concreto, los argumentos normativos y empíricos van vinculados unos con otros y se entrelazan como una rueda dentada, con lo cual no se llega por lo general a conflictos o contradicciones, ya que los juicios normativos se refieren siempre a la realidad y son emitidos en el marco del lenguaje coloquial, el que no se desarrolla arbitrariamente, sino en la mayoría de los casos reproduce siempre la realidad”²¹².

(ii) *Segundo*. Dicho esto, es evidente que se parte de un concepto mixto, que no acoge posturas puramente normativas como aquellas teorías sobre la unidad y pluralidad de conductas basadas en la “*evitabilidad de los resultados*” individualmente evitables o, a pesar de su cercanía a la perspectiva “garantista”, en “*la teoría del tipo de acción*” basada en la teoría significativa de esta sin abandonar el modelo final (FLETCHER); sino más bien, como se indicó, en teorías finales y sociales²¹³.

Se trata de un concepto que no está libre de consideraciones valorativas afincadas en referencias al concepto de la dimensión de sentido social de los actos, que permita afirmar la unidad del proceso conductual. Ello no significa que se retoman los criterios previstos en el tipo, para la determinación de la tipicidad concreta. Se niega que, por fuera del puro dato vacío, sea imposible adicionar la contextualización material de la acción, para determinar la unidad o pluralidad del comportamiento. Ello solo constituiría una postura normativista radical que desconoce, no se olvide, que en este nivel ya se entiende que hay acción final y socialmente relevante para el Derecho penal²¹⁴.

(iii) *Tercero*. Es notorio que se asume un concepto pretípico de acción²¹⁵, prejurídico aunque no necesariamente en un sentido ontológico puro, cuya función no es incompatible con aquella función de la acción liminal en sentido negativo. De hecho, se considera que el concepto de acción es en

²¹² Vid. SCHÜNEMANN, “La relación...”, *ob. cit.*, pp. 660-661.

²¹³ Vid. MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 214-215.

²¹⁴ En este sentido *cf.* COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 377.

²¹⁵ Vid. ZAFFARONI, ALARIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 400.

cualquier caso necesario en sentido sistemático (garantía de legalidad), si quiere hablarse de acción típica e incluso de tipo de acción; o si se quiere seguir manejando un concepto como el de desvalor de acción en el análisis de la teoría material del delito.

(iv) *Cuarto*. Es necesario reconocer que esta postura dogmática —con claras repercusiones político-criminales— no cubre todas las hipótesis, sin necesidad de recurrir a variaciones elaboradas por la ciencia penal para casos límite o extremos (unidad típica de acción, en cuanto voluntad prescriptiva, autónoma y libre del legislador). De hecho, exigir que el mecanismo valorativo seleccionado para determinar la unidad o pluralidad de acciones baste por sí mismo²¹⁶, requeriría partir de posturas extremas entre el puro ontologismo o el normativismo radical, que en nada ayudan a solucionar el problema teórico y político-criminal examinado.

A partir de este concepto, se entiende como sigue la dinámica de la unidad y pluralidad de acciones, teniendo en cuenta sus elementos: (i) un elemento ontológico (la finalidad) y un elemento (normativo) de sentido y relevancia social y contextual.

(1) Ahora bien. Constituirá la misma acción, como una *conducta única* en el sentido natural de la teoría de la unidad y pluralidad de acciones [CPE, Art. 77, 74 y del CP, Art. 31], la realización simple de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate, mediante un único comportamiento complejo —conformado por uno o varios movimientos fisiológicos— que implican unidad de voluntad final. Se considera en el texto que la acción-decisión final compleja es el componente básico (mínimo) de las diversas formas de unidad de conducta relevantes socialmente en el nivel de la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades²¹⁷. No se trata, entonces, de construir un concepto ontológico puro basado en movimientos fisiológicos no complejos, pues la conducta así formulada no tendría mayor incidencia en la determinación e interpretación social del comportamiento con relevancia jurídico-penal —

²¹⁶ Así, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 52 y 53.

²¹⁷ *Vid.* GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 361; HAFT, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 280-283.

ya se ha hecho la respectiva crítica al concepto de acción ontológica (pura) desde la perspectiva de la unidad o pluralidad de tipicidades (*supra*. III, A)—.

Ejemplos de ello son el único disparo que produce la muerte de un sujeto o el daño en su cuerpo o en su salud causado por una puñalada —lesiones personales—; el lanzamiento de una granada que genera lesiones a varias personas y le causa la muerte de otras tantas, el golpe en la cara que genera daño fisiológico, la penetración vaginal violenta en la misma víctima hasta la eyaculación o el apoderamiento de los efectos personales dispersos en los bolsillos de la víctima, etcétera.

(2) Por supuesto, como este concepto básico ontológico y normativo es limitado e insuficiente desde la perspectiva político-criminal para comprender socialmente todas aquellas hipótesis que deberían estructurar *un solo comportamiento humano* (la misma acción, una acción con sentido) apreciable desde el punto de vista penal en el sentido del CPE, Arts. 77 y 74, y del CP Art. 31, debe admitirse la existencia normativa y social de un concepto más amplio de conducta en sentido ontológico y normativo (final-social) [STS 1041 del 17.09.2004 (RJ. 2004-5726)]. Precisamente VON WEBER afirma que “[l]a conducta es un suceso que transcurre en el tiempo. Cuál segmento de la totalidad de la conducta de un ser humano abarca como una unidad nuestro pensamiento y que, en consecuencia, expresa conceptualmente el lenguaje, es algo que depende del contexto de sentido, dándose al respecto amplias posibilidades. [...] Vemos que una actividad unitaria (lección magistral en el semestre) se divide en partes cada vez menores, que se conceptúan como unidades autónomas de conducta. A la inversa, éstas pueden agruparse siempre en unidades cada vez mayores”²¹⁸.

²¹⁸ HELLMUTH VON WEBER, *Lineamientos de Derecho Penal Alemán*, Prologo y revisión general de Eugenio Raúl Zaffaroni, Leonardo G. Brond (trad. de la 2ª ed. alemana de 1948), 2008, p. 106. Agrega dicho autor que, “[p]ara deslindar un segmento que configure un delito dentro de la totalidad de la conducta de un autor debe apelarse a los conceptos que emplea el tipo respectivo [...]”.

Estos serían los casos de: (i) la misma acción como unidad de conducta ejecutiva²¹⁹ o unidad de conducta en sentido estricto; y (ii) la misma acción como “proceso ejecutivo unitario” o unidad de acción en sentido amplio que, por lo general, la doctrina penal considera como una unidad jurídica en sus distintas variantes. En estas hipótesis, la determinación de la unidad de conducta ontológica y normativa implica confrontar desde el punto de vista material —a modo de prognosis descriptiva no prescriptiva— si los actos ejecutivos parciales complejos y sucesivos —con solución de continuidad razonable— realizados con unidad de fin²²⁰ —aspecto ontológico—, *se corresponden o se pueden tener o no como la realización de un proceso ejecutivo o unidad comportamental unitaria* —aspecto normativo—, proceso que se correspondería, en relación de identidad aparente, con el sentido social —situacional cognoscible del contexto típico de acción u omisión final de determinada clase, que puede coincidir luego con aquel que denota el tipo penal infringido²²¹, teniendo en cuenta también, cuando sea pertinente, el sentido del verbo rector (apoderarse, apropiarse, matar,

²¹⁹ Vid. CONTENTO GAETANO, *Corso di Diritto Penale*, 2ª ed., Roma, Laterza, 1992, p. 714. Por lo general, la unidad de acción en sentido estricto se reconduce a la unidad natural de acción.

²²⁰ En este punto, vid. JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1077, cuando advierte: “la unidad de acción se da sólo cuando el autor pretende desde el principio una secuencia de actos o se propone el comportamiento subsiguiente como muy tarde durante la ejecución del comportamiento precedente [...] En caso de imprudencia decide el comportamiento arriesgado”. Ello supone un dolo global que excluye luego en la continuación omisiva cualquier posibilidad de construir la figura con dolo continuado.

²²¹ Vid. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 547, afirman: “[p]ara establecer cuándo hay unidad de hecho hay que atender a lo que da sentido y significación al hecho, esto es, a la forma de comunicación social que le sirve de base y ésta es la acción (o bien la omisión). Ahora bien, la configuración de la *unidad de acción* sólo se puede llevar a cabo desde un punto de vista psicológico-valorativo, esto es, que el simple o complejo proceso de comunicación implique *un solo momento de resolución ejecutiva del sujeto contra el ordenamiento jurídico*. En tales casos habrá solo un hecho, pues hay una sola acción, sin que entren en consideración las normas infringidas ni los resultados producidos”; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 672-673. De otro lado, por lo que concierne al factor normativo, WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 224-225 (*Derecho*, p. 266), indica que de acuerdo al sentido social de los tipos legales “[...] se aprecia lo que la realización final significa socialmente, si se trata de un asesinato u homicidio, lesión corporal o tratamiento curativo, etc. Por ello, él establece también censuras dentro de un amplio contexto final voluntario y abarca ya en tratamientos parciales, como un delito, lo que criminalmente se corresponde entre sí”; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 527, explican: “no son los tipos en cuanto manifestaciones complejas del Derecho, los que fundan estas divisiones del acontecer en unidades particulares de acción (hechos punibles individuales), sino las acciones contenidas y soportantes de cada tipo”.

lesionar, acceder, etcétera)—. Como es evidente, no se trata de determinar el sentido de la acción a partir de los verbos rectores, sino de verificar si la acción realizada puede tener sentido como unidad o pluralidad desde la perspectiva social, sin que el tipo determine dicho sentido unitario o plural todavía, porque entonces se hablaría de acción típicamente determinada o de inclusión o condicionamiento de la acción al tipo. Ello distinguiría este concepto de aquel otro puramente normativo del “*tipo de acción*”, en el cual el tipo se adecúa a la acción y no a la inversa, como se entiende en este escrito.

Por lo que respecta a la *unidad de conducta en sentido estricto o unidad de conducta ejecutiva*, los diversos actos parciales realizados conforme al plan del autor, se caracterizan porque su sentido final tiene ocasión en un contexto temporal razonable —límite negativo—, al punto de que no sería lógico separarlos como actos autónomos divisibles, sin importar si dicha estrategia de realización del tipo y de vulneración del mismo bien jurídico ha sido obligada por las circunstancias previstas en el plan previo²²². En general, existen hipótesis que no suponen graves problemas interpretativos respecto a la unidad del sentido social de la acción: la realización de una operación de aborto, las sustracciones de los bolsillos a varios transeúntes durante un hurto en un autobús o en un supermercado, los disparos que causan varias muertes sucesivas en una ejecución, las dos penetraciones (vaginal y anal) de la misma víctima con sucesión temporal estrecha, etcétera. Son comportamientos finales-sociales que suponen una continuidad situacional y una voluntad omnicomprendiva tan clara desde la perspectiva del contexto situacional requerido para verificar un proceso ejecutivo unitario, compatible luego con el contexto situacional del verbo rector típico, que, por ello, sería absurdo contemplar una pluralidad de acciones independientes por fuera de la estructura de sentido del contexto de

²²² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., pp. 986; *id.*, *Manual...*, ob. cit., p. 495. Sin embargo, esa necesidad de identidad objetiva es criticada por la doctrina: así, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, ob. cit., p. 89: “[l]a vinculación de este concepto de acción en sentido naturalista con la culpabilidad es problemática, puesto que la coincidencia de los movimientos ejecutivos no depende muchas veces de las capacidades del autor sino de la causalidad, e incluso que se produzcan varios resultados punibles a través de un movimiento corporal puede ser expresión de especial escrupulosidad o el resultado de una mayor habilidad o rutina del autor”.

la acción respectiva, en las hipótesis de: (i) delitos de realización iterativa e iteración inmediata; (ii) delitos de realización sucesiva; y en la (iii) unidad de conducta imprudente.

Por supuesto, es necesario aclarar que la determinación de la unidad o pluralidad de la conducta es independiente de que cada uno de los actos individuales entrañe —en el caso concreto— una o varias infracciones a la ley penal —tipicidades—, porque la acción no define el número de infracciones jurídicas, incluso si éstas implican cierta sucesión ejecutiva. De este modo, los ejemplos vistos como posibles actos de ejecución única, incluso del mismo tipo, sólo implicarían una pluralidad de tipicidades, cuando no resulten aplicables las reglas político-criminales y hermenéuticas de subsidiariedad o consunción que rigen el “aparente concurso de tipos”²²³.

En fin, cabe reiterar que la unidad de acción debe distinguirse de las hipótesis de conducta única en sentido naturalístico, como decisión final-manifestación²²⁴. Como ya se advirtió, las acciones únicas sólo admiten la realización final de un movimiento muscular complejo continuo que desarrolla el injusto del tipo correspondiente, mientras que la unidad de conducta ejecutiva supone, como unidad normativa, la unificación de varias acciones únicas finales-sociales sin solución de continuidad contextual (no solución ontológica), cada una de las cuales incrementa de forma progresiva y sustancial la realización criminal. En estos casos, se habla de continuidad de la acción final compleja y de relación temporal y espacial. En la unidad de conducta ejecutiva el elemento normativo es mucho más fuerte que el aspecto ontológico, mientras que en la acción única lo ontológico es más enérgico que lo normativo, desde la perspectiva de la faceta social de las acciones.

²²³ Cfr. desde otra perspectiva, JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1074-1075, al afirmar que “[e]n la acción en el sentido de la unidad de acción y la pluralidad de acciones no se trata de acciones necesariamente típicas, sino de acciones como producción evitable de cualesquiera resultados (las llamadas acciones en sentido natural), teniendo que ser además acciones típicas estas acciones no necesariamente determinadas típicamente, si ha de llegarse al concurso [...] Así pues, una acción determinada de modo más general es componente de dichas acciones que realizan tipos, determinados de modo más específico”.

²²⁴ La CSJ PENAL, sent. del 26.04.2006, e22027, Á. PÉREZ, confunde el delito único con el delito continuado

Así mismo, la diferencia entre la unidad de acción en estricto sentido (varias acciones únicas continuas y única decisión final-social) y la unidad de acción en sentido amplio (varias unidades de acción finales-sociales discontinuas con cierta unidad de fin y sentido contextual) partiría de los conceptos contrapuestos de continuidad y discontinuidad contextual (pues la finalidad de sentido puede ser equivalente en ambos supuestos). Continuidad contextual que, en la unidad de acción en estricto sentido (por ejemplo: varias penetraciones en la violación y una o varias puñaladas en la causación naturalística de la muerte), supone el desarrollo de una misma unidad situacional objetiva y subjetiva, y el mismo injusto; y discontinuidad en la unidad de acción en sentido amplio que, por el contrario, permite valorar como unidad un incremento sustancial progresivo del mismo injusto, por cuenta de varias acciones naturalísticas conjuntadas y discontinuas²²⁵. Apenas ver, se trata de nociones teóricas que permiten valorar la acción como una conducta en el mundo real, en la que la voluntad, la finalidad del autor —entendida como un propósito direccional voluntario consciente que dirija la actividad continua—, y el bien jurídico afectado, constituyen criterios fundamentales a tener en cuenta por el operador jurídico en esta materia.

De otro lado, también podrá apreciarse una unidad jurídica de acción —*juristische Handlungseinheit*—, como un “proceso ejecutivo unitario” o unidad de acción en sentido amplio, en dos casos diferentes:

En primer lugar, en los casos de la misma acción como unidad típica de acción, cuando entre los actos ejecutivos exista solución de continuidad (y finalidad); pero la misma sea irrelevante porque la legalidad del “supuesto de hecho” así lo imponga de forma artificial mediante uno o varios verbos rectores que conforman un proceso ejecutivo formal. Proceso que unifica diversas acciones naturales independientes —incluso muchas veces sin

²²⁵ Así la STS del 04.02.2005 (RJ. 235-2005), advierte que “[e]sta Sala ha tratado de señalar pautas que ayuden a diferenciar el delito continuado frente a la unidad natural de la acción o hecho único; y, así, las sentencias del 14/12/2000, 19/04/2001 y 13/06/2003 refieren la consideración de hecho único a supuestos de iteración de unos mismos movimientos corporales típicos en proximidad espacial y temporal, siendo una la lesión de bien jurídico protegido según el propósito del autor”.

homogeneidad entre sí y con sentidos difícilmente unificados— como una conducta unitaria que se adecúa desde la perspectiva jurídica a la respectiva descripción típica. Ya se aludió: (i) a los tipos de varios actos compuestos de carácter mixto o complejos en sentido estricto; (ii) a los complejos; (iii) a los tipos penales de conceptos o descripciones globales; (iv) a los de medios simbólicos; y, (v) a la unidad de conducta omisiva (comisión por omisión). Desde luego, una vez analizada su naturaleza material, salta a la vista que de no ser por la voluntad del legislador, estas conductas desde la perspectiva material implicarían una verdadera pluralidad de acciones (incluso heterogéneas) independientes y en muchos casos inconexas entre sí.

Aun más, si la doctrina penal considera el delito continuado como una modalidad de acción en sentido amplio, aun cuando ésta suponga acciones homogéneas en forma relativa, sucesivas y finalmente dependientes, entonces no parece equivocado calificar la unidad típica como un supuesto incluso más amplio, desde una perspectiva material, que la unidad de acción continuada. Para concluir, se debe reconocer con CHOCLÁN MONTALVO que “[s]iempre resultará difícil determinar cuándo una sucesión de actos responde a una única decisión volitiva y están lo suficientemente vinculados espacio-temporalmente como para afirmar una unidad natural de acción que, en consecuencia, permita una valoración unitaria del suceso, o cuando aquellos actos deban unificarse como objeto de valoración según el sentido de los tipos penales”²²⁶.

Y, en segundo lugar, se puede verificar la misma acción como un *único proceso ejecutivo material*, así entre los actos ejecutivos exista solución de continuidad, cuando tal unidad se deduzca de la interpretación, conexión y proyección final de la manifestación externa de diversos actos ejecutivos seriados y progresivos desde la perspectiva social. Y luego, en sede de tipicidad, como proceso unitario que igualmente se compadece con el contexto situacional final-social de acción u omisión que requiere formal y materialmente el hecho concreto, tomando como referente el bien jurídico tutelado. Proceso ejecutivo unitario que comporta un solo injusto material

²²⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p 127.

en sentido normativo. Es decir, nace de una acción natural llevada a cabo en cámara lenta, en la que el aspecto subjetivo y el sentido situacional de la acción en la realidad social, que luego coincidirá con el del tipo, sirven como conexión o factores de unificación. En este caso, se presenta una unidad de sentido comportamental que bien puede conducir a la afectación unitaria o plural de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, como sucede en las hipótesis de: (i) delito continuado²²⁷; (ii) delito permanente; (iii) delitos colectivos; (iv) delitos de organización; (v) unidad de acción por abrazadera o unidad de acción medial.

En estas hipótesis, la acción o su unidad jurídica viene determinada por el injusto material, no por la voluntad del legislador a través del tipo formal. Así las cosas, aunque resulta evidente que en las hipótesis formales y materiales de conducta ontológica y normativa en sentido amplio el agente va más allá de una interpretación gramatical, exegética o literalista²²⁸ de la realización simple del sentido social proyectado por la acción u omisión (de la cual una especie es el verbo rector), es decir, de la unidad de conducta en sentido estricto o del proceso ejecutivo; en realidad, no se excede desde la perspectiva sistemática ni normativa el entorno del cual depende el sentido unitario situacional —material— que requeriría el respectivo supuesto de hecho, evaluado desde la perspectiva final y social de la conducta en su conjunto y del plan criminal. Por supuesto, sin llegar al extremo de afirmar que el tipo penal deberá determinar la acción, o que ésta deberá determinarse sin consideración a otros elementos ontológicos como la finalidad, la unidad o pluralidad de conductas.

En este sentido, se puede afirmar que si bien la acción única y la unidad de conducta cumplen una función conceptual semejante en el ámbito de la

²²⁷ Vid. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 860: “[h]ay otro supuesto de unidad de la conducta, que tiene lugar cuando con una interpretación racional de los tipos penales, surge que en caso de reiteración de la conducta el alcance de la norma no llegue a darle el valor de una reiteración de la tipicidad sino el de un aumento del contenido del injusto del hecho, que resulta de una mayor afectación del bien jurídico, por supuesto que esta unidad de acción —como cualquier otra— habrá de suponer también una resolución única, o sea, el elemento final. Este caso es el denominado delito continuado [...]”.

²²⁸ Sobre la interpretación literalista de la norma, *vid.* DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *La letra y el espíritu de la Ley*, Biblioteca Jurídica Uniandina, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho-Temis. Ed. Uniandes, 2008.

teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades, su confusión puede implicar una penalidad más grave y desproporcionada al tratar los supuestos de unidad de acción como eventos de pluralidad de conductas desde una perspectiva ontológica pura o como unidades de acción en sentido procesal, que pueden ser más amplias (p. ej.: un concurso medial entre delitos continuados o permanentes)²²⁹. Desde luego, la valoración de “diagnóstico” o prognosis mencionada corresponde hacerla a los jueces y tribunales en el momento procesal de valorar los hechos y determinar luego su posible tipicidad (todavía no su tipicidad efectiva), de acuerdo con los supuestos típicos previstos en la parte especial de cada ordenamiento jurídico nacional.

En cualquier caso, si bien es cierta la dificultad de precisar la integración de la unidad de acción según el sentido (final y social) del mismo contexto de la acción y la omisión, ello no significa que dicha operación sea imposible o que esta se sustraiga al control de los principios de razonabilidad, proporcionalidad o necesidad. Un buen ejemplo de ello se advierte en la jurisprudencia colombiana que, con buen criterio jurídico y de manera consistente, ha interpretado los delitos patrimoniales: así, la CSJ PENAL, sent. del 29.06.1999, e12591, M. MANTILLA, precisa que la realización única del tipo (en este caso de estafa), no se excluye porque “[...] el sujeto activo realice múltiples y repetitivos actos para la obtención de un solo propósito defraudador que se mantiene y materializa en el tiempo con fraccionados logros [...]. El engaño es único y también único es el dolo en estos casos, pues la materialización de cada acto no deshace el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único”²³⁰.

(3) En fin, por fuera de estos casos se deberán determinar —salvo regulación típica en contrario— una pluralidad de conductas independientes, autónomas y completas y, por ello mismo, un concurso real

²²⁹ La tendencia de considerar la acción continuada como una acción procesal es de antigua data. *Cfr.* PETER BRINGEWAT, “Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe und Fortsetzungszusammenhang”, en *JZ*, 1979, pp. 557 y ss.; DIETRICH y ULRICH MANN, “Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung”, en *ZStW*, 75 Band, 1963, pp. 251 y ss.

²³⁰ En *JD*, núm. 332, ago. de 1999, p. 1431.

de tipicidades. Sobre el particular, MEZGER afirmó que “[e]xiste pluralidad jurídico-penal de acciones cuando varias acciones en sentido natural no vienen a reunirse en una unidad jurídica [...] La determinación del concepto de pluralidad de acción resulta *per exclusionem*, y rige, en tanto, sin excepción alguna”²³¹. Admonición que, de forma necesaria, implica precisar aquella otra aseveración, en cuya virtud se sostiene que la unidad de acción en sentido amplio también se estructura por exclusión, es decir, cuando no es posible estructurar una conducta única o una unidad de acción en sentido estricto. Como lo indica JAKOBS: “[...] en la unidad de acción sólo se llega a la adición de varias realizaciones de tipo si no cabe resolver el suceso a través de adición dentro de una sola realización de tipo”²³².

Ello supone dos consideraciones: a) la pluralidad de conductas y la unidad de acción en sentido amplio (proceso ejecutivo unitario) no son conceptos análogos que tengan la misma naturaleza negativa. Se trata de conceptos ontológicos y normativos que se rigen por el principio de alteridad sustantiva (desvalor de acción), aun cuando ambas puedan implicar en sentido fisiológico-causal una pluralidad de actos naturalísticos diferenciables. De hecho, la exclusión de la conducta única, de la unidad de conducta en sentido estricto y de la unidad de conducta en sentido amplio, tendrán como consecuencia lógica común apreciar una pluralidad de conductas. Algo que resulta desde una perspectiva sistemática distinto al número de tipicidades resultantes (porque el número de acciones no determina el número de tipicidades y viceversa), pues la pluralidad de conductas luego puede implicar la existencia de un concurso real de conductas típicas y la unidad de acción en sentido amplio un concurso ideal o un delito continuado, según la naturaleza del bien jurídico afectado.

Y, b) la conducta única, la unidad de conducta ejecutiva y el proceso ejecutivo unitario, son conceptos que pertenecen —en sentido valorativo— a una misma categoría: la unidad de acción ontológico-normativa. Ello supone concebir conceptos que no se rigen por la alteridad o la

²³¹ MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 374; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 88.

²³² JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1088.

subsidiariedad²³³, sino por la alternatividad derivada de su propia estructura material, por lo cual la aplicación de una u otra categoría no se da por exclusión sino en virtud de la interferencia que suponen entre sí, en razón de la estrechez o amplitud valorativa para abarcar la conducta objeto de análisis típico. En otras palabras: los grados de unidad son objetos de adecuación que se solapan entre sí, desde el rango de la unidad de conducta más amplia hasta el de la conducta única. Así las cosas, la inaplicabilidad de la unidad de acción para dar cabida a una conducta única sólo supone reconocer los verdaderos presupuestos objetivos y subjetivos de la clase de unidad, sin salirse de la valoración de la unidad. Ello, guardadas las proporciones, implica que los conceptos de conducta única, unidad de acción como unidad de conducta ejecutiva y unidad de acción en sentido amplio, como proceso ejecutivo unitario, sean autónomos, irreductibles entre sí, aunque interdependientes en el género que los abarca, desde el punto de vista ontológico-normativo. Prueba de ello es que la acción única puede constituir un concurso ideal sin recurrir a los casos de unidad de acción en sentido amplio, los eventos de unidad de conducta en sentido estricto también pueden llegar a ser casos de delito único o concurso ideal, y los casos de unidad de conducta en sentido amplio pueden llegar a ser, según la valoración típica, delito continuado o concurso ideal.

Por ello, no es adecuado recurrir a las hipótesis de unidad de acción en sentido amplio (entiéndase, por ejemplo, un delito continuado o el delito permanente), cuando el hecho implique una conducta única, como en los eventos de “unidad de realización típica amplificada cuantitativamente, es decir, por intensificación cuantitativa del injusto” iterativo. Por igual motivo resulta más grave y desproporcionado, en términos sustantivos, tratar como pluralidad a la unidad o viceversa, que tratar como unidad de acción a una conducta única aunque ambos sean conceptos diferentes en términos valorativos y tal vez —por decisión del legislador— punitivos.

²³³ Expresa el sentir de la doctrina mayoritaria CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 143, cuando apunta: “[...] cabe hablar de una aplicación subsidiaria de la conexión de continuidad”. En cualquier caso, si lo que se busca es la autonomía de la acción continuada respecto de otras figuras (de conducta) unitarias, no parece que a ello contribuya su concepción como figura subsidiaria, sino más bien como figura alterna o especial en el género de la unidad ontológico-normativa.

De hecho, negar las semejanzas (de género) que suponen los distintos grados de la acción unitaria y plantear dichos grados en términos de absoluta exclusión, con ignorancia de su complementariedad, además de enviar mensajes político-criminales equívocos, es lo que permite considerar al delito continuado como una derivación de la pluralidad de acciones. Esta dicotomía genera que los tribunales asuman posturas jurídicas vacilantes respecto a la aplicación de una unidad de acción o un delito continuado, sobre todo cuando se trata de conductas punibles de naturaleza sexual.

(4) En el ámbito del delito continuado, entonces, vale la pena insistir en que no se puede confundir el nivel de análisis donde se precisa la unidad de conducta como objeto de valoración jurídico-penalmente relevante unitaria o plural (recuérdese que para el autor el concepto es bifuncional, pretípico y prejurídico), con aquel en cuya virtud se valora el objeto (conducta única o unitaria) en el ámbito de la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades²³⁴. Es necesario distinguir, entonces, la conducta como presupuesto del delito continuado, del delito continuado mismo como objeto final de la valoración del operador jurídico. De lo contrario, se deberá aceptar que la unidad de acción resulta determinada desde la perspectiva típica en todos los casos, al depender de los criterios puramente normativos que permiten la unidad o pluralidad de infracciones penales. Es más, sustentar tal indistinción implica afirmar que el concepto de unidad de acción varía si se trata de un caso de unidad delictiva o de un evento de pluralidad criminal; por eso, esta teoría no podrá decir que las hipótesis de delito único y el concurso ideal tienen un elemento común en la unidad de acción²³⁵.

²³⁴ Sobre el particular, aunque parta de una concepción de unidad de acción típica, *cfr.* GONZÁLEZ RUS, “Comentarios...”, *ob. cit.*, p. 941: “[e]l «hecho» es un concepto empírico, que hace referencia a una realidad, a algo que ha sucedido y que es apreciable por los sentidos. «Infracción», por el contrario, es un concepto jurídico, el resultado de la valoración que el Derecho penal hace de un acontecimiento. El «hecho» constituye, pues, el objeto de la valoración que lleva a cabo el tipo penal, por lo que sólo este puede servir para delimitarlo”. Esta doble dimensión debe ser tenida en cuenta, y el sentido propio que corresponde a cada perspectiva, con el fin de evitar los eventuales equívocos que puedan derivarse de una interpretación puntillosa de los términos [...]”.

²³⁵ *Cfr.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 395 y ss., al afirmar que: “[a] nuestro modo de ver el error de la mayor parte de la doctrina ha sido partir de la idea (en principio correcta) de que el concurso ideal y los supuestos no concursales tienen un elemento común que es el de la unidad de acción y desdoblarlo para poder explicar, por un lado, las hipótesis de unidad delictiva y, por otro, las de pluralidad delictiva”.

Como ya se ha dicho, la determinación de la unidad y pluralidad de realizaciones típicas debe dejar de lado —en principio— la determinación de la unidad o pluralidad de acciones. Ello se advierte cuando en el nivel de análisis de la unidad o pluralidad de tipicidades, el criterio normativo de la interpretación de la identidad aparente que se corresponderían con el sentido social —situacional cognoscible del contexto de acción u omisión final de determinada clase, particularmente la que denota el tipo penal infringido, ya no se analiza a título de *prognosis* como referente que permite verificar si las acciones son realmente homogéneas como para poder ser consideradas como un proceso ejecutivo unitario, como ocurre en la teoría de la unidad de conducta en sentido amplio o estricto, sino que en verdad determina la atribución de valoración típica de la infracción penal, al ser complementado²³⁶ por los baremos normativos de: la naturaleza del bien jurídico, la necesidad político-criminal de abarcar completamente el injusto total de la conducta y la prohibición de doble valoración del hecho. Criterios básicos que sirven para establecer si dicha unidad de acción implica un aparente concurso de tipicidades —una tipicidad única—, una infracción continuada (unidad de conducta en sentido amplio y unidad de infracción típica) o si se configura un concurso ideal o real de tipos —pluralidad de infracciones independientes precedida por una conducta única, una unidad de conducta o una pluralidad de conductas, o unidades de conducta independientes—.

A esta postura podría objetarse que la determinación de la unidad de conducta (al margen de prerequisites ontológicos), ha de hacerse desde el tipo penal infringido, dado lo cual no puede compartirse el establecimiento de dos niveles ontológico normativo y típico, cuando el primero ya implica desvaloraciones típicas. Ello naturalmente supone un punto de partida contrario al asumido aquí, en el sentido de que en este ámbito deben

²³⁶ En sentido similar, MITSCH, “Konkurrenzen... *ob. cit.*, p. 388, indica que sólo el número de acciones es influenciado por la unidad de acción natural, no sin embargo el número de infracciones penales; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 114, por su parte señala: “[...] entendida la unidad de acción como criterio para determinar cuándo una sucesión de actos por su inmediatez y estrecho contexto espacio-temporal deben ser considerados un solo hecho como objeto unitario de valoración jurídica, de suerte que nada decide aún sobre la unidad o pluralidad de realizaciones típicas [...]”.

asumirse posturas normativas que lleven finalmente a acoger la acción típica. Recuérdese que definir no es todavía juzgar.

Sin embargo, ni siquiera JAKOBS llega a esta postura en la determinación de la conducta única o de su pluralidad, al afirmar en el primer supuesto que: *“no se trata de acciones necesariamente típicas, sino de acciones como producción evitable de cualesquiera resultados (las llamadas acciones en sentido natural, teniendo que ser además acciones típicas estas acciones no necesariamente determinadas típicamente, si ha de llegarse al concurso”*²³⁷. Desde luego, su incoherencia radica en asumir luego, de nuevo, una postura típica para la unidad de acción en sentido amplio, que incluso nada tiene que ver con la teoría de la evitabilidad²³⁸. Pero ello obedece a la su postura sobre el sentido amplio de la unidad de acción.

Además, pueden hacerse las siguientes observaciones: (i) Si se parte de que el tipo y la acción son estructuras diferentes, que la acción es pretípica y que el concepto de acción es bifuncional (final-social en los niveles de la determinación de la existencia y relevancia y el de los concursos), no sería lógico en este trabajo mantener que sólo el segundo nivel tiene una estructura típica mientras que el primero tiene una estructura pretípica y prejurídica. En ambos habrá de mantenerse la coherencia que supone la valoración de la acción como preexistente en unidad o pluralidad.

(ii) Se reitera la importancia de hacer la diferencia entre el objeto de valoración y la valoración del objeto, también, en el análisis de la conducta única o plural. Debe mantenerse igualmente la distinción entre la ubicación típica y el juicio de tipicidad. Recuérdese que la doctrina considera que la acción y la tipicidad son conceptos que cumplen funciones distintas, tanto desde el punto de vista del plano de las categorías, como desde la perspectiva de las funciones que adquieren a partir de la valoración del objeto.

²³⁷ JAKOBS, *Derecho...*, ob. cit., p. 1075.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 1077 y ss.

(iii) Finalmente, es muy discutible afirmar que el elemento normativo que se analiza en los distintos niveles de la acción (existencia y relevancia/unidad o pluralidad) sea el mismo *ídem*. Dicho en otras palabras, no es fatalmente cierto que para la unidad o pluralidad de acciones sea necesario analizar todos los elementos que se requieren para predicar la tipicidad. Además, no se puede olvidar que la finalidad de la valoración es distinta en sede de la acción y en la tipicidad.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que las consideraciones político criminales no afectan la unidad de conducta en sentido amplio (llámese continuada o no), sino la unificación típica que da lugar al delito continuado como infracción continuada. Ello se demuestra cuando la unidad de acción, como objeto de valoración, no se excluye o se fracciona porque se hayan lesionado bienes jurídicos de naturaleza “eminente personal”, o se hayan causado varios resultados (incluso materiales). En realidad, en sentido técnico, la afectación de varios bienes jurídicos personalísimos lo que demanda en el juicio de tipicidad —valoración del objeto conductual unitario o plural— es considerar la existencia de varias razones de protección normativa del sustrato personal que se tutela, que impidan la formación de una tipicidad única y demanden apreciar un concurso ideal de tipicidades precedido por una unidad de acción (en cualquiera de sus grados)²³⁹. De igual forma, es claro que el número de tipicidades no depende del número de conductas realizadas por el sujeto.

²³⁹ Cfr. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 712 (*Tratado*, p. 767). No obstante, K. ROTH-STIELOW, “Kritisches zur fortgesetzten Handlung”, en *NJW*, Heft 12, 1955, p. 450, plantea que el carácter como bien jurídico personalísimo o derecho económico no determina, sin embargo, los elementos de la unidad acción. De forma concreta, el contenido del bien jurídico marca el punto de quiebre en que actúa el perpetrador frente al bien jurídico del portador (t/l); CONTENTO, *Corso...*, *ob. cit.*, p. 714; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 67, subraya: “[...] la unidad natural de acción, entendida como unidad de comportamiento en sentido jurídico (no como «unidad típica»), no se ve afectada por la circunstancia de que resulten lesionados bienes personalísimos pertenecientes a distintos sujetos, pues esto incide sobre el número de realizaciones típicas, no sobre el número de hechos o acciones”. Sobre el particular, GONZÁLEZ RUS, “Comentarios...”, *ob. cit.*, p. 948: “[...] es obligado entender que lo que define la unidad de hecho reclamada en el concurso ideal es la unidad de acción, y que la misma no se rompe porque se produzcan varios resultados empíricos que dan lugar a varios delitos”.

De este modo, en la determinación del número de adecuaciones típicas (que luego podrán ser infracciones típicas, antijurídicas y culpables. CP, Art. 9.º, inc. 1.º), tienen un papel fundamental las reglas del aparente concurso de tipos; pero no en relación con la conducta en el sentido del concurso o su número, sino sobre la reducción o ampliación de los aparentes tipos concurrentes realizados mediante ella, tal y como ocurre en las hipótesis normales si se entiende que el delito continuado es un delito único precedido por una unidad de acción en sentido amplio.

IV. DIVERSAS HIPÓTESIS DE UNIDAD DE CONDUCTA

Por lo general, la doctrina considera como hipótesis de unidad de conducta, las siguientes²⁴⁰:

A. Los supuestos en los que el tipo penal describe diversas acciones o actos que, dada su relación de medio a fin, deben ser realizados de forma secuencial para apreciar el injusto jurídico legal realizado por el autor. En estos eventos, cada acto —como circunstancia o hecho agravante— sólo desarrolla una parte del tipo total, aunque cada acción en otras circunstancias típicas diferentes pueda constituir un tipo penal independiente. Son ejemplos de unidad típica de acción: el hurto con violación de domicilio (agravante o calificante), la falsedad de documento privado seguida de su uso o el hurto con violencia moral o física (circunstancias), entre otros. Son los denominados delitos de varios actos —*mehraktigen Delikten*— (delitos compuestos o complejos en sentido estricto) y los delitos complejos, en cualquier caso y a pesar de la caótica conceptualización, distintos de los primeros²⁴¹ [PCIt, Art. 84²⁴²].

Lo dicho también se aplica a los tipos compuestos de carácter mixto o de tipicidad reforzada, en los cuales el legislador exige, para calificar el comportamiento como típico, la realización alternativa de diferentes acciones rectoras previstas como formas de ataque contra el mismo bien

²⁴⁰ Sobre el tema, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 120 y ss.; VON BELING, *Grundzüge...*, *ob. cit.*, p. 66; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 711 y ss. (*Tratado*, pp. 766 y ss.); KIENAPFEL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 587.

²⁴¹ Sobre el tema, *vid.* FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, 12. ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, Milano, A. Giuffrè, 1991, p. 473: “[e]l delito compuesto de hecho es un delito, simple o circunstanciado, que resulta constituido por el material de otros delitos” (t/l); también trata el delito complejo, pero como un evento propio del principio de especialidad, *id.*, *ob. cit.*, p. 476; ALBERTO CRESPI, FEDERICO STELLA, GIUSEPPE ZUCCALÀ et. al., *Comentario breve al Codice Penale*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2003, pp. 431-436; REYES ALVARADO, *El concurso...* *ob. cit.*, p. 252. El delito complejo excluye el concurso de delitos: CSJ PENAL, sent. del 13.08.1983, L. ALDANA, *GJ*, 2412; CSJ PENAL, sent. abril de 1961, *GJ*, XCV, p. 621 y CSJ PENAL, sent. del 03.08.0971, *GJ*, CXXXIX, núm. 2346 a 2351, p. 355.

²⁴² El Art. 84 del CPit, dice: “Las disposiciones de los artículos precedentes no se aplican cuando la ley considera como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes de un solo delito, hechos que constituirán, por sí mismos, delito” (t/l). Norma aplicable, como excepción, a las disposiciones sobre el concurso de delitos.

jurídico tutelado²⁴³. Así sucede en nuestro medio con los delitos de receptación [CP, Art. 447; CPE, Art. 368]; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes [CP, Art. 376; CPE, Art. 368]; lavado de activos o capitales [CP, Art. 323; CPE, Art. 301]; contrabando [CP, Art. 319]; violación a los derechos morales o patrimoniales de autor [CP, Arts. 270 y 271; CPE, Art. 270], etcétera.

B. Asimismo, deben considerarse como supuestos de unidad típica de acción, las hipótesis en las cuales el sujeto realiza, mediante varias acciones reiteradas o con la lesión de varios sujetos, aquellos tipos penales en los cuales la redacción comportamental contiene conceptos o descripciones globales —*Delikte mit Sammelbegriffen oder pauschalierenden Handlungsbeschreibungen*—, como p. ej.: “personas”, “tráfico”, “cultivo”, “importación”, “exportación” o “actos propios de una profesión” [CPE, Arts. 188.2 y 403]²⁴⁴, algunos delitos contra el derecho internacional humanitario que emplean conceptos como “ataques”, “actos de violencia”, “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, etcétera [CP, Arts. 135 y ss.; CPE, Arts. 608 y ss.], el delito de genocidio [CP, Art. 101; CPE, Art. 607] en el que la repetición de lesiones o atentados contra las personas pertenecientes al grupo no constituye un concurso de delitos de homicidio, sino una sola conducta típica omnicompreensiva de los delitos medios, y en el delito de estafa [CP, Art. 246; CPE, Arts. 248 y ss.]²⁴⁵.

²⁴³ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 246 y ss.

²⁴⁴ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 853, aunque se trata en realidad de excepciones a la normativa concursal, por la redacción típica.

²⁴⁵ Vid. CSJ PENAL, sent. del 11.12.2003, e19192, M. SOLARTE; CSJ PENAL, sent. del 18.12.2000, C. GÁLVEZ, *GJ*, acta 211: “[...] [l]a Corte entra a reiterar una posición jurisprudencial en el sentido que afirma que la conducta del sujeto activo del delito de estafa puede estar o contener múltiples conductas defraudadoras, sin que esto signifique que no guarden una unidad ya que están encaminadas a obtener el mismo resultado. De esta forma, hay eventos en los cuales el agente realiza un comportamiento integrado por múltiples conductas defraudatorias, es decir, que el empleo de artificios y engaños se prolonga en el tiempo, recayendo sobre la misma persona natural o jurídica, resultando entrelazados por una finalidad y propósito comunes, de modo tal que la acción descrita debe ser considerada como única, así como único es el dolo que la enmarca en todo su desarrollo, sin que se pueda entender agotado en cada una de sus distintas manifestaciones, configurándose así un solo hecho censurable, que por lo mismo rechaza el fraccionamiento punible”.

Sobre el particular, la STS 357 del 19.03.2004 (RJ. 2004-1848), declara: “[e]n la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Si hay varias acciones de la misma clase todas quedan abarcadas en esa definición legal [...] En este delito que estamos examinando (artículo 275) se habla de quien «utilice en el tráfico económico una denominación de origen [...]». Esta expresión «utilice en el tráfico económico» tiene ese concepto global que acabamos de decir, de modo que una utilización repetida de esa denominación de origen no constituye un delito continuado”.

También, la STS 748 del 23.04.2002 (RJ. 2002-7016) indica, al considerar un delito de tráfico de drogas —venta de pastillas de éxtasis— ejecutado en el exterior de una discoteca durante unos minutos y frente a varios sujetos, lo siguiente: “según el criterio plasmado en la STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7593) no cabe apreciar la agravación punitiva del Art. 74 del Código Penal cuando la norma penal a aplicar es el Art. 368 del Código Penal. Dada la naturaleza de peligro abstracto de la conducta sancionada y la singular estructura típica del Art. 368 («actos —en plural— de cultivo, elaboración o tráfico», comportamientos que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten» el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o bien posesión de dichas sustancias con aquellos fines), ha de entenderse que la pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto no configura una pluralidad de delitos, sino que se integra en una conducta única, favorecedora, en mayor o menor medida, del consumo ilegal, adquiriendo relevancia solamente como factor de individualización punitiva” [En el mismo sentido SSTs de 03.03.2009 (RJ. 947-2009) para el tráfico de drogas con sustancias diferentes, 761 del 13.11.2008 (RJ. 2008-6752) respecto a la prostitución, 413 del 30.06.2008 (RJ. 2008-3764), 66 del 20.01.2004 (RJ. 2004-2163), 1082 del 11.06.2002 (RJ. 2002-6850), 601 del 04.04.2001 (RJ. 2001-2963), 674 del 18.03.1999 (RJ. 1999-2406), 1038 del

24.05.2000 (RJ. 2000-5771), 1660 del 26.10.2000 (RJ. 2000-8699) y 1018 del 30.07.1999 (RJ. 1999-7593)].

C. De igual manera, son eventos de unidad típica de acción aquellos tipos cuya realización requiere el uso de medios simbólicos, como, por ejemplo: la injuria por medio de la publicación de un libro [CP, Arts. 220 y 223; CPE, Arts. 209 y 211], o como sucede en la instigación pública a delinquir mediante la lectura de un discurso [CP, Art. 348].

D. También, pueden mencionarse las hipótesis denominadas como “realización iterativa del tipo penal” o de “permanencia necesaria” —wiederholte gleichartige Verwirklichung des gleichen Tatbestandes— o “realización sucesiva del tipo penal” —fortlaufender (sukzessive) Tatbestandverwirklichung—, como la existente entre diferentes actos que, desarrollados como una sola ejecución sin solución de continuidad los primeros y con conexidad espacial y temporal estrecha los segundos, se presentan en el curso de una progresión delictiva unitaria desde actos previos ya punibles hasta la consumación²⁴⁶.

Desde el punto de vista típico se trataría, en realidad, de verdaderos casos de aparente concurso por subsidiariedad tácita, en los cuales se impide que los actos intermedios alcancen un significado valorativo autónomo para ser absorbidos por el injusto total perseguido (injusto unitario por intensificación cuantitativa), considerada la finalidad del agente en el caso concreto²⁴⁷. Así, la STS 1448 del 11.10.1999 (RJ. 1999-7029) afirma: “[l]a

²⁴⁶ Vid. SOWADA, “Probleme...”, *ob. cit.*, p. 248; MORO, *Unità e pluralità...*, *ob. cit.*, p. 107, precisa que en la progresión criminosa “[...] se verifica sólo un fenómeno de continencia de una forma criminosa en la otra, con la consecuencia de poner fuera de consideración la menor” (t/l); MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 639; ROMERO SOTO, *Derecho...*, vol. II, *ob. cit.*, p. 381, distingue entre el delito progresivo y la progresión criminosa; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 859. Trata de distinguir la iteración de la sucesividad, y la sucesividad del delito continuado: PERCY GARCÍA CAVERO, *Derecho penal Económico*, Parte General, 2ª ed., T. I, Lima, Grijley, 2007, pp. 860-861 y 866-867.

²⁴⁷ Sobre el particular, *cfr.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 389, afirma que en realidad la doctrina mayoritaria exige una simple intensificación, incremento o aumento cuantitativo del injusto, fundados por una finalidad motivacional unitaria. Todo ello, siempre y

unidad de hecho es perfectamente compatible con su fragmentación en variedad de actos que en cuanto repetición o progresión puede incrementar cuantitativamente la gravedad objetiva del hecho pero no por ello desborda la unidad típica existente”²⁴⁸.

Un ejemplo discutido de unidad típica de acción es el caso del sujeto que, con la intención de causar la muerte de su enemigo, lo espera al salir de su casa y le dispara de manera fallida razón por la cual decide intentarlo unos kilómetros más adelante donde, también, vuelve a errar el disparo; al final, decide esperarlo a la entrada de la oficina donde logra causarle la muerte; así mismo, los eventos de maltrato intrafamiliar que comprenden varios actos —un mero plus de peligro frente a la muerte o el maltrato, o, como lo expresa la doctrina, una intensificación del peligro en el contexto del suceso

cuando no se trate de bienes jurídicos personalísimos. La misma autora se expresa contraria a calificar estos supuestos como hipótesis de unidad típica de acción, *ibidem*, p. 396.

²⁴⁸ *Vid.* SSTS de 16.04.2009 (RJ. 1979-2009); de 15.10.2009 (RJ 2009-6528). También la STS 820 del 23.06.2005 (RJ. 4147-2005): “[e]fectivamente, esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad material de acción que ahora prevalece en la doctrina, por lo que no cabe hablar cuando se dan tales presupuestos ni de pluralidad de delitos, ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve. (S. 19-6-99). En definitiva, es la unidad típica y no la continuidad delictiva, la determinante de la calificación de los hechos. Criterio éste que recuerda la STS 1560/2002 de 24.8, en el sentido de considerar un delito unitario y no continuado en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no diversas ocasiones idénticas que caracteriza la continuidad, entendiéndose que en dichas circunstancias no hay una pluralidad de acciones, sino una sola desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción. Ocurre algo semejante a lo que se produce cuando en unas injurias hay diversidad de expresiones injuriosas, o en unas lesiones que no dependan del número de golpes que se repiten incluso contra diversas partes del cuerpo o un hurto o robo con sustracción de objetos distintos. En estos casos, cabe graduar la pena en más o menos según la gravedad objetiva del hecho dentro de las facultades que el Legislador confiere al Juzgado o Tribunal, pero no puede hablarse de la existencia de varios delitos. Finalmente la STS 504/2004 de 23.4, precisa que los supuestos de penetraciones que son consideradas como un solo delito sobre una traslación del concepto normativo de acción y no del concepto de unidad natural de acción, (pues en ese caso, habría dos acciones naturales, y no una jurídicamente reprochable), apreciándose no delito continuado, sino unidad material de acción”. También la STS 623 del 01.06.2006 (RJ. 2006-4424), en la que se evoca una acción única, una iteración de acceso que se desarrolla en forma progresiva según el concepto de unidad natural de la acción.

unitario vital: einheitliche Lebensvorgang—²⁴⁹. En estos casos sólo se podrá verificar la existencia de una sola acción y un delito de homicidio o de maltrato.

Parte de la doctrina sobre el delito continuado considera que la diferencia entre estas modalidades de unidad de conducta, radica en que el delito continuado se estructura por una pluralidad de acciones diversas desde el punto de vista ontológico, cada una de las cuales implica un delito independiente. Como se verá, en realidad la diferencia no es tan radical cuando se entiende que el delito continuado es una unidad sustantiva que, de igual forma, implica un injusto unitario con ejecución fraccionada y lesión progresiva (unidad de acción amplia y unidad de injusto) [STS del 11.04.1989 (RJ. 1989-3093)²⁵⁰]; es decir, una indeterminada pluralidad unificada de manifestaciones volitivas unificadas dirigidas hacía el mismo resultado injusto. Desde esta perspectiva, la diferencia entre el delito continuado y estas especiales modalidades de tipicidad única radicaría: (i) en la clase o grado de unidad de conducta: el delito continuado estaría precedido por una unidad de conducta en sentido amplio, es decir, un proceso ejecutivo unitario, mientras que los delitos progresivos en sentido estricto tendrían, como base ontológica, una unidad de acción en sentido estricto o, lo que es lo mismo, una unidad de conducta ejecutiva; (ii) la extensión o estrechez temporal de las acciones, es decir, la discontinuidad temporal razonable que caracteriza a la continuación delictiva; y, (iii) el tratamiento punitivo que recibirían dichas unidades de acción en su grado.

²⁴⁹ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 49.

²⁵⁰ Dicha sentencia afirma: “[...] figura de la progresión delictiva si bien abarca una pluralidad de actos, éstos se encierran en una sola acción delictiva, pese a que en sí mismos considerados supongan ya un delito de inferior rango, pero que al estar englobados en una sola y ascendente dirección de ataque quedan absorbidos en aquel resultado delictivo final (lesiones respecto del homicidio, abusos deshonestos respecto de la violación, etc.). La situación es completamente distinta si en lugar de una sola acción se dan una pluralidad de acciones, las que, con cierta semejanza a lo antes expuesto, aún pueden ser consideradas como un delito continuado, si concurren los requisitos unificadores de tal figura. Finalmente, si falta alguna de tales conexiones, bien sea la de unidad del bien jurídico atacado, bien la del precepto penal violado, habrá que dar paso al concurso de delitos, ya real, ya ideal. [...]”.

E. Hay unidad de conducta en sentido amplio —la misma acción ontológico-normativa— en los tipos de conducta permanente —Dauerdelikten—²⁵¹, en los cuales la realización de diversas acciones naturales homogéneas necesarias o eventuales con posterioridad a la conducta inicial, tienen como finalidad mantener o prolongar de forma ininterrumpida la condición ilícita (estado) consumada hasta su terminación, tal y como fue planeada por el autor para lograr algún propósito ulterior. En estos casos, todos los actos parciales —incluso sin repetir de forma integral los elementos de la conducta inicial— se corresponden desde las perspectivas normativa y social con la identidad situacional que prevé el tipo infringido y sus efectos, lo que implica considerar un único proceso ejecutivo o comportamental voluntario²⁵².

Asimismo, en estas hipótesis se puede verificar una infracción delictiva única, pues la unidad de conducta —ontológico-normativa— se traduce en una intensificación cualitativa sin intermisión de la lesión o el peligro para el bien jurídico tutelado en relación con el mismo titular (si son varios autores se trataría de un concurso ideal). Con ello subsiste una lesión unitaria frente a bienes jurídicos “eminente personales” que, por su forma de afectación, no precisan considerar dos ataques distintos contra el bien jurídico, desde una perspectiva político-criminal. Lo dicho, anula la virtual aplicación de varias figuras típicas homogéneas diferentes, por lo cual no es inexacto afirmar que se trata de una unidad típica de acción.

²⁵¹ Sobre el tema, PAZ LLORIA GARCÍA, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Estudios de Derecho Penal, Carlos Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2006.

²⁵² Vid. GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, pp. 363 y ss., considera estos supuestos como unidad jurídica de acción; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 712 (*Tratado*, pp. 766-767); KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1834; KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 706; REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der tat, Ein Lehrbuch, Teilband 2, 7. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe, Müller, 1989, p. 418 (*Derecho*, t. 2, p. 534), califican el delito permanente como unidad compendiadora de tipos penales; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 825-826; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52 pp. 18-19; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 814-815; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 87; CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 81; EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, “La terminación del delito”, en *ADPCP*, vol. XLVIII, fasc. I (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 155.

En este sentido se pronuncia la CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e17151, A. GÓMEZ y E. LOMBANA, cuando afirma: “[u]na característica esencial de un tal comportamiento apunta a que estructura un delito unitario, esto es, elimina toda posibilidad de cualquier forma de concurso, dado que —para hacer referencia a uno solo de los elementos del tipo penal— únicamente se lleva a cabo la ejecución de una exclusiva conducta típica, sin importar el tiempo de duración, o el lugar o lugares donde se ejecute, o el que en pleno desarrollo se sumen más partícipes, tal como sucede con el secuestro, en la medida en que este se consuma en el momento de la retención ilícita de la víctima, sin importar que la aprehensión física haya tenido ocurrencia en un determinado sitio y luego sea trasladada a otras regiones, donde finalmente se le libere o muera, así como tampoco interesa que luego de retenida concurren a su comisión nuevos actores, circunstancias estas que explican el porqué durante la retención es posible predicar igualmente la comisión del ilícito, lo que a su vez descarta que se pueda reducir o sintetizar la prédica de la ilicitud a la simple proyección de efectos”.

Ejemplos de tales delitos serían: el secuestro [CP, Arts. 168 y ss.; CPE, Arts. 163 a 168]²⁵³, algunas hipótesis de detención arbitraria [CP, Arts. 174 y ss], la conservación de droga que produzca dependencia con la finalidad de abastecimiento [CP, Art. 376]²⁵⁴, el delito de Testaferrato [CP, Art. 326 mod. y adicionado por las L. 733/2002, 785/2002 y 793/2002]²⁵⁵, entre otros; en los cuales el agente prolonga en el tiempo los actos necesarios para mantener de forma ininterrumpida la situación antijurídica creada. De igual forma, la doctrina alemana considera como delito de larga duración, en unidad de acción, la conducción prolongada de un automotor en estado de ebriedad durante un viaje²⁵⁶.

²⁵³ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 246.

²⁵⁴ Así, CSJ PENAL, sent. del 20.04.1999, e15381, J. GÓMEZ; CSJ PENAL, sent. del 16.03.1993, J. VALENCIA, en *GJ*, núm. 2464, t. CCXXIV, p. 268.

²⁵⁵ Vid. CSJ PENAL, sent. del 08.09.2004, e20249, M. SOLARTE; CSJ PENAL, sent. del 21.02.2002, e16867; CSJ PENAL, sent. del 18.01.2001, e17091, y CSJ PENAL, sent. del 12.12.2001, e14658; CSJ PENAL, auto del 09.11.1990, N. PINILLA.

²⁵⁶ Vid. respecto a los delitos de mera conducta y peligro en el tráfico, JÜRGEN SEIER, “Die Handlungseinheit von Dauerdelikten im Straßenverkehr”, en *NZV*, 3 Jahrgang, Heft 4, 1990, pp. 129-133.

Por supuesto, también es posible un concurso ideal entre delitos permanentes, p. ej.: cuando se secuestra a un grupo de personas con unidad de acción, como sucede en las denominadas “pescas milagrosas”; un concurso entre un delito permanente y un delito instantáneo, si se conduce en estado de embriaguez y se lesiona a un peatón (pues este acto no contribuye a la realización voluntaria del delito permanente)²⁵⁷, o viceversa, entre un delito instantáneo y un delito permanente, como en el hurto de un banco en el que se retienen personas sin necesidad de hacerlo para asegurar la consumación del apoderamiento²⁵⁸. También es posible un concurso ideal entre un delito de efectos permanentes y un delito permanente, cuando se profiere una resolución judicial contraria a la ley que produce una prolongación ilícita de la libertad o cuando se asesina al secuestrado²⁵⁹. En estos casos, la valoración de la naturaleza de los bienes jurídicos atacados demandará (desde el ángulo político-criminal) que la unidad de acción se adecúe a varias figuras típicas, con el fin de abarcar el desvalor total de la conducta realizada por el autor. Sin embargo, es discutible un delito

²⁵⁷ No en Colombia, pues los delitos de homicidio y lesiones culposas resultan agravados por la embriaguez [CP, Arts. 110, num. 1 mod. L. 1326/2009, Art. 1º, y 121], aunque con claridad constituye una violación del *ne bis in idem*, cuando el deber de cuidado (embriaguez) se constituye en el fundamento de la imprudencia (violación objetiva del deber de cuidado) y la causa de agravación por mayor desvalor de acción objetivo.

²⁵⁸ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 722 (*Tratado*, p. 778). En estos casos, se descarta un hecho posterior impune por comportar un daño no cobijado por la primera conducta. Sobre el aparente concurso entre el hurto y el secuestro simple, CSJ PENAL, sent. (madre) del 26.01.2005, e21474, M. PULIDO DE BARÓN.

²⁵⁹ Así, CSJ PENAL, sent. del 23.04.1987 G. GÓMEZ en *Compilación...*, *ob. cit.*: “en algunos eventos se debe precisar también si la conducta medio era jurídicamente evitable o no; si lo era existirá concurso, en caso contrario, supervivirá solo la adecuación típica que materializa el fin que se propuso el agente; este último caso tiene como ejemplo la realización de una sola conducta, que viola dos bienes diferentes, la administración pública y la libertad individual”. Sin embargo, GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 9 y ss., asimila el delito permanente o de duración a los delitos de “efecto o condición permanente” o de estado —Zustandsdelikte—, a pesar de que es clara la existencia de delitos de ejecución instantánea que producen efectos, sobre los cuales no se requieren otros actos parciales posteriores, para mantener su estado consumativo en el tiempo, como la falsedad documental. Cfr. CSJ PENAL, sent. del 05.05.1994, G. DUQUE, en *GJ*, vol. CCXXX, núm. 2469, p. 661, expone que: “[...] aclarándose en relación con este último ilícito (homicidio), que la permanencia de su efecto (muerte) no le permite su carácter instantáneo”. Discute la relación secuestro-homicidio: CSJ PENAL, sent. del 15.03.1985 G. GÓMEZ en *Compilación...*, *ob. cit.* A su turno, la STS 261 del 27.02.1995 (RJ. 1995-1425), estructura un supuesto de prevaricación y sus secuelas en la fase de agotamiento como un delito de estado y niega su calificación como delito continuado.

continuado de delitos permanentes, porque estos serán verdaderos casos de concurso de tipos²⁶⁰.

Así mismo, en el ordenamiento penal colombiano es posible apreciar una unidad típica de acción e infracción compleja entre un delito permanente y un delito de efectos permanentes, cuando “por causa o con ocasión” del secuestro extorsivo le sobreviene al sujeto pasivo la muerte; lo que implica como mínimo, para que éste resultado sea susceptible de imputación objetiva y de punición²⁶¹, que los secuestradores realicen una conducta que —con identidad parcial— pueda adecuarse a la privación de la libertad y que, por imprudencia, cause dicha muerte o impida su evitación con ocasión o en desarrollo del secuestro [CP, Arts. 168, 169 y 170, num. 10]. En este caso —por expresa voluntad del legislador— la agravante del secuestro consumiría desde las perspectivas formal y material el tipo acompañante de homicidio imprudente [CP, Art. 109], lo que reserva la aplicación de un solo supuesto complejo de secuestro extorsivo agravado que excluye —de forma cuestionable— la normativa del concurso ideal.

Ahora bien, si la muerte del cautivo es el resultado de una conducta dolosa, que no solo termine el secuestro sino que quede por fuera de la coherencia lógica de la unidad de acción permanente, se debe considerar un concurso de conductas típicas —pluralidad de acciones y de tipicidades— entre un secuestro agravado y un homicidio. Ello, no sólo porque el bien jurídico libertad no comprende desde el punto de vista valorativo la afectación dolosa del bien jurídico vida, sino porque el secuestro no comporta una solución de tutela más completa o avanzada que el homicidio doloso, desde la perspectiva de los principios de especialidad y consunción. Concurso que

²⁶⁰ En contra, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Parte General, t. 1, VOL. 2, revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández, 18ª ed., Barcelona, Bosch, 1981, p. 691, advierte que la continuación se admite para los delitos “[...] permanentes cuando cesada la permanencia se reitera el delito (por ejemplo, se comete un segundo rapto)”; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 561, puesto que es admisible la continuación de delitos permanentes “[...] todas las veces que aquellos resulten reiterados”; EDUARDO MASSARI, *Le dottrine generali del Diritto Penale*, corso di lezioni universitarie, Napoli, N. Jovene, 1930, p. 228; ARTURO SANTORO, *Manuale di Diritto Penale*, Torino, Utet, 1958, p. 544; OTTORINO VANINI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Firenze, Carlo Cya, 1954, p. 266.

²⁶¹ No se puede olvidar que el CP, Art. 12, inc. 2.º, prescribe: “[q]ueda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

imposibilitará aplicar la agravante del Art. 170 num. 10, considerado el principio rector del *ne bis in idem*.

Menos odiosa resulta la configuración, en la misma norma, de un supuesto complejo entre secuestro extorsivo y lesiones personales que sobrevengan al sujeto pasivo “por causa o con ocasión” de la privación de la libertad, siempre que las mismas —como hecho acompañante— sean inherentes a la violencia física o moral que supone la privación de la libertad y sean consecuencia del dolo o la imprudencia de los secuestradores —como cuando se utiliza violencia para impedir la fuga—. En este caso, la conducta dolosa que ocasiona lesiones guarda identidad parcial y coherencia con la privación de la libertad, lo que no sucede con la producción dolosa de la muerte del cautivo. Sin embargo, si tales lesiones suponen la ejecución de una finalidad distinta como, por ejemplo: obtener información o confesión del sujeto pasivo, castigarlo por un acto por él cometido, intimidarlo o coaccionarlo por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, deberá apreciarse un concurso de conductas típicas entre un secuestro extorsivo y tortura [CP, Arts. 178 y ss]. Desde luego, no podrá sustentarse una unidad de acción cuando, durante la realización de un delito permanente, se ejecute otro comportamiento típico cuya acción no sirva para fundamentar, desarrollar o conservar el estado antijurídico, o no coincida en ningún punto con la conducta permanente. En estas hipótesis se deberá imputar un concurso real de tipos entre el delito permanente y el tipo respectivo.

Para terminar, si la permanencia del estado antijurídico propio de la consumación del tipo se interrumpe por un breve lapso —la huida momentánea en el secuestro o la fuga temporal de la prisión—, resultará fundamental determinar si la reanudación de los actos ilícitos busca prolongar o no la misma consumación típica como parte de la decisión anterior del agente —plan criminal—; de lo contrario, si se trata de una nueva dirección de la voluntad, se debe ver desde la perspectiva normativa un nuevo ataque contra el bien jurídico tutelado que, al terminar la condición ilícita anterior, por cuenta del corte material de los actos

realizados, comienza otra acción desde el principio, aunque se encuentre en estrecha contextualidad con la precedente²⁶².

De otro lado, la diferencia entre el delito permanente y el delito continuado radica no en la unidad de acción²⁶³, porque en ambas subsiste desde un punto de vista ontológico-normativo en sentido amplio (o típico en el delito permanente), sino porque ambas figuras suponen una forma distinta de perturbar el bien jurídico tutelado. De este modo, en el delito permanente la unidad de conducta implica una afectación sin intermisión que mantiene el estado antijurídico que generó el acto original; mientras que la unidad de conducta en el delito continuado supone una afectación intermitente o progresiva, que perfecciona la consumación total del injusto de manera progresiva de acuerdo con el plan del autor²⁶⁴. Por lo demás, el delito permanente afecta por lo general bienes “eminentemente personales”, mientras que el delito continuado solo debería admitirse —desde una perspectiva político-criminal— cuando atenta contra bienes jurídicos que, por su naturaleza, no impidan conformar un injusto unitario, con independencia del número de sujetos pasivos afectados. Es más, si se trata de formas de lesión sin intermisión —permanentes— respecto a bienes jurídicos no “eminentemente personales”, no habría problema en admitir la realización de un delito único.

Un ejemplo de confusión dogmática en la materia, lo proveía la L. 707/2001 (Colombia), Art. III, inc. 2.º, cuando indicó que la desaparición forzada de personas [CP, Art. 165 mod. L. 890/2004, Art. 14 tipo nacional] era considerada como un delito continuado —que afecta bienes jurídicos

²⁶² Vid. GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 363. Sobre los delitos de tráfico, SEIER, “Die Handlungseinheit...”, *ob. cit.*, p.133; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 386.

²⁶³ Desde otro punto de vista, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 81, considera que “[...] ambas categorías tienen de común responder a situaciones de pluralidad fáctica que por razones jurídicas son consideradas como una sola acción. Pero la unidad típica que da lugar a la relación de continuidad es más amplia que la que resulta de la simple interpretación del tipo penal. De esta forma, la relación de continuidad permite considerar como un solo hecho una pluralidad de unidades típicas de acción, y, por ello, un delito continuado puede englobar varios delitos permanentes”. Algo en realidad muy dudoso, por la distinta forma de lesión al bien jurídico que admiten ambas formas de realización delictiva.

²⁶⁴ Vid. VINCENZO MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, vol. 3, Primera Parte, Teorías generales, Santiago Sentís Melendo (trad.), Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier (notas), Buenos Aires, Ediar, 1949, pp. 425 y 426.

personalísimos— o permanente²⁶⁵. Es claro que se trata de un delito permanente cuya estructura es similar a los delitos de secuestro o prolongación ilícita de la libertad, que no puede ostentar ambas calidades al mismo tiempo. En fin, desde el punto de vista terminológico, el denominado delito continuado, desde la perspectiva del bien jurídico, debería llamarse “delito progresivo”, mientras que el delito permanente podría denominarse “continuo”²⁶⁶ en sentido técnico y semántico, porque al fin de cuentas ambos son dos formas distintas y especiales de realizar el tipo de delito de que se trate, al mediar una unidad de conducta ontológico-normativa en sentido amplio.

F. Por regla general, se entiende que existe conducta en sentido estricto (natural) en las infracciones imprudentes²⁶⁷, cuando el sujeto sólo ha causado un resultado típico, al mediar varias infracciones al deber de cuidado exigible en el tráfico jurídico.

También, es posible apreciar una unidad cuando el sujeto realiza, previa violación del deber de cuidado exigible (en el respectivo tráfico jurídico) o varias violaciones sucesivas del mismo deber de cuidado objetivo —el conjunto del comportamiento riesgoso—, una conducta que produce múltiples resultados lesivos simultáneos, sea que afecten o no diversos bienes jurídicos homogéneos. Por ejemplo: la primera posibilidad se presenta cuando, por la violación al deber de cuidado, el sujeto no obedece la luz roja de un semáforo —incremento del riesgo— y causa la muerte a cinco personas —conducta única en concurso ideal—, mientras que la

²⁶⁵ La L. 707/28.11.2001, Art. III, inc. 2.º, ratificó “[l]a convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas” firmada por Colombia desde el 05.08.1994, y expresó que “Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

²⁶⁶ Vid. VON LISZT, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 148; MASSARI, *Le dotrine...*, *ob. cit.*, p. 228; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 793, afirma: “[l]a misma denominación de delitos continuado se presta a confusiones, ya que no se designa con ella un proceso de ejecución ininterrumpido, como a primera vista pudiera pensarse, sino, muy al contrario, una conducta interrumpida, es decir, una serie de acciones separadas por el tiempo”; CUELLO CALÓN, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 701.

²⁶⁷ Sobre el tema, *vid.* JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 713-714 (*Tratado*, pp. 768 y 769); JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1077; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, p. 817; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 408; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 572.

segunda posibilidad se presenta cuando el sujeto atropella de forma sucesiva a varios niños que salen de una escuela pública, causando la muerte a dos de ellos y lesionando a tres de manera progresiva en un mismo contexto situacional estrecho. Unidad de conducta que no se produciría si los accidentes fueran ocasionados en circunstancias separadas, durante un largo trayecto o un viaje, en las cuales sea posible verificar que el autor, entre los diversos resultados típicos, tuvo la posibilidad efectiva de actualizar el mandato de mantener el cuidado adecuado, inherente al deber debido.

En estos casos será necesario que el sujeto hubiese podido evitar los resultados de la misma manera. No obstante, tiene razón REYES ALVARADO cuando afirma que “[...] la condición temporal que se pretende imponer para determinar cuándo la persona tuvo o no la posibilidad de observar de nuevo el deber de cuidado exigible y de contera establecer la unidad o pluralidad de acciones en los delitos culposos puede resultar sencilla a nivel teórico pero de muy difícil aplicación práctica”²⁶⁸. Dicho lo cual, no parece lógico considerar una pluralidad de acciones por la ausencia del elemento temporal, que, como se ha dicho antes, resulta en esencia caprichoso y contingente, incluso tópico. Por tal motivo, no se comparte con el citado autor la conclusión a la que arriba, en el sentido de que, por ejemplo, en el caso de la desobediencia a la luz roja del semáforo, se deberá apreciar un concurso real de delitos precedido por varias acciones, toda vez que en estos casos se trata de la lesión de varios bienes jurídicos personalísimos como la vida²⁶⁹.

Desde luego, en los eventos de la primera hipótesis es evidente que, a pesar de existir una pluralidad de tipicidades, estas están precedidas por una única conducta como acción-decisión por la existencia de una finalidad unitaria que se materializa en la existencia de un único proceso ejecutivo, conforme

²⁶⁸ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 68. Por ello, *ibidem*, p. 69 aclara: “[I]o que en últimas queremos destacar con esta argumentación es que no debemos dejar la distinción entre la unidad o pluralidad de acciones en los delitos culposos al simple transcurso del tiempo, especialmente cuando el que puede transcurrir entre una conducta equivocada y la capacidad de corregirla y adecuarla a las exigencias sociales puede ser reducido a millonésimas de segundo y en el peor de los casos a segundos”.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 71.

al sentido del tipo de homicidio imprudente o culposo. En la segunda hipótesis, por el contrario, se deberá estudiar la posibilidad de apreciar una unidad de acción, pues en estos casos, como el criterio a determinar es diferente, pues se deberá valorar desde el punto de vista ontológico-normativo si el conjunto del comportamiento riesgoso o desaprobado es consecuencia de violaciones parciales o fraccionadas al deber de cuidado exigible, relacionadas entre sí en el mismo proceso ejecutivo como una cadena consecucional. Vale decir, que la primera violación del deber de cuidado tiene incidencia ejecutiva en la segunda violación al deber de cuidado y así, de forma sucesiva, de tal suerte que toda la unidad de riesgo materializada por la conducta puede ser evitada como un todo.

Por el contrario, si las violaciones al deber de cuidado son independientes o autónomas en la producción de los diversos resultados y, además, no existe una relación final entre ellas que les dé sentido extra-típico, se deberá concluir la existencia de una pluralidad de acciones ejecutivas, porque en realidad las violaciones o el conjunto de ellas como comunidad de riesgo no podrán ser contempladas como parte del mismo contexto situacional del tipo que permite la valoración social de la unidad de conducta. Ello no significa, desde luego, que no pueda existir una multiplicidad de tipicidades en concurso ideal, pues recuérdese que en el concepto de unidad de conducta asumido, la tipicidad no determina el número de conductas (salvo en la unidad típica de acción).

G. También se pueden presentar hipótesis de unidad de conducta típica en los eventos omisivos impropios —unidad de omisión—, cuando el sujeto, al infringir el deber de garante [CP, Art. 25], previa unidad subjetiva-final, omite de forma simultánea o sucesiva la acción legal debida y produce varios resultados típicos que pudieron ser evitados de manera conjunta con la misma medida de protección. De lo contrario, si una vez acaecido el primer resultado hubiere sido posible evitar los demás de forma independiente —mediante una segunda medida de protección diferente de la primera—, deberán apreciarse varias acciones e infracciones omisivas

diferentes²⁷⁰, salvo que la omisión de cumplir el primer deber jurídico aparezca, al menos, como una tentativa de omitir luego otro deber. Ejemplos de lo anterior serían: (i) el vigilante que, con deber de garante, contempla de manera pasiva como el saboteador destruye máquina por máquina de la empresa donde trabaja; (ii) el controlador aéreo que omite las señales respectivas, para que se estrellen el avión donde va su peor enemigo y provocar, al tiempo, la muerte de varios pasajeros. No podrá predicarse la unidad de acción omisiva si sólo se produce un resultado lesivo.

Por el contrario, se debería observar la existencia de una pluralidad de conductas omisivas impropias, en el caso del profesor de natación que por distracción u otra causa omite realizar las acciones de salvamento necesarias —desde un punto de vista objetivo— para evitar la muerte de dos alumnos suyos por ahogamiento en la alberca. Ello, una vez se considera que el profesor tuvo que haber desplegado dos comportamientos diferentes como actividades de salvamento. Sin embargo, el criterio de la “oportunidad de salvamento” no es pacífico²⁷¹, pues si bien puede funcionar en el plano teórico, en el práctico no resulta sencillo verificar —en algunos casos— si los diversos resultados hubieran podido ser evitados mediante una o varias acciones de salvamento por el autor o terceros. Esta dificultad puede tener consecuencias absurdas si se asume una posición subjetiva por parte del intérprete, pues si en el caso concreto se considera que el sujeto pudo haber realizado una sola acción de salvamento, tendrá que afirmarse una unidad de conducta omisiva; pero si se advierte que el sujeto no hubiera podido evitar los resultados mediante una sola acción, sino a través de

²⁷⁰ En este sentido, es necesario advertir que la omisión no se entiende como una ausencia de acción, sino como la realización de una acción final diversa de la acción mandada por la norma jurídico-penal. Al respecto, *vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 988; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 496; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 573; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1087; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 714 (*Tratado*, p. 769); MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 387; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 118; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 410.

²⁷¹ *Cfr.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 74: “en estos casos, la existencia de una o varias acciones quedaría reducida al simple criterio de cada una de las personas que estuvieran encargadas de juzgar la actitud del salvavidas; pero eventualmente no habría un criterio unitario para adoptar la determinación pues todo dependería de la solución que teóricamente cada uno pudiera proponer, lo cual no parece justo”. Desde luego, aquí no se comparte la postura de dicho autor en el sentido de que por haberse causado varias muertes por omisión, tengan que advertirse varias acciones independientes, aunque sí varios delitos.

varias acciones posibles, habrá que determinar una pluralidad de conductas en concurso de delitos.

Ahora bien, en tratándose de omisiones propias, la unidad de conducta se dará cuando el autor omita varias acciones de intervención simultáneas que podía cumplir de forma sucesiva²⁷²; o cuando los distintos deberes de acción pudieron ser cumplidos en forma simultánea. De esta forma, debe valorarse la conducta del padre que infringe varios deberes de prestar alimentos, mediante una única sustracción al deber alimentario, o cuando se omite prestar ayuda simultánea a diversos sujetos que se han accidentado.

H. También, se consideran casos de unidad de conducta, en sentido estricto, los supuestos de comportamientos finales homogéneos reiterados en breve espacio temporal —iteración inmediata del mismo tipo— que, pese a ser en apariencia autónomos, sólo implican una intensificación cuantitativa del injusto penal y, con ello, sólo una infracción típica —un solo delito— en análogas circunstancias de tiempo y lugar²⁷³. De hecho, la doctrina concibe estos casos de “unidad de acción natural” como la “hermana pequeña” de la unidad de acción continuada, o como eventos comprimidos de unidad de acción determinada por el contexto del tipo penal infringido²⁷⁴. Como lo advierte la STS 804 del 07.06.1997 (RJ. 1997-4869), en estos asuntos juega un papel fundamental la unidad del elemento subjetivo unificador:

“La doctrina de esta Sala viene señalando que en los supuestos en que una pluralidad de acciones no rompe la unidad de la conducta por responder a

²⁷² Vid. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 860. Aspecto criticado por REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 73, al señalar que dicho criterio “no es más que la diferencia que siempre ha existido entre estas dos clases de omisión penalmente reprochables y no una diferenciación propia de la forma de identificar en ambos casos la existencia de la unidad o pluralidad de acciones”.

²⁷³ Sobre el particular, WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 289 y ss.; MARCO BOSCARRELLI, *Compendio di Diritto Penale*, Parte Generale, 6ª ed. riv. e aggiornata, Milano, A. Giuffrè, 1988 (1985), pp. 238 y 239: “[...] la solución es que la realización plural y sucesiva de los extremos de un cierto hecho delictivo en un único contexto no comporta una pluralidad de hechos, sino un solo hecho, articulado en actos múltiples, todas las veces que único sea el sujeto pasivo, o que, pudiendo ser varios sujetos pasivos, como objeto de la tutela venga en consideración un interés que no concierna a atributos personales del sujeto pasivo” (t/l); RIZ, *Lineamenti...*, *ob. cit.*, p. 134.

²⁷⁴ Así, SOWADA, “Probleme...”, *ob. cit.*, p. 248 y 253.

un único plan del agente, la estimación unitaria del delito es adecuada y congruente por ser reflejo de un dolo unitario y así, en los casos de reiterados actos carnales que se realizan bajo un solo impulso erótico que se mantiene a través de un solo ataque, en una misma ocasión y en el mismo marco espacio-temporal, es posible la estimación de esos hechos como un solo delito. Pero si existen conductas diferenciables fruto de situaciones anímicas distintas y manifestaciones también de diferente dolo, renovado en cada caso, y también en cada ocasión aislado y separados por un hiato temporal los elementos del tipo delictivo, hay que estimar que se han producido acciones penales diferentes y existente una pluralidad de acciones penales separadamente conforme al tipo en que proceda subsumirlas (sent. de 21 junio 1991 [RJ 1991\5030], 28 abril 1992 [RJ 1992\3203], 4 octubre 1993 [RJ 1993\7270] y 26 abril y 22 noviembre 1994 [RJ 1994\3442 y RJ 1994\9141])”. [vid. SSTS. 1560 del 24.08.2002 (RJ. 2002-8352), 134 del 06.02.2001 (RJ. 2001-1233); 24.10.2000 (RJ. 2000-8793), 04.12.2000 (RJ. 2000-10176), 659 del 28.09.1996 (RJ. 1996-6934)²⁷⁵, una penetración vaginal y otra anal en el caso de una agresión sexual: 1150 del 20.11.1995 (RJ. 1995-8315) y del 10.12.1986 (RJ. 1986-7899)²⁷⁶, entre otras].

En consecuencia, el ladrón que realiza varios apoderamientos de los bolsos de diversas damas en un supermercado —*resultado delictivo conjunto*— en un estrecho ámbito temporal, no ejecuta varias acciones y resultados sino una sola conducta con el mismo dolo y ánimo de lucro que se adecúa al mismo tipo penal. Otros ejemplos distintos a ciertos delitos sexuales serían:

²⁷⁵ Precisamente, la STS 659 del 28.09.1996 (RJ. 1996-6934), indica que no existirá un único delito simple, por oposición al delito continuado que considera una modalidad de concurso real, en aquellos casos “[...]en los que sea posible, espacial y temporalmente, establecer una verdadera autonomía e independencia entre las distintas acciones, tan distintas y distantes como para que el violador pueda reanudar cada vez su conducta criminal (la Sentencia 21 junio 1991 [RJ 1991\4772] se refería a un supuesto en el que las violaciones se consumaron durante tres horas en el mismo domicilio). Ello acontece cuando los actos responden a impulsos eróticos diferenciados entre sí porque cada brote sexual surge, autónomamente, de forma intermitente con acaeceres o lapsus temporales intermedios lo suficientemente individualizados como para aislar y dotar de significación propia a las diversas agresiones sexuales. Cada hecho tiene su propia dinámica de acción y su propia intencionalidad que necesariamente ha de renovarse en cada acción”.

²⁷⁶ En la jurisprudencia más antigua puede verse tal fenómeno como una expresión del delito continuado, en vez de un delito único. Sobre el particular cfr. STS 1175 del 06.06.1994 (RJ. 1994-4526).

el envío de una carta con diversas injurias; una injuria mediante varios insultos sucesivos; y el apoderamiento de diversos radios, alhajas, o dinero que se encuentran en los automóviles aparcados en un centro comercial.

I. Con una base dogmática similar, desde el punto de vista histórico, se han considerado realizados en unidad de conducta en sentido amplio (jurídica) los denominados delitos colectivos (Kollektivdelikte) o hechos penales conjuntos. Ello es, los delitos habituales (Gewohnheitsmässigkeitsdelikte) como el maltrato familiar o la violencia intrafamiliar [*vid.* CPE, Art. 153; CP, Art. 229 mod. L. 1142/2007, Art. 33], los delitos ocupacionales o de comercialidad (Geschäftsmässigkeitsdelikte), y los delitos profesionales (Gewerbsmässigkeitsdelikte) como el intrusismo [CPE, Art. 403] o el proxenetismo [CPE, Art. 403; CP, Arts. 213 y 214].

En este sentido, la habitualidad se caracteriza por la reiteración más o menos similar de conductas en un mismo contexto temporal y espacial, acompañada de cierta homogeneidad subjetiva que indica un mismo propósito criminal²⁷⁷. La profesionalidad se destaca porque el sujeto da lugar a diversas infracciones con el fin de obtener una fuente de ingresos continua como forma de vida²⁷⁸; y la comercialidad o dedicación a los negocios exige la intención del agente de reiterar la comisión del delito, convirtiéndole así en parte de su actividad económica. En realidad, la doctrina mayoritaria considera que estas hipótesis implican una unidad de conducta en sentido amplio, en la que viene configurada la inclinación

²⁷⁷ Para el CP de GUATEMALA (D. 17-73), por ejemplo, la habitualidad es una figura vinculada con la peligrosidad del criminal, al punto de que se impone el doble de la pena por el delito (Art. 24) y, además, el delincuente queda sometido a medidas de seguridad adicionales (Art. 33). También, los CP de HONDURAS (D. 144-83), Art. 29, y URUGUAY (L. 9.155 del 04.12.1933), Art. 48-2° (Habitualidad facultativa) y 3° (Habitualidad preceptiva), y 55 (Habitualidad por reiteración), hacen expresa referencia a conceptos como la manifiesta tendencia definida al delito, el género de vida que lleva, la inclinación a la ociosidad, la inferioridad del medio en que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles del delito, y demás antecedentes de análogo carácter. También, está consagrada en el CP de COSTA RICA (L. 4573 del 04-05.1970), Art. 40; y en derogado CP PANAMÁ de 1982, Art. 73; El CP ITALIA, prevé las figuras de la habitualidad y la profesionalidad en los Arts. 102-105.

²⁷⁸ Esta figura aparece en los CP COSTA RICA, Art. 41: “[s]erá declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir” y el derogado de PANAMÁ, Art. 74.

práctica del sujeto a la realización sucesiva de delitos, por lo general como un elemento típico.

Por ejemplo, la STS 343 del 13.03.2006 (RJ. 2006-2601), advierte: “[d]esde el punto de vista que es propio del art. 849,1º LECr, es decir desde la perspectiva de la tipicidad de los hechos respecto del art. 153 de la antigua redacción, es preciso señalar que la existencia de habitualidad no consiste en un acto concreto ni en la suma de actos concretos, sino en una forma desnaturalizada de la convivencia familiar que debe ser apreciada en forma total. Por tal razón no es necesario acreditar temporalmente cada hecho, sino una conducta persistente que define la forma socialmente inadecuada y reprochable de relacionarse con otra persona” (Subrayado por fuera del texto original).

Con lo cual, para algunos autores estos delitos serían verdaderas figuras subjetivas de tendencia, propias de un Derecho penal de autor preventivo, muy discutibles desde la perspectiva de un derecho penal de acto²⁷⁹. Por ello, afirma JAKOBS que “[...] una actitud no constituye ninguna ejecución de hecho y por esto tampoco da lugar a ninguna infracción unitaria o unidad de hecho cuando la actitud es el elemento del tipo” [...] pues entonces “[t]odos los hechos surgidos de un plan, o de una propensión a caer en la

²⁷⁹ Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 505, les define como “[...] un comportamiento del sujeto, con cierta constancia, indicadora de un modo de ser del mismo. Por lo que se ha visto en los delitos habituales tipos delictivos de autor, frente a los corrientes en las legislaciones, que son «tipos de hecho»”; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 804, indica que se presentan cuando “[...] un sujeto realiza varios actos análogos, cada uno de los cuales es impune aisladamente, pero que al repetirse, constituyendo un hábito en su autor, son punibles como delito único”; CAMARGO HERNÁNDEZ, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 29; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 701, los califica como aquellos delitos que están constituidos “[...] por una serie de actos cada uno de ellos impune considerado individualmente, pero punibles como un delito único en cuanto se repiten y manifiestan un hábito en su autor”; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley...*, *ob. cit.*, p. 535. Cfr. sobre el tema GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 11; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 243 y 244. VON LISZT, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 154 y 155, sostiene que “[e]ntonces no existe, en realidad, un delito colectivo, y la penalidad superior de un solo delito sometido a juicio solamente se justifica por la resolución dirigida a la reiteración o por la inclinación provocada por la repetición”; CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, pp. 81, 463-468, quienes incluso glosan la posibilidad de habitualidad en el delito continuado, cuando este se prolonga en el tiempo (*ibídem*, p. 103); GIUSEPPE MAGGIORE RAGUSA, *Derecho Penal*, vol. II, José J. Ortega Torres (trad.), Bogotá, 2ª Reimp. de la 2ª ed., Temis, 2000, pp. 183 y ss.

tentación, o de cierta incitabilidad, tendrán que constituir una sola infracción: la agrupación exclusivamente subjetiva sería inevitable”²⁸⁰.

A pesar de lo dicho, la doctrina penal contemporánea trata de distinguir dos categorías diferentes, sin que éstas lleguen a constituir verdaderos delitos complejos²⁸¹. Por ejemplo: BETTIOL y MANTOVANI²⁸² afirman que es necesario distinguir la “habitualidad delictiva” entendida como una calificación jurídica personal querida por el legislador por motivos de prevención, como se planteó aquí, del “delito habitual”, que en sentido contrario constituye un tipo delictivo estructural, colectivo o conjunto cuyo supuesto se configura por acciones plurales y sucesivas²⁸³.

Acciones individuales que sólo tendrían relevancia jurídica cuando el agente haya realizado por completo el supuesto de hecho que implica la lesión jurídica prevista por el legislador. Por ello, no se trata de un delito de tendencia subjetiva, sino de uno cuyo injusto sólo puede ser interpretado como una sucesión de hechos que sólo tienen sentido como unidad jurídica²⁸⁴, más no como pluralidad ontológica. Así, el CPE, Art. 153, par. 2.º, afirma que “[p]ara apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de estos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

²⁸⁰ JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1089.

²⁸¹ *Vid.* BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 551: “[e]llo no significa, sin embargo, que el delito habitual deba considerarse como una especie de infracción compleja, porque en estas figuras las acciones particulares —tomadas aisladamente y separadas de la economía estructural del delito complejo— tienen su propia importancia jurídica, que falta, en cambio, a las acciones que concurren a formar la acción habitual”.

²⁸² *Vid.* BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, pp. 700 y ss.; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 550. Distingue dicha figura del delito continuado, SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 538.

²⁸³ *Vid.* ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 505: “[e]l nombre «colectivo» alude a la colectividad de acciones, pero puede engendrar equívocos, porque también se han llamado delitos colectivos a los productos por una pluralidad de sujetos activos, constitutivos de una persona jurídica o de una multitud”; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 83 y 84; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 853.

²⁸⁴ *Cfr.* SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 340, (a), que le denomina como hecho penal conjunto. *Cfr.* ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, p. 879; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 818-819.

De este modo, en muchos de los supuestos mencionados no será necesario recurrir a las construcciones materiales de la unidad de acción o a la continuidad delictiva [STS del 27.10.1987 (RJ. 1987-7614)] para ver una unidad típica comportamental, como sucedía en nuestro medio con los delitos de usura [CP, Art. 305]²⁸⁵ y captación masiva y habitual de dineros [CP, Art. 316]²⁸⁶, antes de la eliminación del período temporal. Aclárese que la exclusión de dicho período de tiempo, no exime de la realización plural de los delitos, entendidos estos como tipos de reiteración.

Es más, recuérdese cómo debido a la grave crisis social causada por las «pirámides» el Gobierno Nacional, mediante el Dto. 4336 del 17.11.2008, expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el Art. 215 de la Constitución Política en concordancia con la L. 137/1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el D. 4333/2008, modificó el CP, en primer lugar, para incrementar las penas para el delito de captación masiva y habitual, y, en segundo lugar, para crear nuevos tipos penales que arrasan con todas las garantías liberales del Estado de Derecho (favorabilidad, presunción de inocencia, culpabilidad, principio del acto, etcétera). En efecto:

Art. 1: Modifícase el Art. 316 de la L. 599/2000, el cual quedará así: “Art. 316. Captación masiva y habitual de dineros. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la

²⁸⁵ Es de anotar que la redacción del Art. 325 del CP de 1980 de forma expresa contenía una condición objetiva de punibilidad consistente en que la acción usurera fuese desarrollada durante un año [cfr. Concepto de la Superintendencia Financiera núm. 1999016185-1 del 01.04.1999; CE Consulta, sent. del 05.07.200, r1276, C. HOYOS]. Condición que luego fue declarada inexecutable por la CCONST, C-173/2001, Á. TAFUR, con reiteraciones en sent. C-333/2001, R. ESCOBAR; C-479/2001 y CSJ PENAL, sent. del 12.12.2005, e23899, M. PULIDO DE BARÓN. Exigencia que, desde luego, se excluyó en la redacción del Art. 305 del CP de 2000 vigente, por lo cual debe ser entendida como el tiempo simple durante el cual el sujeto activo realiza la usura. Cfr. AA. VV., *Lecciones de Derecho Penal*, Parte Especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003-04, pp. 247-250; FRANCISCO JOSÉ FERREIRA DELGADO, *Derecho Penal Especial*, t. II, Bogotá, Temis, 2006, pp. 27 y ss.; HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, Bogotá, Ibáñez, 1998, p. 200; LUÍS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal*, t. IV, Bogotá, Temis, 1990, p. 171. Sobre la exequibilidad condicionada de los intereses, *vid.* CCONST., C-479/2001.

²⁸⁶ Cfr. TSDJ de Bogotá, sent. del 25.05.2005, e2003-00200 (4094), M. RUEDA, Delito de captación masiva y habitual en concurso con Estafa, cfr. CSJ PENAL, sent. del 15.11.2005, e20487.

autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. /Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte”. / Art. 2: Adiciónase el artículo 316A a la Ley 599/2000, el cual quedará así: “Artículo 316A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Capítulo Segundo

LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE TIPICIDADES

Una vez analizada la construcción de la unidad y pluralidad de conductas, interesa ahora examinar cuándo esos dos eventos pueden ser apreciados como una unidad o pluralidad de tipicidades o conductas típicas. Desde luego, se trata de conceptos complementarios que no se pueden confundir en un mismo plano de análisis, porque uno tiene relación con la conducta humana como objeto de valoración y, el otro, con la valoración jurídico-penal de dicho objeto; además, téngase muy en cuenta, la tipicidad o tipicidades pueden surgir a partir de una conducta única, de una unidad de conducta o de varias conductas independientes realizadas por el autor, además de sus respectivas consecuencias jurídicas¹.

En este ámbito, si bien la unidad o pluralidad de conductas no determina la pluralidad de tipicidades², sí permite precisar las distintas modalidades técnicas de “concurso de tipicidades” desarrolladas por la ciencia penal a lo largo de su evolución jurídico-histórica [STS del 22.03.1993 (RJ. 1993-4250) y del 15.03.1988 (RJ. 1988-2023)]³, lo cual hace aflorar —como lo

¹ Vid. SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 337, quien distingue entre la unidad y la pluralidad de leyes, acciones y delitos; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 657 y ss.; VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 7; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 7.

² Vid. MITSCH, “Konkurrenzen... *ob. cit.*, p. 388.

³ En sentido similar, *vid.* KÖHLER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 688, afirma: “[r]elevante para la regulación y la demarcación del concurso ideal (Tateinheit) del concurso real (Tatmehrheit) es el concepto de unidad de acción como una decisión uniforme contra el Derecho [...]” (t/1); JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 709 (*Tratado*, p. 763); MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, pp. 521 y 522; RUDOLF SCHMITT, “Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht”, en *ZStW*, 75 Band, 1963, pp. 42-62; STRATENWERTH, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 437; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 82. España: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 53; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 416; JOSÉ SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, t. III, Culpabilidad, punición, Formas de aparición, Barcelona, Bosch, 1985, p. 213; VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 7; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 854-855, indican que las diversas formas del concurso dependen del carácter unitario o múltiple del hecho; CARLOS SANTIAGO NINO, *El concurso en el Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1972, pp. 19 y ss. En contra de dichas modalidades, GEORG FREUND, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, Berlin–Heidelberg, Springer, 1998, pp. 400-401 (Kritik der gesetzlichen Differenzierung); REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 308. Desde luego, a partir de posturas idealistas.

señala VALLE MUÑIZ⁴— la filosofía político-criminal sobre los fines de la pena y el tratamiento penológico que debe darse al delincuente, admisible desde una cierta perspectiva constitucional.

Con estas bases, pues, en este capítulo se precisan las diferencias y semejanzas existentes entre el delito continuado y los supuestos de pluralidad concursal denominados por la doctrina como “concurso de delitos”⁵ o “concurso de hechos punibles”. Desde luego, se debe advertir que la locución “concurso de hechos punibles” constituye un verdadero epíteto, esto es, un evento en cuya virtud si bien no se define la figura sí se la caracteriza desde una perspectiva ideológica al señalar una postura particular sobre la unidad y pluralidad de acciones en la teoría del “concurso” —por lo general, asociada a la teoría del número de resultados— ; y, además, porque a partir de ella es viable una cierta ordenación de las modalidades de pluralidad de tipicidades por lo que respecta a los “hechos” que se pueden o no ubicar en ellas como, por ejemplo, concebir el concurso ideal con base en la teoría de la unidad de hecho o de la unidad de acción, lo cual sí implica resultados diferentes⁶.

Sin embargo, se trata de una terminología ambigua y poco uniforme que impide en muchos casos una completa comprensión del tema, porque en estricto rigor sistemático el sujeto realiza varios tipos penales homogéneos o heterogéneos aplicables de forma conjunta —lado a lado—, que al final pueden llegar a ser o no conductas punibles, caso en el cual se aplicarán las reglas punitivas concursales de segundo nivel, luego de individualizar las penas en concreto [CP, Art. 31; CPE, Arts. 73 y 77]. Como es evidente, ello demanda interpretar el concepto de conducta punible desde un punto de

⁴ Vid. VALLE MUÑIZ, en AA.VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 406.

⁵ Críticos: SAMPEDRO ARRUBLA, “Concurso de tipos penales”, en *Lecciones de Derecho Penal*, *ob. col.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 303, distingue entre concurso de tipos y concurso de delitos, el último referido a la punibilidad; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 983, sostiene: “[...] en rigor, lo que se presenta es la posibilidad de llevar a cabo un número singular de tipos penales, que pueden llegar a constituir hechos punibles”. Utilizan dicha locución, P. Ej.: CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1023; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, pp. 303 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 763; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 4; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 854.

⁶ Vid. FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 446. En contra: REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 274, pues entiende que el fenómeno de los concursos no se predica respecto de los tipos penales sino en relación con los hechos punibles.

vista sistemático, como una conducta típica, antijurídica y culpable [CP, Art. 6º], lo cual no está exento de cierta complejidad.

Así mismo, debe deslindarse en forma adecuada el término jurídico “concurso de tipos” de la expresión “conurrencia”, porque en sentido estricto el único evento auténtico de pluralidad sustantiva de tipicidades es el concurso ideal o formal de tipos —Tateinheit—⁷, modalidad concursal en cuya virtud una conducta única o una unidad de conducta (como proceso ejecutivo penalmente relevante), involucra, a partir de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, una desvaloración jurídica y político-criminal múltiple, que conlleva la realización de varios tipos penales homogéneos o heterogéneos y su consecuente injusto penal.

En consecuencia, no habrá concurrencia sustantiva de ofensas en estricto sentido en las hipótesis de concurso real de tipos —Tatmehrheit—, dado que éste supone la realización de una pluralidad de conductas únicas o de unidades de conducta independientes desde el punto de vista estructural, que se adecúan de forma individual a un tipo penal en virtud de su desvaloración jurídica autónoma. En estas hipótesis es claro que el “concurso” no obedece a factores sustantivos sino a la “acumulación procesal”, resultado de la posibilidad legal de juzgar y sentenciar la realización de varias conductas punibles con unidad de autor en un mismo proceso judicial⁸. Por tal motivo, el término concurrencia no resulta adecuado como generalización técnica en este ámbito conceptual.

Tampoco, cabe hablar con acierto de “conurrencia típica”, ni de concurso o pluralidad de tipos en sentido amplio en los casos denominados como

⁷ Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 982; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 493; ANTONIO CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial, Madrid, Tecnos, 1992, p. 20; RIZ, *Lineamenti...*, *ob. cit.* p. 133.

⁸ En el mismo sentido, *vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 817; SAMPEDRO ARRUBLA et. al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 304, afirma: “su consagración legal sólo se justifica en razón de la regulación de la punibilidad o para efectos procesales”; ANTONIO PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 1998, p. 586, asevera: “el puro y simple concurso de delitos no presenta relevancia jurídica alguna en el derecho penal sustancial hoy vigente” (t/l); PIETRO NUVOLONE, *Il sistema del Diritto Penale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1982, p. 382, habla de concurso sustancial (ideal) y concurso procesal (material o real). Por su parte, la CSJ PENAL, en sent. del 25.07.2007, e27383, entiende que el concurso real es considerado como “[...] la modalidad natural de los concursos, pues varias acciones dan lugar a varios delitos”.

“concurso aparente”, en los que sólo de forma virtual varios tipos penales pueden gobernar la misma conducta; y, para terminar en los sucesos de delito continuado, porque en realidad son una modalidad de realización progresiva del mismo tipo penal —unidad de acción e injusto unitario—, y no la confluencia efectiva de diversas tipicidades completas entre sí o de varias lesiones definitivas de la ley penal que gobiernan una unidad jurídica de acción⁹. De este modo, queda clara otra idea fundamental: no se puede identificar *ex ante* el ámbito de la teoría del concurso con el “*denotatum*” de la idea de pluralidad, puesto que esta es una noción mucho más amplia desde el punto de vista jurídico¹⁰.

Desde luego, el tema abordado no es pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pues, de una parte, al respecto es posible encontrar infinidad de explicaciones, definiciones y matizaciones sobre qué es lo que define tal unidad o pluralidad de infracciones típicas. Por otra parte, se trata de construcciones que revisten una gran importancia, por ejemplo: en el ámbito de la naturaleza del concurso ideal de tipos. De todas maneras, se puede sostener que la naturaleza del bien jurídico tutelado —p. ej.: como “eminentemente personal”— y la necesidad político-criminal de proteger en especial el sustrato valorativo que éste representa de forma individual o conjunta —mediante la valoración total del ilícito—, son los únicos criterios válidos que darán la pauta adecuada, en el caso concreto, para determinar si una serie de afectaciones progresivas o concurrentes contra el bien jurídico pueden ser consideradas o no como un injusto unitario o como diversos injustos, y, en consecuencia, determinar la existencia de uno o varios tipos penales —con independencia del número de acciones— y su condigna

⁹ Así, WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 86. En este sentido, el Art. 28 del CP Federal de México es en particular coherente con esta idea, al indicar de manera expresa: “[n]o hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado”. *Cfr.* CSJ PENAL, en sent. del 12.05.2004, e1715, A. GÓMEZ y E. LOMBANA: “[...] el delito continuado se diferencia, a) del concurso ideal, porque en este una sola conducta se adecua en dos o más tipos penales; b) del concurso real o material, porque esta modalidad presupone varias conductas que se adecuan en plurales tipicidades o varias veces en el mismo tipo; y c) del delito complejo, que se presenta en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de esta o como circunstancia de agravación punitiva”.

¹⁰ *Vid.* VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, pp. 7 y 8.

sanción jurídico penal. El límite máximo del concurso de tipicidades será, entonces, la respectiva sentencia condenatoria en el caso concreto.

I. UBICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CONCURSO

Se ha discutido mucho sobre la ubicación sistemática de la pluralidad de tipicidades dentro del ámbito —más general— de la teoría del Derecho penal. Sobre el particular, se pueden encontrar tres concepciones teóricas con alcances diferentes, cada una con apoyo en alguna legislación positiva vigente¹¹. Véanse estas posturas:

En primer lugar, se advierten aquellos autores y legislaciones para quienes el tema hace parte de la teoría del delito —el estudio de los prerequisites y manifestaciones del crimen—¹². Desde luego, esta posición monista se encuentra en desuso, porque el Derecho penal moderno también centra sus debates político-criminales frente a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Es decir, en este ámbito resulta fundamental ponderar la relación de proporcionalidad que debe existir entre las consecuencias dispuestas en el sistema general de punibilidad y la injusticia de la aplicación efectiva de ciertas consecuencias a la pluralidad de injustos realizados por el autor. En particular la consecuencia del concurso real a los supuestos de delitos continuados.

En segundo lugar, en el extremo opuesto también monista, otro sector de la doctrina sostiene que el concurso es una institución cuyo ámbito político-criminal se define como un problema referido a la necesidad de aplicar una pena única o plural justa a la concurrencia de tipicidades, luego de verificar

¹¹ Sobre el tema, SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, pp. 20 y ss.; VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 647 y ss.

¹² *Cfr.* MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 30; FEDERICO PUIG PEÑA, “Concurso de delitos”, en *NEJ*, t. IV, Barcelona, Seix, 1952, p. 838; PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 189; PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, vol. 2, p. 401, precisa que el concurso debe ser estudiado en la teoría del delito en un sentido amplio, junto con los dispositivos amplificadores del tipo como una realización especial del hecho punible; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 6 y ss., sostiene: “[s]in desconocer entonces que el concurso de delitos requiere un estudio de la punibilidad (como por lo demás lo requiere siempre una conducta delictiva) creemos que debe reconocerse que por las profundas raíces que tiene en la teoría del delito ese es el lugar donde debe ser estudiado [...]”.

la materialidad de los injustos acaecidos. Debido a ello, esta institución se debe proyectar como un acápito más de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, concerniente a la individualización judicial de la pena¹³.

Esta posición se recoge, al menos en el plano formal, tanto en la legislación penal española de 1995 —mod. LO 15/2003, al regular el tema “concurral” en los Arts. 73 y ss. del capítulo II, sección 2ª, vinculada a las “Reglas especiales para la aplicación de las penas” del título III, de las penas, perteneciente al libro I de la parte general— como en la legislación alemana que regula el tema en el StGB en los §§ 52-55 del título III, mediante el epígrafe “Determinación de la pena en casos de pluralidad de infracciones legales”, en la sección 3ª de la parte general denominada “Consecuencias jurídicas del hecho”. Es más, algunos autores se prevalecen de dicha posición teórica para fundamentar como hipótesis de concurso real de delitos, algunos supuestos de concurrencia ideal homogénea, teniendo en cuenta que su solución punitiva es muy leve. Otros expositores, por el contrario, sostienen que no debería existir ninguna diferencia punitiva entre los concursos real e ideal, porque se trata de mensurar en la individualización judicial una pena proporcional para todos los eventos de pluralidad delictiva, mediante el modelo común de la absorción punitiva¹⁴.

En fin, en tercer lugar, es posible advertir una posición mixta, en virtud de la cual los estudiosos afirman que la “teoría de la unidad y pluralidad de conductas típicas” tiene un ámbito común o constituye un puente entre la teoría del delito y la de las consecuencias jurídicas —por lo que se refiere a las reglas penológicas—, sin desconocer la importante incidencia de la construcción de la parte especial y del Derecho procesal penal, en particular en el ámbito del concurso real de tipicidades¹⁵. De este modo, asuntos tan

¹³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 575; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 550; QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 749; VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 575.

¹⁵ En este sentido: GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 359; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 517; MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 359, para quien el concurso ideal debe ubicarse en los problemas del tipo, mientras que el concurso real en los problemas atinentes a la medida de la pena; MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 385; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 81; WESSELS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 228; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 537 y 538; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 685;

relevantes como la teoría de la unidad y pluralidad de conductas —propios de la alzada del delito— no pueden dejarse de lado porque los concursos median entre la conducta humana como objeto de valoración y la valoración jurídico-penal de dicho objeto —tipicidad— (parte especial); además de sus consecuencias jurídicas a partir de consideraciones político-criminales y procesales en el ámbito de la individualización judicial de la pena. Por ello, el CP colombiano de 2000 aceptó dicha posición al ubicar el tema “concurral” en el Art. 31 (propio de la teoría del delito), en el Art. 61 que regula el tema de la individualización judicial de la pena y en la parte especial del estatuto; ello, con la advertencia de que la materia también se encuentra en el CPP — L. 906/2004, Art. 460—.

En conclusión, aun cuando resulta evidente la importancia de la teoría del “concurso” en el Derecho penal, su propósito efectivo no es otro que precisar conforme a la ley vigente¹⁶, a la teoría de la unidad y pluralidad de conductas y tipicidades, y de acuerdo con criterios de política criminal — autonomía del bien jurídico, *ne bis in idem*, proporcionalidad, necesidad, igualdad material y razonabilidad [CP, Art. 3.º]—, una sanción punitiva adecuada que refleje el verdadero grado de injusto y de culpabilidad existente según las distintas estructuras de pluralidad normativa de tipos penales, desde una perspectiva social e individual —culpabilidad del autor—¹⁷. Se trata, entonces, de poner al descubierto con objetividad las

CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 412; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 50 y ss.; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1023, cita núm. 1; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, vol. 3, p. 303, cit. 1; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 780; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 570; JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos, la función de la normativa concurral (I)”, en *ADPCP*, vol. XXXII, Facs. I (ene.-abr.), 1979, p. 48; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 103; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 461, resaltan la importancia de la parte especial del Código Penal; SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, p. 25; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 852; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 424; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 983 y 984.

¹⁶ Como con acierto lo aseveran MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 461: “[...] la calificación concurral depende de una determinada regulación legal, la del código penal vigente, que, por imperativo del principio de legalidad, es vinculante tanto para el intérprete, como para el juzgador, y que muchas veces pone en cuestión las teorías existentes sobre el concurso de delitos”.

¹⁷ En este sentido, LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 260, señala: “donde posiblemente sea conveniente acudir al significado social de una conducta es, por razones precisamente normativas, concretamente jurídico-penales, en la teoría del concurso de delitos. Por una parte, para determinar si varios movimientos distintos [...] tienen el sentido social de una

distintas posiciones valorativas, axiológicas y punitivas que el ordenamiento jurídico-penal vigente señala, sin recurrir al uso de ficciones o especulaciones normativas que distorsionan los fines de la pena. No se puede olvidar que la justificación de las penas es un presupuesto ineludible para la imposición de las sanciones penales [CP, Arts. 4.º y 5.º].

Así mismo, se debe anotar que el principio de proporcionalidad de la pena cumple un papel fundamental en esta materia [CP, Art. 3º]¹⁸. Por supuesto, cuando el legislador vincula diversas modalidades concursales con determinada gravedad en abstracto, ello implica armonizar dicha gravedad con ciertas diferencias punitivas que deben subsistir entre ellas a modo de límites concretos. No se puede perder de vista que el paradigma del Estado social y democrático impone la obligación de aplicar las penas “en Derecho”, es decir, con un contenido material acorde con el respeto a los derechos fundamentales del individuo y como desarrollo de los deberes sociales que le corresponden al Estado. Por ello, la delimitación punitiva de las formas del concurso de tipos debe estar precedida siempre por aquella idea según la cual los fines de la pena son guías político-criminales que buscan evitar la imposición de penas en exceso severas para conductas poco lesivas. Para terminar, debe decirse que la legitimidad de figuras como el delito continuado frente a instituciones como el concurso de tipicidades depende, en verdad, de si la pena aplicable se subordina en sentido estricto no solo a la exigibilidad por el injusto cometido y a la valoración de la gravedad del hecho sino, también, a la realidad social que justifica la aplicación de la figura en cada caso, para complementar de este modo la perspectiva social de la determinación de la pena.

única acción [...] con la consecuencia, según los casos, de unidad de delito o concurso ideal de delitos... o por el contrario, de varias acciones... con la consecuencia del concurso real de delitos [...] Y en sentido inverso, para decidir si un solo movimiento prolongado [...] tiene el significado social de una sola acción o de varias acciones, de lo que dependerá apreciar el concurso ideal o real de delitos”; MORO, *Unità e pluralità...*, *ob. cit.*, p. 1; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 6ª ed., *ob. cit.*, p. 465. De otro lado, la CSJ PENAL, en sent. del 25.07.2007, e27383, advierte: “[l]a figura del concurso de delitos sirve para regular el procedimiento de acumulación jurídica de las penas que se deben imponer al sujeto que con su acción o acciones ha adecuado su conducta a varias descripciones típicas de la misma o diferente naturaleza”.

¹⁸ Sobre el tema *vid.* JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Prólogo de Fernando Velásquez Velásquez, Bogotá, Universidad Santo Tomás y Ed. Jurídicas Ibáñez, 2005, pp. 161-164.

II. LOS SISTEMAS CONCURSALES

Es usual entender que existe un concurso de tipicidades, cuando una o varias acciones u omisiones infringen varias veces la misma disposición o varias disposiciones de la ley penal. Esta definición, que en realidad es un marco técnico general, no sólo permite precisar las diversas modalidades del concurso de tipos —real e ideal—, sino también delinear una serie de presupuestos sustantivos que determinan el modelo de punibilidad que les corresponde en forma proporcional a ellas, a partir de la existencia de una unidad o de una pluralidad de conductas¹⁹.

Desde luego, el tratamiento procesal y sustantivo de las diversas especies de pluralidad de tipos también está condicionado por los modelos punitivos acogidos —acumulación, absorción, asperación, etcétera—, según los intereses político-criminales de cada legislador penal²⁰. Modelos sancionatorios que se traducen, desde el punto de vista de sus consecuencias, en sistemas reglados para que el juez pueda precisar en el marco legal la pena justa en cada caso concreto, de acuerdo con la necesidad de incrementar o mantener el castigo debido a la pluralidad de injustos realizados por el autor, dentro del límite objetivo que impone considerar la medida de la culpabilidad por el hecho.

De este modo, en la ciencia jurídico-penal, la distinción entre los sistemas para diferenciar y castigar la pluralidad de tipos se remonta hasta la época del “*concursum delictorum*” de derecho común y perdura hasta la dogmática penal moderna como uno de los aspectos más debatidos y estudiados por la doctrina y la jurisprudencia, pues han sido expuestas

¹⁹ Vid. HANS HEINRICH JESCHECK, “Die Konkurrenz”, en *ZStW*, 5 Jahrgang, 67 Band, 1955, pp. 529 y ss.

²⁰ Vid. JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho Penal*, Parte General IV, Las consecuencias jurídicas del delito: El Derecho penal de ejecución, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 246, para quien tales criterios sirven para todos los modelos concursales; y MORO, *Unità e pluralità...*, *ob. cit.*, p. 32, que sostiene: “el fundamento lógico del concurso de penas está, pues, según los principios del concurso de delitos” (t/l). De manera muy general: FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 582 y ss.

variedad de teorías sobre el particular²¹. Véanse a continuación, de forma breve, los modelos o sistemas punitivos, antes de analizar las distintas figuras que atañen al concurso de tipicidades²².

A. LA ACUMULACIÓN MATERIAL DE PENAS. Se trata del modelo tradicional, es decir, el más acogido desde el punto de vista histórico por las legislaciones penales positivas para regular la punibilidad del concurso real de tipos penales²³. Cuenta, así mismo, con amplios antecedentes en los Derechos romano, germano y medieval²⁴, pues fue a finales del siglo XVI cuando alcanzó su máxima aplicación y drasticidad. En la actualidad es acogido por los CP de ITALIA, Arts. 71 y ss. (mod. por la L. 220/07.06.1974); BRASIL, Art. 69; FRANCIA, Arts. 132-2 y 3 (cuando se trata de penas diferentes); CHILE, Art. 74; y en el sistema de «compound offenses» o «joinder of offenses» del «Common Law» bajo la «rule of lenity» o regla del daño, en el cual, si bien opera por lo general la garantía constitucional de «Double Jeopardy Clause» de la 5ª enmienda de la Constitución EE.UU. —aparente concurso—, se pueden observar diversidad de sistemas punitivos casuísticos y fragmentarios donde el juez, que toma como base reglas procesales especiales —«rules of criminal pleading», «allowable unit of prosecution», «Sentencing Guidelines», etcétera—, puede fijar de manera amplia la cuantía de la pena para los diversos delitos y su ejecución acumulativa o simultánea, consideradas la materia y la gravedad de las ofensas, y el carácter del sujeto procesado²⁵.

²¹ Un extenso estudio en SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, ob. cit., pp. 38 y ss.; BLEI, *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 303-305; MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 299-300. Sobre el tema, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., pp. 709-710 (*Tratado*, p. 764); ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, ob. cit., pp. 854-855.

²² Vid. MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 296; RIGHI, *Derecho...*, ob. cit., pp. 439 y 440; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, ob. cit., Vor §52 pp. 4 y ss.

²³ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., *Lecciones...*, ob. cit., p. 302; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, ob. cit., p. 852.

²⁴ Sobre este aspecto histórico, PIASAPIA, *Reato continuato*, ob. cit., pp. 10 y ss. Incluso, el autor apunta que la drasticidad alcanzada por este sistema punitivo obedece a una indebida o inadecuada interpretación histórica por parte de los autores clásicos, en relación con la normativa del derecho romano común sobre la concurrencia de varios delitos; *ibidem*, p. 19; CSJ, sent. del 13.07.1945, *GJ*, vol. LIX, p. 461.

²⁵ Vid. CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG, “Zum Konkurrenz im US—amerikanischen Recht”, en *ZStW*, 113 Band, Heft 1, 2001, pp. 146-179; SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, ob. cit., pp. 56 y 57.

Por lo demás, este modelo se fundamenta en una clara orientación retributiva o expiacionista de la pena²⁶ y en el principio de un Derecho penal de acto estricto, en virtud de los cuales se deben imponer al condenado tantas penas como cuantas conductas punibles se hayan realizado con afectación de los bienes jurídicos tutelados “*quot delicta, tot pœna*”. De este modo, las penas se suman o acumulan en la sentencia condenatoria para conformar una sanción total sin límites de ninguna naturaleza²⁷, que podría representar el monto máximo imponible al autor en los casos más graves. Lo anterior —se argumenta—, porque no tendría sentido que la pena imponible al autor por la realización de múltiples infracciones delictivas, se atenué de manera injustificada en el momento de la individualización judicial de la sanción, en perjuicio del verdadero grado de injusto y de culpabilidad que aquélla comporta.

En realidad, la “acumulación material” es muy cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena, toda vez que la suma punitiva sin límite jurídico alguno implica una “progresión punitiva geométrica” (MITTERMEIER) o “un suplemento gratuito de aflictividad” (BOSCARELLI)²⁸, que puede imposibilitar las necesidades existenciales del procesado, la unidad de ejecución penal y promover la aplicación de nuevas penas desmesuradas, inhumanas e imprescriptibles, asimilables materialmente, por ejemplo a la cadena perpetua o a la confiscación de los bienes del condenado²⁹. Sobre

²⁶ Así, CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1031 y 1032; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 311; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 704; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 661.

²⁷ Sin embargo, autores como RIZ, *Lineamenti...*, *ob. cit.* p. 126, distinguen entre acumulación total y temperada, según existan correctivos o reducciones de pena. Estos casos serían distintos a la acumulación jurídica de penas.

²⁸ En contra MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 358 y ss.

²⁹ Sobre el tema, SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, pp. 25-28. En este sentido, *cfr.* KÖHLER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 686; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 360; ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 507; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 807; JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, 1ª ed., vol. 1, Madrid, Trotta, 1997, p. 204; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1031 y 1032; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, pp. 311-312; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, pp. 38-42; VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 406, advierte: “probablemente, desde su propia lógica interna, sea ésta la principal crítica que se pueda aducir, traiciona en la concreta determinación de la pena el principio inspirador del que parte, la retribución. Pues, en ningún caso puede merecer mayor respuesta penal la realización de, por ejemplo, diez pequeños delitos contra

todo, cuando se está ante hipótesis de realización sucesiva de pequeños delitos, que serían castigados con mayor severidad que los atentados punibles graves.

Sanciones penales que al resultar desproporcionadas, irrazonables e innecesarias, pondrían en entredicho el paradigma democrático del Estado social de derecho, en especial al distorsionar el principio de la “resocialización del condenado” —prevención especial positiva— acogido por los sistemas constitucionales modernos [CNE de 1978, Art. 25.2; Constitución Política, Arts. 12 y 34, y CP, Arts. 4.º y 5.º, inc. 2.º³⁰]. En efecto, al sumar las cuantías de las diversas penas, de forma necesaria se alteran los efectos preventivos especiales buscados con cada pena particular, y sólo se consigue que la totalidad tenga un innegable efecto preventivo general que instrumentaliza al ser humano, trastrocando el sentido de los fines admisibles de la pena³¹.

En fin, la crisis del principio cumulativo en su estado puro es evidente desde el punto de vista político-criminal —fines de la pena—, aunque la doctrina muchas veces se empeña en sustentarlo y desarrollarlo para casos excepcionales (en particular para fundamentar instituciones como la negociación de penas, en sistemas procesales de corte acusatorio). Por tal motivo, se afirma con razón que lo único logrado con dicho modelo punitivo es excitar la espectacularidad de la administración de justicia penal, en clave de prevención general negativa³², ello es, de efectividad simbólica y psicológica de la pena y del Derecho penal. A no dudarlo, entonces, se trata

la propiedad que un solo delito contra la salud individual o contra la vida”; ANTONIO VICENTE ARENAS, *Compendio de Derecho Penal*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1982, p. 58; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 852.

³⁰ El Art. 25.2 de la CNE, expresa: “2. las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. A su turno, el Art. 4 del CP colombiano, dice textualmente lo siguiente, “funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y reinserción social y protección del condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

³¹ De esta opinión: STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 454; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1032; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 312; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, pp. 37 y 98; GÓMEZ PRADA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 266.

³² En este sentido, *vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1018.

de un modelo que por sus altos costes sociales coadyuva la construcción de un patrón punitivo máximo y autoritario.

B. LA ABSORCIÓN PUNITIVA. Según este modelo, común a la hora de regular la punibilidad del concurso ideal de tipos penales, basta con la aplicación *sic et simpliciter* de la pena correspondiente a la conducta punible más grave entre las concurrentes, para satisfacer el grado de injusto del delito y la culpabilidad del autor —*pæna maior absorbet pænam minorem*—. Ello, con independencia del número de infracciones a la ley penal realizadas por el agente³³. Este patrón es acogido en los casos de concurso ideal, a título de ilustración, por el StGB §52 I, cuando indica que “(1) Si se quebrantan con la misma acción varias leyes penales o la misma varias veces, entonces sólo se aplicará una pena” (t/l)³⁴; y en el Art. 117 del CP colombiano, relativo a los delitos contra la integridad personal, cuando se dispone que “[s]i como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad”³⁵.

Por supuesto, la “absorción” es objetable por su excesiva benignidad en comparación con la acumulación material de penas; de hecho, BOSCARELLI³⁶ afirma con razón que es la negación lógica del concurso delitos. Aunque también es cierto que permite una mayor eficiencia judicial al simplificar el procedimiento de individualización de la pena imponible a la pluralidad de infracciones. Por otra parte, la absorción resulta contraria los principios del acto y de culpabilidad, porque que deja sin castigar el desvalor de las conductas vinculadas a la conducta punible más grave, sin que sea cierto que la pena concreta se compadece con la valoración total del

³³ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 662.

³⁴ *Vid.* BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 814; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 298.

³⁵ Asumen el sistema de absorción para el concurso ideal: CP ARGENTINA, Art. 54; CP CHILE, Art. 75; CP ECUADOR, Art. 81; el derogado CP PANAMÁ de 1982, Art. 63; CP PERÚ, Art. 48; CP URUGUAY, Art. 57; CP VENEZUELA, Art. 98 Absorción con asperación facultativa para el concurso ideal; CP BOLIVIA, Art. 44; CP COSTA RICA, Art. 21. Para el concurso real: CP BOLIVIA, Art. 45.

³⁶ BOSCARELLI, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 228.

grado de injusto y de la culpabilidad del autor³⁷. Por ello —se dice— favorece la impunidad.

En relación con lo anterior, al jefe guerrillero que causa la muerte de 40 personas con una finalidad terrorista, se le impondría la pena para la conducta punible más grave, para el caso la de homicidio agravado con un quantum máximo de 60 años de prisión [CP, Art. 104, num. 8 en concordancia Art. 31], dejando sin castigo efectivo a los restantes 39 homicidios agravados, cada uno de los cuales tendría una pena similar a la efectiva impuesta en la sentencia condenatoria. En el CP/2000, el Art. 117 prevé un buen ejemplo de unidad punitiva por absorción en los casos de concursos ideales de lesiones personales³⁸. Desde esta perspectiva, se afirma con razón, la absorción posee efectos criminógenos negativos porque estimula a los delincuentes a ejecutar actividades criminales a gran escala con relativa impunidad legal³⁹.

C. LA ACUMULACIÓN JURÍDICA O ACUMULACIÓN MATERIAL LIMITADA. En realidad, este modelo punitivo materializa una figura intermedia desde el punto de vista de los fines de la pena (retribución vs. prevención especial), que supone la aplicación abierta de una serie de reglas como límites absolutos o relativos al modelo de “*la acumulación material*” de penas; sin llegar al extremo punitivo que implica la absorción, en el momento procesal de individualizar la pena correspondiente⁴⁰. También, puede consistir en la reducción de la pena aplicable a cada conducta punible particular, según pautas tasadas por la ley, para luego sumarlas en un total representativo del injusto y la culpabilidad globales; e incluso, puede resultar en la atenuación de la pena única aplicable a la pluralidad de infracciones concursadas.

³⁷ Vid. SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, ob. cit., pp. 28 y 29.

³⁸ CP, Art. 117: “Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad”.

³⁹ Vid. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 160; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 1019; CEREZO MIR, *Derecho...*, ob. cit., p. 1032 y cita núm. 34; *id.*, *Curso...*, vol. 3, ob. cit., p. 312; MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., p. 644.

⁴⁰ Vid. SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, ob. cit., pp. 30 y ss.

Por supuesto, la doctrina penal moderna critica de manera amplia la acumulación jurídica, luego de advertir la producción de efectos imprevisibles —agravantes o atenuantes— en la medida de la pena concreta imponible al condenado. Ambigüedad jurídica que, al vulnerar el principio de taxatividad o certeza que debe gobernar la materia, debería justificar su eliminación como modelo punitivo autónomo aplicable en los ordenamientos jurídicos vigentes⁴¹. De hecho, la acumulación jurídica, como la absorción, no escapa a la crítica de hacer ilusorias algunas de las penas a imponer en virtud de dichos límites positivizados⁴².

En cualquier caso, lo anterior es preferible a que los jueces penales, como respuesta discrecional a la drasticidad del sistema punitivo, creen marcos punitivos judiciales o artificiales —incluso al emplear factores que traducirían el sistema en un reflejo del Derecho penal de autor— con el fin de morigerar la gravedad de la pena acumulada, en contravía de la legalidad del procedimiento de individualización judicial de la pena.

Para terminar, se ha advertido de forma crítica que la limitación jurídica al principio de acumulación material tiene la capacidad de aumentar —como efecto opuesto— el alcance de instituciones como el delito continuado. Sin embargo, más bien se dirá que la limitación jurídica otorga más espacio a los casos de unidad delictiva en el ordenamiento jurídico, sin que por ello se estimule de forma necesaria el delito continuado, porque también se podría ampliar el espectro de instituciones como el concurso ideal homogéneo de tipos.

Ahora bien, este modelo se acoge en el CPE/1995, cuando dispone que el máximo de cumplimiento efectivo de las penas determinadas conforme al sistema de acumulación material —previsto por los Arts. 73 y 75 para el concurso real—, no podrá exceder el límite impuesto por el Art. 76, es decir: “del triple del tiempo por el que se imponga la más grave”. Cuantía que, en ningún caso, podrá exceder de veinte años de prisión; este límite absoluto

⁴¹ Sobre el particular, CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, p. 95, sostiene: “[...] si los límites no suponen sino una acumulación mitigada en algunos casos, y aun incorrecta, más vale atacar el mal por su raíz”.

⁴² *Ibidem*, p. 26.

podrá variar según la cuantía de la pena más grave hasta los cuarenta años, al considerar las infracciones por las que haya sido condenando el procesado.

El CP colombiano también asume de forma parcial dicho sistema en el Art. 31, cuando impone límites al sistema punitivo de asperación dispuesto para sancionar ambas modalidades de concurso. De esta forma, el inc. 1.º *ibídem* establece un monto relativo, en virtud del cual la pena más grave según su naturaleza aumentada “hasta en otro tanto”, no podrá ser “[...] superior a la suma aritmética de las [penas] que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”. A su turno, el inc. 2.º *ibídem*, mod. L. 890/2004, Art. 1.º, inc. 2.º, dispone un límite absoluto, por el cual la pena privativa de libertad no podrá exceder los 60 años de prisión. De igual forma, el Art. 39, num. 2, en concordancia con la L. 890/2004, Art. 14, indica que la acumulación material de la pena de multa acompañante no podrá superar los 75.000 s.m.m.l.v.⁴³.

D. LA ASPERACIÓN Y LA ABSORCIÓN AGRAVADA. Estos modelos, que en realidad constituyen variantes correctivas que equilibran la pena entre el modelo puro de la absorción simple y el extremo opuesto de la acumulación material, involucran la aplicación de diversos criterios dosimétricos que permiten —al momento procesal de individualizar la pena del concurso— efectuar algunos incrementos punitivos sobre la pena más grave de las concurrentes o, en su caso, sobre el límite mínimo de mayor gravedad (*pœna maior cum exasperatione*). En ambos casos, la agravación constituye una manifestación punitiva comprensiva (absorbente) de los restantes injustos penales de menor gravedad realizados por el autor; debido a lo cual,

⁴³ Acumulación jurídica (acumulación material limitada desde el punto de vista jurídico) para el concurso ideal: CP MÉXICO (DF), Art. 79. Para el concurso real: CP MÉXICO, Art. 79; CP GUATEMALA, Art. 69; CP HONDURAS, Art. 35; CP NICARAGUA, Art. 82; CP EL SALVADOR, Arts. 41 y 71; CP PUERTO RICO, Art. 79; CP COSTA RICA, Arts. 22 y 76; CP BOLIVIA, Art. 45; CP VENEZUELA, Arts. 86 a 96; CP ECUADOR, Art. 81; CP URUGUAY, Art. 54; CP PARAGUAY, Art. 70 y el derogado CP PANAMÁ, Art. 64.

no obstante su aparente complejidad, goza de amplia acogida por la doctrina y la jurisprudencia continentales⁴⁴.

Desde luego, la doctrina moderna distingue las figuras de la absorción agravada y la asperación⁴⁵, aunque la idea que expresan no sea nueva, pues ya era aplicada en el Derecho penal italiano de los siglos XIII y XIV en la pena pecuniaria o para los delitos contra el honor⁴⁶. Así las cosas, mientras que la absorción agravada implica un incremento punitivo para la pena más grave entre las concurrentes, sin que sea posible sobrepasar el límite máximo de la sanción según la norma penal correspondiente; la asperación (Schärfungsprinzip) involucra una agravación de la pena por arriba de dicho límite máximo “en una” o “hasta en una” proporción cuantitativa determinada por el sistema de punibilidad. Un ejemplo de dicha diferencia sistemática se observa entre en el sistema punitivo empleado para la continuación en el Art. 74 original del CPE de 1995, que dispuso un modelo de absorción agravada para el delito continuado ([...] la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior), y el nuevo texto refundido del Art. 74 del CPE mod. LO 15/2003, que asume un patrón de asperación al señalar que la pena “[...] se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

A su turno, el Art. 77.2 *ibídem*, que regula la penalidad del concurso ideal, mantiene un modelo de absorción agravada ([...] se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave [...]), aunque limitado por las reglas de acumulación jurídica ([...] sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones). Sin embargo, también se afirma que dicha fórmula implica, en cierta medida, un sistema de combinación de marcos penales, no sólo al tener en cuenta las penas restantes para agravar la pena aplicable un su mitad superior, sino también por considerar las penas

⁴⁴ SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, pp. 31 y ss., advierte que este sistema no tiene autonomía propia.

⁴⁵ *Vid.* CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, p. 61; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 662.

⁴⁶ Así, PIASAPIA, *Reato continuado*, *ob. cit.*, p. 21.

accesorias en la penalidad total⁴⁷. De otra parte, mientras que el StGB §§53-55 acoge el patrón de la asperación para supuestos de concurso material, el Art. 31 del CP/2000 lo asume para ambas modalidades de concurso en tratándose de penas privativas de la libertad y otros derechos, completado por el sistema de acumulación jurídica de penas⁴⁸.

E. LA COMBINACIÓN DE MARCOS PENALES. Por medio de este sistema intermedio entre la absorción y la asperación, el juez crea un marco penal propio para el concurso de tipos que se determina al asumir de las infracciones a la ley penal, por un lado, el límite penal más elevado entre los mínimos concurrentes y, por otro, el más elevado de los máximos o el máximo del delito más grave, en consideración a las circunstancias agravantes y atenuantes del caso concreto⁴⁹. Por supuesto, si resultan aplicables penas accesorias de acuerdo con las leyes infringidas, éstas deberán aplicarse al procesado conjuntamente con las primeras (acumulación) en la sentencia condenatoria. A ello es, precisamente, lo que la doctrina penal denomina combinación de sanciones.

Según la doctrina, este modelo tiene como finalidad la justicia material mediante la proporcionalidad de la sanción, atendida la completa culpabilidad de los hechos realizados. De hecho, la culpabilidad del autor impone, entre otras cosas, que la realización de una pluralidad de realizaciones típicas nunca deba favorecer al procesado, en el sentido de ignorar por completo sanciones aplicables a las leyes infringidas; de tal suerte que la clausura del límite mínimo del marco penal mediante la pena

⁴⁷ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., pp. 222 y ss.

⁴⁸ Asumen el sistema de asperación en materia de concurso ideal o formal, los CP ITALIA, Art. 81 (Sus. DL. 11-04.1974, núm. 99); CP BRASIL, Art. 70; CP GUATEMALA (D. 17-73), Art. 70; CP HONDURAS (D. 144-83), Art. 36 y CP EL SALVADOR (D. 1030), Arts. 40 y 70. Acogen el sistema de absorción agravada, en algunos casos limitada jurídicamente, para el concurso ideal: CP NICARAGUA (L. 641), Arts. 84 y 85 y CP PUERTO RICO (L. 149 del 18.06.2004), Art. 78. Lo prevé para el concurso real, cuando se trata de penas iguales: CP FRANCIA, Art. 132-2 y 3.

⁴⁹ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., p. 724 (*Tratado*, p. 780): “decisivo es, por el contrario, cuál de las normas penales concurrentes impone, respectivamente, la pena máxima y mínima más severa a la vista de las circunstancias agravantes y atenuantes que están presentes en el caso concreto”; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, ob. cit., p. 664; SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, ob. cit., p. 33.

mínima más grave, representa la pena que le habría sido aplicada al autor si hubiese realizado la conducta punible con el límite mínimo más grave⁵⁰.

Esta fórmula se acoge, por ejemplo, en el § 52 II-2 del StGB alemán, para los supuestos de concurso ideal heterogéneo que implican una pena única [§ 38 II], de la siguiente forma: “(2) 1. Si se quebrantan varias leyes penales, entonces la pena se determinará de acuerdo con la ley que conmina con la pena más grave. 2. La pena no puede ser inferior a lo admitido por las otras leyes penales aplicables”⁵¹. Otros ejemplos interesantes serían CP. CUBA, Art. 56.1 “b) si por todos los delitos en concurso ha fijado sanción de privación de libertad, impone una sola sanción, que no puede ser inferior a la de mayor rigor ni puede exceder del total de las que haya fijado separadamente para cada delito, y con un límite máximo de veinte años, excepto en el caso previsto en el apartado 1 del Art. 30 en que dicho límite puede llegar hasta treinta años [...]”. CP. ARGENTINA, Art. 55. “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión”. (Art. sustituido por el Art. 1.º de la L. 25.928, BO 10.09.2004).

Así mismo, el TS y la CSJ han respaldado la combinación de marcos penales de manera excepcional en la jurisprudencia⁵², en aquellas hipótesis

⁵⁰ Vid. BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, p. 435; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 323: “[e]n consecuencia, una interpretación de la ley coherente con el sentido de la concurrencia ideal obliga a entender, huyendo de excesivos formalismos, que la pena mínima más grave produce en el concurso ideal un «efecto cierre» o una «función de clausura» que impide que puedan agotarse en el caso concreto las posibilidades de atenuación que ofrece la ley más grave. El operar de ese modo en modo alguno puede considerarse creación judicial del derecho, pues la consideración del precepto desplazado en la determinación de la pena imponible viene autorizada por el propio sentido de la norma y los principios que la regulan. En suma, el Derecho vigente permite hablar de *sistema de combinación* como régimen sancionatorio de la concurrencia ideal en el sentido propuesto”.

⁵¹ Cfr. KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1857 y ss.

⁵² Téngase en cuenta que podría ser una consideración contraria al principio de legalidad de la pena. Vid. STS del 06.04.1988 (RJ. 1988-2473) al indicar que, en los casos de concurso ideal, cuando “la aplicación de la pena más grave pueda conducir a un mínimo de menor gravedad que el previsto en la pena menos grave, se deberá respetar el efecto de cierre que tiene el mínimo mayor de la pena menos grave, respecto del marco penal de la

de concurso ideal en las cuales el delito más grave tiene un mínimo de pena menor que la pena del otro u otros atentados punibles concurrentes.

F. LA UNIDAD SUBJETIVA DE PENA. Para culminar, debe mencionarse este modelo que congloba, por su parte, aquellos sistemas concursales que imponen la sanción pertinente con base en las características personales del autor de los hechos, con lo cual el sistema es representativo de un Derecho penal de autor que debe ser rechazado desde el punto de vista dogmático y político-criminal⁵³.

Ahora bien, lo cierto es que en esta materia no existen fórmulas punitivas únicas para el tratamiento satisfactorio de las hipótesis de pluralidad de tipicidades⁵⁴. En este punto, todo depende de las diversas legislaciones penales y de la concreta política criminal del Estado, según la gravedad de los delitos en la escala de valores sociales.

pena más grave”; CSJ PENAL, sent. del 15.12.1994, J. TORRES, en *GJ*, vol. CCXXXIII, núm. 2472, p. 788. También, en los supuestos de delitos complejos *vid.* CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383 y sent. del 15.09.1983, e22415. En la primera de las cuales se afirma: “[p]or aplicación de los principios generales del derecho punitivo y, en concreto, para no concurrir en un bis in ídem, esta clase de delitos complejos han de castigarse mediante síntesis valorativa con una pena global en toda su extensión, en función de la que corresponda a la única infracción cometida, unida al resultado punible más grave producido”.

⁵³ *Vid.* BLEI, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 330.

⁵⁴ *Vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, ob. cit., p. 852.

III. DEL APARENTE CONCURSO DE TIPOS Y LAS DISTINTAS MODALIDADES CONCURSALES

Un acercamiento al tema indica, sin duda, que los ordenamientos punitivos actuales no definen las distintas estructuras de responsabilidad penal derivadas de la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades. En realidad, su distinción sustantiva es una labor de hermenéutica penal a partir de sus presupuestos estructurales que no siempre es sencilla dada la terminología existente, pero que resulta necesaria para determinar la penalidad adecuada para castigar esta clase de supuestos jurídicos, de conformidad con los principios político-criminales que inspiran la aplicación de la ley penal. Por supuesto, antes comenzar el análisis de estas figuras jurídico-penales se deben hacer varias precisiones metodológicas.

(1) En primer lugar, mientras que la doctrina tradicional se aproxima al tema de la unidad y pluralidad de tipicidades desde la pluralidad a la unidad, es decir, desde la reducción normativa de varias conductas e infracciones típicas a una unidad de acción e infracción delictiva⁵⁵, caracterizando el concurso efectivo de delitos como figura central de la construcción teórica (de forma paradójica a partir de la *Handlung im natürlichen Sinne*), este texto entiende que el desarrollo del análisis debe seguir una dirección inversa, es decir, que el referente jurídico de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos debe ser el delito único, previa determinación de la unidad y pluralidad de conductas, porque el legislador dispone primero el delito singular y luego los presupuestos sustantivos y las consecuencias jurídicas para la pluralidad de delitos. Sólo desde esta perspectiva, pues, el concurso de tipicidades —como norma de segundo nivel— constituye una

⁵⁵ Así, *cfr.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 432: “[n]uestro punto de partida es, por tanto, constatar en primer lugar que se han realizado los requisitos típicos de varias figuras delictivas y preguntarnos si se han cometido a través de un solo hecho o de varios”. También, *cfr.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 44: “[e]n la medida en que un adecuado tratamiento del concurso real permita una valoración suficiente del conjunto de una serie de hechos, desde el punto de vista del contenido de injusto y la culpabilidad, debería cuestionarse la necesidad de la relación de continuidad”. Sobre la postura mayoritaria *cfr.* CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 648 y 651: “[...] lo que se dilucida en el concurso es reducir a unidad la heterogeneidad de aquello no previsto para su persecución penal en cada una de las infracciones aisladas, como corrobora que las normas concursales de todos (sic.) los ordenamientos buscan la reducción a unidad que materializa el tipo de injusto asiladamente considerado”.

genuina excepción jurídica a las hipótesis de unidad de conducta e infracción penal que le excluyen, y que bien pueden agruparse bajo la denominación de “delitos únicos”⁵⁶.

No en vano, la normativa concursal supone un segundo nivel valorativo sobre la base de diversas tipicidades individuales, cada una de las cuales — como significado normativo autónomo— implica agotar de forma individual el contenido de ilicitud y culpabilidad del hecho. Sólo sobre esta base se construye la pluralidad de tipicidades, porque antes de ello es necesario verificar si en efecto ambos supuestos deben concurrir sobre la base de una adecuada e íntegra valoración del comportamiento realizado por el autor, considerado el principio de “*ne bis in idem*”. Así, por ejemplo, VALLE MUÑIZ sostiene: “[...] para determinar la existencia de «dos o más infracciones» habrá primero que determinar si pese a las apariencias, basta con la aplicación de un precepto para agotar la relevancia jurídica del hecho, y sólo en caso negativo, afirmada por ello la pluralidad infractora, determinar cómo se relaciona tal pluralidad con el sustrato fáctico enjuiciado —unidad o pluralidad de hechos— en aras a afirmar el concurso real o ideal de delitos”⁵⁷.

(2) En segundo lugar, la diferencia entre las modalidades concursales —real e ideal— en la actualidad no se puede construir a partir de la conducta única en estricto sentido (comisiva u omisiva)⁵⁸, sino con base en la unidad de conducta o la “comunidad del proceso ejecutivo formal o material” como límite máximo, equivalente a la primera como objeto de valoración en la teoría de la unidad y pluralidad de tipos⁵⁹. Mal se haría al declarar la existencia de un concurso real o ideal sobre la base de una pluralidad de acciones únicas naturales, cuando sea posible reconducirlas a una unidad de acción. Unidad jurídica u ontológico-normativa que puede concurrir una o

⁵⁶ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 518, advertía que “la investigación de una pluralidad presupone la investigación de las unidades sobre las que se construye”.

⁵⁷ VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 419.

⁵⁸ *Vid.* MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 388, quien sostiene que la acción en sentido natural es la manifestación más pequeña de la acción criminal relevante.

⁵⁹ *Vid.* INGEORG PUPPE, “Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz”, en *GA*, 1982, pp. 151 y ss.

varias veces (pluralidad de unidades de acción u omisión) sin afirmar nada definitivo en relación con el número de tipicidades, teniendo como referente imprescindible el enjuiciamiento formal, material y social del sentido de los tipos penales⁶⁰. Antes, recuérdese, se ha advertido que la consideración de cuándo una acción única o una unidad de conducta puede ser apreciada o no como uno o varios delitos posibles, dependerá de la teoría de la unidad o pluralidad de tipicidades.

Esta consideración tendrá consecuencias importantes en la distinción entre el delito continuado y los concursos de delitos. En efecto: Primero: no es cierto que la diferencia entre el delito continuado (unidad de conducta ontológico-normativa y unidad de infracción por intensificación del injusto) y el concurso ideal parta de la diferencia de estructuras de acción, pues — según lo dicho— el concurso ideal posibilita ser configurado mediante una unidad de acción (sobre la base de varias conductas naturalísticas unificadas) que puede coincidir de forma total o parcial en la ejecución de los tipos penales, elemento sustantivo que puede compartir con el delito continuado (unidad de acción en sentido amplio). La diferencia radica, entonces, en la valoración de los tipos. En el delito continuado, téngase en cuenta, las afectaciones seriadas conforman un solo injusto progresivo (varios resultados materiales, una sola lesión jurídica típica), mientras que en el concurso ideal es necesario respetar el principio de integra valoración del injusto con la aplicación de dos o más tipicidades homogéneas o heterogéneas que no se excluyan entre sí.

Desde luego, parte de la doctrina niega la posibilidad de concebir el concurso ideal sobre la base de la unidad de acción, al afirmar que sólo es posible hablar de concurrencia ideal cuando la acción sea única desde el punto de vista natural. Tal argumento es problemático, porque supone: (i) que el concurso ideal implica una acción en lo absoluto coincidente con las tipicidades aplicables en concurso, afirmación discutible en la doctrina y en

⁶⁰ En efecto, este sentido la STS 1768 del 02.01.2004 (RJ. 2004-2129), afirma: “[l]a regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos”.

la jurisprudencia moderna que, como se sabe, admiten una unidad de acción sobre la base de acciones naturalísticas coincidentes así sean en forma parcial en la ejecución de la pluralidad de infracciones. Y, (ii) que todos los supuestos de acciones coincidentes en parte serían casos de concurso real, incluso en aquellos eventos en los que desde una perspectiva estructural no puedan ser reconducidos a un delito continuado por razones político criminales. Ello implicaría castigar eventos de concurso ideal aceptados de forma pacífica en la discusión actual como un evento de concurso real de delitos, en clara infracción del principio de proporcionalidad. Sobre esta postura se volverá más adelante, para hacer su crítica.

Segundo: La diferencia entre el delito continuado y el concurso real será dual. Por lo que se refiere a la acción, el primero supone una unidad de acción ontológico-normativa en sentido amplio, cuya base es una pluralidad de acciones naturalísticas parciales unificadas por criterios subjetivo-ontológicos (la finalidad y el plan criminal) y criterios normativo-sociales (el sentido contextual del tipo penal), es decir, se trata de acciones dependientes. A su turno, el concurso real implica verificar una simple conjunción de acciones penales (únicas o en unidad de acción) del todo independientes las unas de las otras. En cuanto a las tipicidades, la diferencia es la misma que subyace entre el delito continuado y el concurso ideal de tipicidades⁶¹.

Ahora bien, si bien es cierto que desde un punto de vista naturalista u ontológico el nexo de continuidad requiere una pluralidad de acciones dependientes desde el punto de vista subjetivo, es necesario ser claro en que ello no devela la naturaleza normativa de la verdadera acción continuada, por lo siguiente: (i) porque la acción continuada no es sólo ontológica, sino también normativa (social); y (ii), porque lo normativo implica —de manera fundamentada— valorar el tipo penal en su conjunto. Afirmar que la acción continuada supone varias acciones naturalísticas como el concurso real, supondría construir un concepto de acción de espaldas al concepto de continuidad. De este modo, quienes afirman que el delito continuado se

⁶¹ Sobre el tema *vid.* SCHLOSKEY: “Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen”, en *ZStW*, 61 Band, 1942, pp. 245-290. CSJ PENAL, sent. 20.02.2008, e28880, Y. RAMÍREZ.

asemeja al concurso real por la pluralidad de acciones, se quedan cortos en el análisis de la acción continuada. Se trata, pues, de un argumento que no tiene la suficiente fuerza para distinguir, incluso, los casos de concurso real de aquellos de concurso ideal que supongan acciones naturales coincidentes en forma parcial, vistas en unidad de acción. Y,

Tercero: la diferencia estructural entre el concurso ideal y el concurso real sólo podrá predicarse de la acción. El concurso ideal podrá ser realizado mediante una acción única o una unidad de acción, es decir, una acción u omisión en sentido ontológico-normativo estricto o amplio, mientras que el concurso real será siempre una pluralidad acciones o unidades de acción independientes y de delitos conjuntados en sede procesal, por razones de prevención especial.

(3) En tercer lugar, si se tiene claro que el concurso ideal constituye el único y verdadero caso de concurrencia sustantiva de tipicidades⁶² y que su amplitud ontológico-normativa depende de lo que se entienda por unidad de acción o conducta, el concurso real se debería definir de manera negativa cuando no fuese posible configurar: a) un supuesto de unidad de acción constitutiva de delito continuado o de concurso ideal de tipicidades, b) cuando se dé la hipótesis de un delito masa o de un delito continuado con pluralidad de sujetos pasivos afectados, c) si se configura una relación de medio a fin entre las diversas infracciones (en la legislación española), constitutiva de un concurso medial; y, d) cuando se presente un aparente concurso de tipicidades, un delito único o una unidad típica de acción. Esta idea ya la hacía explícita SAINZ CANTERO, cuando señalaba como requisito esencial del concurso real de delitos que “d) [...] por imperativos legales o jurisprudenciales, no esté obligado el juzgador a considerar como un delito único la pluralidad de acciones a que da lugar cada una de ellas”⁶³. Con ello,

⁶² Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 982; *id.*, *Manual...*, ob. cit., p. 493; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, ob. cit., p. 20.

⁶³ SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, ob. cit., p. 220. Agrega el autor, aunque desde una perspectiva distinta, que “[h]ay veces esta clase de imperativos (caso del delito continuado, de los delitos complejos, del delito habitual) obligan a considerar que existe un *único delito* en la pluralidad de acciones que produce cada una de ellas un delito y se juzgan en un mismo proceso. Estos casos quedan excluidos de las reglas del concurso de delitos”; PAGLIARO, *Principi...*, ob. cit., 2ª ed., 1980, p. 596.

gran parte de las antinomias en materia de punibilidad estarían resueltas de antemano, pues en teoría la pena debería seguir una escala progresiva y no regresiva de cara a la lesión de los bienes jurídicos protegidos.

Así mismo y sin olvidar que el delito continuado constituye una unidad delictiva (real o legal, según la postura asumida al respecto), dicha figura tendría como referente lógico los supuestos de delito único en materia de punibilidad, con la aplicación de las agravantes pertinentes [CP, Art. 3.º] y no los casos de pluralidad delictiva, a los cuales se podrá reconducir desde el punto de vista punitivo siempre y cuando, adviértase, se den los presupuestos típicos necesarios para ello (concurso ideal). Una visión contraria es la que genera tantas confusiones en materia de continuidad delictiva que, por descontado, se trasladan al ámbito sustantivo de la concurrencia. De este modo, en el siguiente aparte se analizan de forma separada las instituciones del aparente concurso de tipos, el concurso ideal, el concurso real y el concurso medial, en comparación con el delito continuado, a partir de las legislaciones colombiana y española.

A. EL APARENTE CONCURSO DE TIPOS (Gesetzeinheit). Esta figura, ambigua y señalada de manera diversa por la doctrina como “unidad o concurso de leyes”⁶⁴, “concurso aparente de normas penales”⁶⁵, “concurso aparente o artificial de tipos”⁶⁶, e incluso “concurso ideal o real impropio”⁶⁷,

⁶⁴ Hablan de «unidad»: SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, p. 119; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 867; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 551. De concurso: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 309; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1036 y cita núm. 50; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 303; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 676; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 12; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 652; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 466; ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, Civitas, 1991, p. 39; PUIG PEÑA, *Colisión...*, *ob. cit.*, p. 15, le define como “[...] aquella situación de conflicto que surge en la aplicación de las leyes penales cuando dos o más normas vigentes al momento de verificarse la calificación de una conducta delictiva, regulan esta misma situación de hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas excluye necesariamente la de la otra”; GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 376; MENDOZA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 131; VON WEBER, *Lineamientos...*, *ob. cit.*, p. 112.

⁶⁵ MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 40; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 859.

⁶⁶ *Vid.* EBERHARD WIECZORECK, *Strafrecht, Kurzlehrbuch zum Allgemeinen Teil des StGB in der seit 1975 geltenden Fassung*, 3. Überarb. auf., Stuttgart, Richard Boorberg, 1976, p.

según la naturaleza que se quiera hacer valer de ella, es una de las instituciones más importantes y por ello mismo más controvertidas de la teoría general del Derecho, al reflejar el límite valorativo entre la unidad y la pluralidad de tipos penales (¡no entre la acción y el tipo!), a partir de la interpretación del injusto específico que expresa la clase de delito realizado por el autor. Desde luego, en la doctrina no faltan autores que señalan la inutilidad práctica del aparente concurso como figura autónoma⁶⁸, para resolver, mediante una función interpretativa, eventos que —se afirma— materializan fallas legislativas al crear los tipos penales (criminalización primaria)⁶⁹.

En cualquier caso, este fenómeno no es regulado con frecuencia en las legislaciones penales vigentes, aunque de manera excepcional subsistan normas que definan la aplicación de los principios político-criminales que lo sustentan, como sucede —por ejemplo— con los principios de especialidad y subsidiariedad expresa [CPE de 1995, Art. 8.º; L. 57/1887, Art. 5.º; CP Italiano, Art. 15 (especialidad bilateral); CP Puerto Rico, Art. 12 y CP Costa

84, la tilda de artificial; PÁEZ POLO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 217; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1004; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 502.

⁶⁷ Vid. en Alemania, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 732 (*Tratado*, p. 790); KIENAPFEL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 582, habla de “Unechte Konkurrenz”; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 436 y sobre la cuestión terminológica p. 438; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 574. También sobre la cuestión terminológica, *cf.* MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 42; REYES ECHANDÍA, “Derecho...”, en *Obras...*, vol. I, *ob. cit.*, p. 567. Sobre el tema en general: BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 803 y ss.; MANFRED BURGSTALLER, “Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht”, en *JBl*, 1978, pp. 393-459; EDUARD DREHER, “Grundsätze und Probleme des § 49a StGB”, en *GA*, 1954, p. 11; RUDOLF HIRSCHBERG, “Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz”, en *ZStW*, núm. 53, 1934, p. 34; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 363; ULRICH KLUG, “Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz”, en *ZStW*, 68 Band, 1956, pp. 398-416; JÜRGEN SEIER, “Die Gesetzseinheit und ihre Rechtsfolgen”, en *JurA*, 5 Jahrgang, 1983, pp. 225 y ss.; EGON SCHNEIDER, “Zur Gesetzeskonkurrenz im strafrechtlichen Gutachten”, en *JZ*, 1953, p. 660; ALFREDO ETCHEBERRY, *El concurso aparente de leyes penales*, Santiago, s/f; GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, “Concorso aparente di norme”, en *DDP*, t. II, Torino, 1988, p. 416.

⁶⁸ *Cfr.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 97: “[...] nada perdería la ciencia penal si la figura del concurso aparente desapareciera porque siendo ella tan solo una forma de manifestación de la unidad delictiva no puede haber duda alguna de que lleva consigo la aplicación de una sola sanción penal al autor del comportamiento unitario”; *ibidem*, pp. 107 y 108.

⁶⁹ Sobre la historia del aparente concurso, *vid.* JEAN PIERRE MATUS A., *La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana: desde sus orígenes hasta el presente* (primera parte), Chile, Red Ius et Praxis, 2006, p. 360. *vid.* cibergrafía; PUIG PEÑA, *Colisión...*, *ob. cit.*, pp. 25-30.

Rica, Art. 23⁷⁰]. Ausencia de regulación que se explica por dos razones diferentes:

Primera. La doctrina mayoritaria afirma, con razón, que el aparente concurso es un asunto librado a la hermenéutica jurídica de la ley penal aplicable en el ámbito de la concurrencia aparente de tipos previstos en la parte especial del Código Penal (Auslegungsansatz)⁷¹. Así, la CSJ PENAL, en auto del 25.06.2002, e17089, E. LOMBANA, señala: “[l]a ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del non bis in idem que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que «*lex primaria derogat legi subsidiariae*» que exige que sólo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo”⁷². Segunda. La doctrina también afirma que las regulaciones legales poco o nada aportan para esclarecer la naturaleza de la institución y dejan mucho que desear en

⁷⁰ Vid. CP PUERTO RICO. L. 149/18.06.2004. De la interpretación. Art. 12. “Concurso de disposiciones penales. Cuando un mismo hecho se regula por diversas disposiciones penales, (a) La disposición especial prevalece sobre la general. (b) La disposición de mayor alcance de protección al bien jurídico absorberá la de menor amplitud, y se aplicará la primera. (c) La subsidiaria aplicará sólo en defecto de la principal, si se declara expresamente dicha subsidiaridad, o ésta se infiere”. CP COSTA RICA (L. 4573/04.05.1970), Art. 23 “Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, solo se aplicará una de ellas, así la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene integradamente a otra se prefiere a ésta y aquélla que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria”.

⁷¹ Vid. MAX ERNST MAYER, *Derecho Penal*, Parte General, Maestros del Derecho Penal, núm. 25, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 621; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 89; CUELLO CONTRERAS, “La frontera...”, *ob. cit.*, pp. 53; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 654; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 467, indican: “[c]omo se deduce de la propia redacción del primer párrafo del Art. 8, el llamado concurso de leyes no tiene nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable [...]”; SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, p. 119; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso...*, *ob. cit.*, p. 39, confirma que es un problema de interpretación de los delitos y delimitación en su mutua relación, aunque inmerso en el ámbito de la teoría de la validez de la norma penal; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 562; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 713; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 115 y 117. También, el Art. 12 del CP de PUERTO RICO incluye una regulación sobre el tema en un título dedicado a la interpretación de la ley penal.

⁷² Revista *JD*, núm. 371 de nov. de 2002, pp. 2447 y ss.

materia de seguridad jurídica⁷³. En fin, como consecuencia de ello, la ubicación sistemática del aparente concurso supone una disputa entre la teoría del delito y la teoría de la norma penal y su validez, pero el lugar oportuno para estudiarlo es la primera de ellas no obstante sus semejanzas con la institución del concurso ideal.

Ahora bien, el aparente concurso de tipos se presenta cuando el intérprete, al emplear ciertas reglas hermenéuticas de naturaleza lógica, material y jurídica elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, desestima una aparente concurrencia de tipos penales para gobernar la unidad de conducta o conducta única realizada por el autor; para concluir —por lo que se refiere al alcance técnico-normativo de los distintos supuestos de hecho en apariencia concurrentes, por la naturaleza del bien jurídico tutelado en concreto y, desde luego, por la necesidad político-criminal de protección del sustrato que éstos protegen de forma individual o conjunta— que la conducta sólo se ajusta desde un punto de vista formal y material al desvalor de un sólo tipo penal⁷⁴. Es decir, sólo existe una única tipicidad efectiva —un caso de delito único—, aun cuando la unidad de acción que le precede haya sido realizada mediante varios actos, con la exclusión por oportunidad y justicia de la aplicación de las figuras concursales [CSJ PENAL, sent. del 15.06.2005, e21629].

Ello tiene razón de ser porque el análisis conjunto del sentido, alcance y relación contextual entre los tipos penales respectivos —como parte de un sistema normativo— permite advertir, por una parte, la naturaleza amplia, autónoma y prevalente de uno de los supuestos de hecho al contener de forma exhaustiva el desvalor de injusto que supone otro tipo penal, en relación con la conducta concreta que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado —función teleológico-interpretativa del bien jurídico⁷⁵ [CCONST., sent. C-319/2000]. Y, por la otra, la aparente operatividad del

⁷³ Cfr. ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 111.

⁷⁴ Sobre dicho procedimiento, *vid.* PUIG PEÑA, *Colisión...*, *ob. cit.*, pp. 9 y ss. Además, PUIG (*ibidem*, pp. 17 y 18) señala tres condiciones para verificar la existencia de un conflicto de normas: (i) coexistencia temporal de las leyes; (ii) coexistencia espacial de las normas; y (iii) coexistencia disciplinante de la misma situación de hecho.

⁷⁵ *Vid.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 23.

segundo, cuya posible tipicidad es interceptada por el primero y dispensada de la declaración de culpabilidad en la sentencia condenatoria.

De este modo, sólo resulta necesaria la adecuación y aplicación de una de las dos posibles tipicidades penales —y su correspondiente sanción—, para abarcar en su totalidad la ilicitud material del comportamiento delictivo y satisfacer la finalidad de protección del ordenamiento penal. Tal y como afirma el TS: “en el concurso de normas el hecho es único, en su doble vertiente natural (de la realidad) y jurídica (de la valoración), pues se entiende que el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico que es tutelado por las normas concurrentes, por lo que el contenido de injusto y de reproche de este hecho queda totalmente cubierto con la aplicación de sólo una de dichas normas penales, haciendo innecesaria la aplicación de las demás” [SSTS 468 del 27.04.2006 (RJ. 2006-3143), 1768 del 02.01.2004 (RJ. 2004-2129), 778 del 29.05.2003 (RJ. 2003-4280), 1493 del 21.12.1999 (RJ. 1999-9436); también STS 1430 del 29.10.2003 (RJ. 2003-8401)].

Desde luego, esta opinión no es unánime en la doctrina como se dirá más adelante, porque algún sector considera que la base del “concurso aparente” es la efectiva existencia de una pluralidad de tipicidades y no la simple posibilidad de una pluralidad de subsunciones del comportamiento. Así, se abarca en el ámbito concursal a los supuestos de concurso aparente de tipos, algunas veces denominado «unidad de ley», al que se niega su naturaleza interpretativa⁷⁶ con aplicación de la norma concursal de segundo nivel, sin que en realidad existan varias tipicidades efectivas. Al respecto, CUELLO CONTRERAS⁷⁷ sostiene que la solución del conflicto se da en la sede

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 63, asegura que “hay que rechazar una explicación del concurso, ya sea de leyes o de delitos, basada exclusivamente en la interpretación. La interpretación es un instrumento en el proceso de aplicación de la ley y, como se ha señalado anteriormente, para saber si los preceptos concurren efectivamente —para verificar si concurren todos los requisitos exigidos por la correspondiente figura de delito— no queda más remedio que realizar en el plano abstracto una interpretación de los tipos legales. Mediante operaciones interpretativas se aclara el sentido de cada una de las normas concurrentes y en ese sentido la interpretación «interviene» en toda situación concursal, pero no son los criterios de interpretación los que dan la clave de la prevalencia de una de las leyes frente a las demás o los que señalan la aplicación de todos los preceptos. La interpretación aparece como un instrumento del que no se puede prescindir en la resolución de los problemas concursales pero que no se identifica con los mismos”.

⁷⁷ CUELLO CONTRERAS, “La frontera..., *ob. cit.*, pp. 93 y 94.

normativa y no en el ámbito concursal, dado que éste interviene luego para permitir al intérprete determinar la solución punitiva más justa. Tal equiparación asume la idea de que el supuesto de hecho del aparente concurso es idéntico al del concurso efectivo, por lo cual el problema radica en reconocer la vigencia y validez de la aplicación y exclusión de una de las normas que, en efecto, son concurrentes pero sólo en apariencia aplicables (aunque, como se verá, al final aplicables desde el punto de vista punitivo).

Ahora bien. El aparente concurso es una institución que desarrolla sustantiva y desde la perspectiva político-criminal los principios de «plena valoración del injusto material del comportamiento» y «*ne bis in idem*»⁷⁸ [vid. STS 1235 del 20.06.2001 (RJ. 2001-9984); CE, Art. 15; CP, Art. 8.º y CPP, Art. 21].

Desde el punto de vista del principio de plena valoración del injusto material del comportamiento, el operador jurídico debe considerar por completo el injusto total realizado por el autor, sin olvidar el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva y, por supuesto, el bien jurídico tutelado. SAUER plantea el problema así: “¿Es agotado completamente por una ley (una aplicación de una ley) el contenido material de injusto y el contenido de culpabilidad de una situación de hecho?”⁷⁹; con ello, si las propiedades del injusto material quedan cubiertas de forma exhaustiva sólo por un tipo penal, entonces no será proporcionado adecuar y aplicar otros supuestos de hecho distintos y su consecuencia. Esta situación resulta cubierta por la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad⁸⁰ (proporcionalidad en sentido estricto, razonabilidad y

⁷⁸ En el mismo sentido GILBERTO LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, A. Giuffrè, 1974; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 88 y 101, aunque la prohibición no recae sobre la duplicidad de supuestos de hecho, si no directamente sobre la prohibición de aplicar las consecuencias jurídicas. Sobre el tema, *vid.* CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA y PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho Penal Económico*, Parte General, Bogotá, Ibáñez, 2010, pp. 235 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, “Unidad y Pluralidad de Acciones Típicas”, en *Estudios de Derecho Penal General. El Concurso de Delitos – Culpabilidad*, Ed. Jurídica Bolivariana, Bogotá, 1995. p. 109.

⁷⁹ SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 352. Sobre el tema *vid.* KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1814-1816.

⁸⁰ En este sentido, *vid.* NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 133, indica que “[e]l concepto de lo proporcionado se utiliza en el ámbito penal, de hecho, a la hora de analizar

necesidad de pena [CP, Art. 3.º]) y, en su caso, por el límite que impone el principio constitucional de *ne bis in idem*; por el contrario, si dicho injusto no queda cobijado por un solo tipo penal y la valoración plena del hecho demuestra la necesidad de aplicar otros supuestos de hecho junto al primero, se debe reconocer una concurrencia efectiva de tipos en el marco del principio de legalidad [SSTS 468 del 27.04.2006 (RJ. 2006-2587) y 1430 del 29.10.2003 (RJ 2003-8401), Reunión del pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del TS, celebrada el 08.03.2002 (JUR 2002-132119); CSJ Penal, sent. 06.09.2007, e26591, en un caso de secuestro y tortura].

Por su parte, desde el punto de vista del principio de *ne bis in idem* sancionador material⁸¹ se impide que una conducta, por su significado normativo, se adecue de forma innecesaria a dos supuestos de hecho o a un elemento modificado con características similares, que generen

varias de sus instituciones jurídicas vinculadas a la teoría del delito. [...] Sí adquiere plena funcionalidad, en cambio, en el análisis del injusto típico a la hora de enjuiciar la posible subsunción de un supuesto concreto en el ámbito de tutela del precepto que se quiere aplicar —y que prevé una determinada pena, más o menos grave— y de valorar la antijuridicidad material del comportamiento o su componente de ofensividad respecto a lo que se quiere tutelar. Aquí es donde se destaca la funcionalidad del principio de proporcionalidad en el análisis del delito”. Sobre el tema consúltese la importante obra de GLORÍA PATRICIA LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

⁸¹ Noción que se distingue del *ne bis in idem* procesal, en el sentido de prohibición de doble juzgamiento de un hecho. Vid. JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *El principio de non bis in idem*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 9 y ss.; JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Principio de legalidad y “ne bis in idem”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva, Enrique Orts Berenguer y Manuel Quintanar Díez (Coords.), Madrid, Dykinson, 2005, pp. 163-170; CASTRO CUENCA y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, ob. cit., pp. 232 y 261 y ss. En este sentido, la CSJ PENAL, sents. del 18.02.2000, e12820; sent. 10.05.2001, e14605; sent. 09.03.2006, e23755; sent. 26.03.2007, e25629; sent. 20.08.2008, e29935 y sent. del 25.07.2007, e27383, en la última de las cuales se advierte que el axioma del *non bis in idem* comprende varias hipótesis, “Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación. / Dos. De una misma circunstancia no se pueden extraer dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración. / Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada. /Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición. / Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material”.

consecuencias jurídicas divergentes e inadmisibles para el procesado al replicar o reiterar de manera desproporcionada el ejercicio del *ius puniendi* [SSTC 02 de 1981 (RTC 1981-2), STC 66 de 1981 (RTC 1981-66), 154 de 1990 (RTC 1990- 154) y 204 de 1996 (RTC 1996- 204) STC 221/97 de 4.12 (RTC 1997, 221); STS 1424 del 05.12.2005 (RJ 2006-1927), Corte Const. sent. C-554 de 2001, C-551 de 2001, C-007/2002 y C-394 de 2006].

El *ne bis in idem* en el sentido de la teoría del aparente concurso de tipos no descansa en la simple prohibición de emplear un elemento típico o una circunstancia de la realidad incluida desde la perspectiva formal en dos supuestos de hecho, cuando estos tengan distinta significación normativa [STS 14 del 20.01.2006 (RJ. 2006-58)], sino en la prohibición de la doble valoración de un elemento típico o de una circunstancia de un injusto independiente (*idem*), que tenga el mismo fundamento o significado normativo de injusto en el contexto global de dos posibles tipicidades que se solapan desde el punto de vista jurídico entre sí⁸², debido a la identidad del

⁸² Sobre el particular: JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El principio non bis in idem*, Dykinson, 2005, *vid.* cibergrafía; EDUARD DREHER, “Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen”, en *JZ*, 1957, p. 155; ROLF DIETRICH HERZBERG, “Ne bis in idem—Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils”, en *JuS*, 1972, p. 113; JAN C. JOERDEN, “Die «Verdoppelung»—ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts”, en *GA*, 1984, p. 249; RUDOLF SEEBALD, “Die mißverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen”, en *GA*, 1975, p. 230; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 250: “[a]unque dos tipos posean uno o varios elementos comunes ello no significa aún que no sea posible su aplicación conjunta. A la hora de tener en cuenta una posible infracción al *non bis in idem* no hay que limitarse a constatar una posible coincidencia de elementos típicos, sino que hay que comparar el significado de los tipos globalmente considerados y únicamente cuando su significado sea coincidente (es decir, cuando el desvalor de uno de ellos esté por completo contenido en otro), se podrá afirmar que una aplicación conjunta de los preceptos en el caso concreto supondrá un *bis in idem*. Sólo en este último caso la imposición de una doble sanción resultará innecesaria y desproporcionada”. De igual forma: CSJ PENAL, sent. del 27.06.2007, e27735, M. PULIDO DE BARÓN, citada más adelante en extenso, al tratar el tema de la subsidiariedad expresa. Otros ejemplos se advierten en la jurisprudencia de la CSJ PENAL, así: la sent. del 08.05.1987, E. SAAVEDRA, *GJ*, 2428: “[...] no se configura un concurso ideal de prevaricato por acción si, en una sola providencia judicial, un juez, viola manifiestamente varias disposiciones legales”; también existirán un concurso aparente, por regla general, en los siguientes casos, Prevaricato y Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto [CSJ PENAL, sent. del 19.04.1988, D. PÁEZ, *GJ*, 2432], Prevaricato y Abuso de función pública [CSJ PENAL, sent. del 18.04.2007, e23250; sent. 19.09.1996, N. PINILLA; sent. 22.04.1982, L. ROMERO; sent. 14.09.1995, C. MEJÍA, entre otras], Prevaricato por asesoramiento ilegal y Abuso de Autoridad por asesoramiento ilegal [CSJ PENAL, sent. del 25.08.1994, J. TORRES y sent. del 27.08.1997, F. ARBOLEDA; CSJ PENAL, Autos del 16.02.1982, D. PORRAS y del 12.08.1986, G. GÓMEZ].

sujeto, del hecho o del fundamento⁸³ (Verbot der Doppelbewertung) [CP, Arts. 55 y 58: “[s]on circunstancias [...], siempre que no hayan sido previstas de otra manera:”]. Por supuesto, esta es una prohibición cuya finalidad es impedir la aplicación de la normativa concursal y, con ello, una consecuencia jurídica excesiva o agravar dos veces la pena prevista en la norma a la hora de realizar la determinación de la pena; así, la STS 346 del 31.03.2006 (RJ. 2006-1958) afirma: “[e]l principio *ne bis in idem* no se vulnera sólo porque sea el mismo hecho, sino cuando la consecuencia jurídica de los diversos procesos son desproporcionadas respecto de la gravedad del hecho”.

En fin, de la interrelación o complementariedad de los dos axiomas mencionados da cuenta ESCUCHURI⁸⁴, al afirmar que el principio de íntegra valoración del “hecho” se transgrede por exceso (proporcionalidad), cuando se desconoce el *ne bis in idem* pero, a la vez, el principio de *ne bis in idem* no se agota en evitar una doble valoración del “hecho”, sino que demanda consumir —según el principio de legalidad— el desvalor total del hecho (desvalor de acción y de resultado).

En este orden de ideas, la diferencia entre el aparente concurso de tipos y el concurso efectivo reside en que, en el primero, solo en apariencia concurren varios supuestos de hecho mientras que, en el segundo, se puede constatar finalmente una pluralidad de tipicidades aplicables al caso concreto, que no solo deben ser sancionadas de forma conjunta sino, también, enmarcadas por la declaración de culpabilidad en la sentencia condenatoria⁸⁵. Ello, porque el análisis del injusto total del comportamiento implica la necesidad político-criminal de reconocer la validez y el significado normativo independiente a los elementos no concurrentes entre dos o más tipos y, desde luego, a la autonomía valorativa del contenido de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro efectivo⁸⁶ (injusto material) [SSTS 468 del

⁸³ Sobre estos elementos *cf.* CASTRO CUENCA y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 252 y ss. y 269.

⁸⁴ *Vid.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 116.

⁸⁵ *Vid.* SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 211.

⁸⁶ Sobre el particular, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 228, quien al analizar el papel del bien jurídico en materia concursal, sostiene: “[a]l interpretar los tipos concurrentes tenemos que preguntarnos cuál es el valor que tratan de proteger, de qué

27.04.2006 (RJ. 2006-3143) en el caso de robo con intimidación o violencia en las personas y detención ilegal de una de las víctimas que es introducida en el coche de los atracadores con la finalidad de pedir un rescate por ella, para ser puesta en libertad tras varios minutos de encierro; STS 1597 del 21.12.2005 (RJ. 2006-1273) en un caso de blanqueo de capitales procedentes de ganancias ilícitas derivadas de actividades delictivas; SSTS 1493 del 21.12.1999 (RJ. 1999-9436) y 1017 del 16.06.1999 (RJ. 1999-5690), en una hipótesis de una misma conducta que afecta el patrimonio económico y la fe pública]. Por su parte, en el aparente concurso solo existe un tipo penal y una consecuencia jurídica aplicable a la conducta realizada por el autor. De hecho, desde el punto de vista metodológico, el concurso efectivo supone clarificar con antelación si la conducta permanece en una determinada zona típica (unidad delictiva por implementación de la norma prioritaria) o si, por el contrario, la valoración jurídica de esta se debe extender a otras zonas para enriquecer la tipicidad penal (conurrencia de delitos)⁸⁷.

De otro lado, al igual que en el aparente concurso de tipos, en el delito continuado se presenta una aparente adecuación de tipicidades frente a la unidad de conducta final. Fisonomía que se desvirtúa cuando se concluye que cada acto parcial seriado, según la proyección valorativa que indican la unidad de fin y el plan previo, implica una progresión de la lesión total del mismo bien jurídico que conforma una única tipicidad y un injusto unitario. La diferencia radicaría, para matizar la opinión de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁸⁸, en que los casos de continuación delictiva implican

forma, frente a qué ataques porque ello nos permitirá averiguar asimismo el alcance de cada tipo, su conexión sistemática con los demás, y esto en definitiva esclarecerá las relaciones que existen entre los tipos y determinará la solución concursal adecuada”.

⁸⁷ Vid. GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, ob. cit., p. 376; BACIGALUPO, *Principios...*, ob. cit., p. 417; CUELLO CONTRERAS, “La frontera...”, ob. cit., p. 50. También, la jurisprudencia de la CSJ PENAL, sent. del 14.03.1988, G. GÓMEZ, *GJ*, 2432, afirma que existe concurso (uso de documento público falso y estafa), cuando se presenta una “[...] extensión de la zona por enriquecimiento del tipo por acción u omisión y se vulneran bienes jurídicos tutelados o se ofenden otros sujetos”.

⁸⁸ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, ob. cit., pp. 51 y 52. Se trata de una posición matizada, porque este autor funde el elemento normativo de la teoría ontológico-normativa con el aparente concurso de tipos, de tal suerte que esta institución también determinaría la unidad y la pluralidad de acciones. Pero una cosa es que el tipo total abarque en unidad de conducta las acciones parciales de conformidad con el sentido del tipo y otra, por supuesto, es determinar si tal unidad de acción en virtud del bien jurídico

reinterpretar el principio de “consunción” a modo de progresión (o una especie de subsidiariedad material por actos copenados progresivos), de tal suerte que no es que una tipicidad interfiera a las demás en aparente relación de horizontalidad, sino que el tipo comprensivo de la acción parcial más grave y del resultado total (el injusto unitario) agote e integre por completo el desvalor de cada acto parcial, siempre que la naturaleza del bien jurídico no obligue a considerar diversas tipicidades, para configurar supuestos de concurso ideal homogéneo de tipos y no casos de delito continuado. El criterio rector en estos casos, pues, es la orientación teleológica del acoplamiento en serie de los diversos actos parciales, de acuerdo con el plan del autor.

Desde luego, esta equiparación entre los efectos del aparente concurso y la unidad típica continuada, que es clara para la jurisprudencia constitucional colombiana⁸⁹, ha sido criticada por la doctrina en el sentido de que si no se aprecia el delito continuado como una genuina excepción jurídica del concurso efectivo de tipos, no sería posible un encuadramiento a futuro de diversas tipicidades independientes como un concurso real, cuando la continuación no pueda gobernar más la unidad de conducta⁹⁰. En todo caso, la crítica sólo resulta afortunada, en primer lugar, si como consecuencia lógica y necesaria de la unidad que devela el aparente concurso se sostiene, también, el principio de exclusión absoluta entre las posibles adecuaciones típicas; y, en segundo lugar, si la unidad de acción se hace depender del

demanda una o varias razones de protección y, por ende, una o varias tipicidades. Así, CSJ PENAL, sent. del 04.06.1986, E. SAAVEDRA, *JP*. 1986, *ob. cit.*, p. 71: “la consunción, entonces es la última unión que existe entre los varios aspectos de la conducta que se juzga, y que simultáneamente encaja en diversos tipos penales, pero no todas estas conductas sucesivas están orientados hacia una meta única, razón que justifica su unidad de aplicación jurídica y para evitar incurrir en la violación del principio citado (*non bis in idem*), se recurre a la adecuación de la norma que contiene una mayor riqueza descriptiva y que incluye, subsume o consume el tipo de estructura más simple”. En sentido similar, *vid.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 226.

⁸⁹ *Vid.* CCONST., C-368/2000: “[e]n lo que atañe a la acusación del artículo 32 [CPM], afirma que no ofrece discusión la constitucionalidad de esa norma, pues una modalidad del concurso aparente de tipos penales es el delito continuado, y aunque no existe una norma análoga en el código penal, se han desarrollado criterios para determinar cuándo se está en presencia de un concurso aparente, con base en el artículo 26 de dicho ordenamiento, en aras de evitar una violación al principio del *non bis in idem*. No hay mérito para considerar que el establecimiento legislativo de una de las formas de resolver el concurso aparente de tipos quebrante la Constitución; por el contrario, es prenda de garantía del principio antes citado”.

⁹⁰ *Cfr.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 48, 66 y 67.

concepto de continuación, con exclusión de la posibilidad de configurar un concurso ideal precedido por la misma unidad de acción en sentido amplio. En otras palabras, si se considera que la continuación es una ficción jurídica.

1. Aproximaciones a su naturaleza. La naturaleza del “aparente concurso de tipos” es un tema conflictivo en la doctrina y en la jurisprudencia, en cuyo seno imperan diversas posiciones teóricas, incluso contradictorias entre sí. Sin embargo, como se ha sugerido con razón, tales construcciones solo pretenden establecer cuál de las concepciones enfrentadas concuerda mejor con cada sistema de Derecho penal positivo, para resolver de manera satisfactoria los problemas entre la unidad y la pluralidad de tipos⁹¹. Véanse a continuación dichas posiciones jurídicas, en términos generales.

(1) En primer lugar, algún sector doctrinal afirma que estas hipótesis representan una “conurrencia ideal impropia” o un “concurso real aparente” de delitos (Gesetzeskonkurrenz) que, por una excepción valorativa, no se resuelve mediante las reglas de la normativa concursal (concurso propio), porque el contenido delictivo de la acción se satisface con la aplicación exclusiva y excluyente de la punibilidad de uno de los delitos concurrentes de primer nivel (excepción típica por preferencia o completitud punitiva y *ne bis in idem*)⁹². Desde luego, el concurso propio y el impropio conformarían una figura genérica de segundo nivel denominada “concurso de leyes en sentido amplio”⁹³, compuesto por varios preceptos penales aplicables a un suceso de la realidad concreto —no abstracto—. Así, por ejemplo, REYES ALVARADO sostiene: “en la figura analizada existe un

⁹¹ Así, PEÑARANDA RAMOS, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 51; CÓRDOBA RODA et. al., *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 328 y ss.

⁹² Así, ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, vol. II, p. 394; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 442, afirma que también el concurso artificial es un concurso efectivo respecto a cómo la conducta del perpetrador se adecua a varios tipos. Con claridad, MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 653, indica: “[s]egún la doctrina mayoritaria el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque sólo uno de ellos será aplicable. [...] La primera concepción es preferible por cuanto permite que el precepto o preceptos desplazados puedan ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente y, sobre todo, que pueda aplicarse en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente pero no el desplazado”.

⁹³ Cfr. ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 12 y 13.

verdadero concurso de tipos penales pero un único hecho punible”⁹⁴, de tal forma que lo aparente es la concurrencia de sanciones penales precedida por un supuesto de hecho especial —distinto al supuesto de hecho y a las penas de cada norma—, porque es indudable que la conducta es recogida por las normas penales aplicables al caso concreto.

Así las cosas, desde un punto de vista técnico, los casos de aparente concurso serían verdaderas hipótesis de concurso de delitos, dado que al sustraer alguna de las normas concurrentes, la conducta puede ser castigada por otra norma legal, aunque se afirme en principio que esta queda excluida. Dicho lo cual, el problema del aparente concurso se restringe a los casos de especialidad y a unos pocos de subsidiariedad como excepciones punitivas (no sustantivas), mientras que en otras hipótesis se aplica por lo general la concurrencia de delitos. Así mismo, este sector de la doctrina distingue el aparente concurso de leyes del simple conflicto de leyes, en el cual dos o más preceptos penales que resultan de forma total o parcial coincidentes entre sí, presentan una regulación diferente que plantea el problema de su vigencia y validez, con la lógica derogación de uno de ellos; dicho lo cual, no se trata de un problema de aplicabilidad o inaplicabilidad de uno de los preceptos penales⁹⁵.

Además, la metodología de esta postura teórica supone dos fases o etapas diferentes desde la perspectiva del concurso en sentido amplio (leyes y delitos). Según ESCUCHURI, “[...] el problema concursal se origina en el momento en que un sujeto, en un contexto espacio-temporal determinado, realiza los requisitos típicos de varias figuras delictivas porque, a partir de ahí, se inicia el camino para averiguar si esa pluralidad de realizaciones típicas se corresponde con una unidad o pluralidad de infracciones”⁹⁶. Así, en la primera fase, el operador jurídico verifica si uno de los preceptos que

⁹⁴ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 84. Así mismo, *ibidem*, pp. 84 y 85: “[...] si no existiera una pluralidad de disposiciones penales a las cuales se adecuara un comportamiento, no habría razón alguna para que se ideasen mecanismos que permitieran al funcionario judicial elegir entre varias disposiciones legales como ocurre actualmente con los denominados principios de alternatividad, especialidad, subsidiariedad y consunción”.

⁹⁵ *Cfr.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 14 y 15.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 241 y 242.

concurrer agota el desvalor total del suceso fáctico —supuesto de hecho especial del concurso de leyes—, o si es necesario aplicarlos todos de forma conjunta —supuesto de hecho del concurso de delitos—, porque el primero deja sin valorar aspectos importantes de los otros tipos. A su turno, en la segunda fase, siempre que resulte aplicable la pluralidad de preceptos penales (concurso de delitos), se debe determinar “en qué medida” se aplica cada uno de los preceptos concurrentes y cuál será la penalidad justa, proporcional y adecuada para dicha concurrencia de delitos. Para la autora citada, pues, esta segunda fase se justifica porque —aunque se llegue a comprobar la aplicabilidad conjunta de los preceptos— ello no significa que sea posible “sumar” las consecuencias de estos⁹⁷.

Esta posición teórica es criticada, porque se construye sobre la base ficticia de una concurrencia efectiva de normas autónomas que no puede confundirse con una verdadera pluralidad delictiva, cuya autonomía en realidad es sólo aparente⁹⁸. Una ficción jurídica que se sostiene para mantener la posibilidad abstracta de aplicación de los tipos, con independencia de la procedencia real de la pluralidad de tipicidades y, desde luego, como petición de principio para negar a su turno dicha concurrencia efectiva, por lo general desde el punto de vista penológico. De este modo, la doctrina suele afirmar que “[...] [p]ara fijar los requisitos que determinan la existencia de un concurso de leyes en sentido amplio hay que comprobar antes que nada que los preceptos aparentemente concurrentes concurren en realidad”⁹⁹. Dicho lo cual se confunde la tipicidad misma (adecuación efectiva) con la posibilidad efectiva de adecuación de un comportamiento en la esfera contextual de varios supuestos de hecho (juicio de tipicidad).

Del mismo modo, cuando se le da relevancia previa a la autonomía de los supuestos de hecho en apariencia concurrentes, que luego se desvirtúa en el juicio de tipicidad, se hace más confuso el tema de los límites típicos

⁹⁷ *Ibidem*, p. 60. Con lo cual parece contradecir las ventajas que agrega la doctrina a esta postura.

⁹⁸ *Vid.* MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 48: “[e]llas son incompatibles como normas autónomas, en cuanto sustancialmente la una es comprendida en la otra de forma no autónoma” (t/l). También, CSJ PENAL, sents. del 15.08.1989, G. GÓMEZ, y sent. del 15.19.1983, L. ALDANA.

⁹⁹ Así, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 27.

aplicables al comportamiento, porque esta teoría supone realizar una distinción innecesaria respecto del delito único. Por una parte, se distinguen los “verdaderos supuestos de delito único” por fuera del “concurso de leyes”, que se regirían por relaciones lógicas de exclusividad respecto a la validez o vigencia de la ley aplicable, con lo cual, la alternatividad y la heterogeneidad de los preceptos haría imposible hablar de “conurrencia”. Y, por otra, los supuestos pertenecientes a la esfera del concurso de delitos (leyes en sentido amplio) y que se reconducen a un supuesto de delito único, aunque no lo sean, pues se presenta una concurrencia aparente-real de normas penales —demostrada en el mismo proceso penal— que supone conflictos de validez o de vigencia. Es decir, que la concurrencia aparente puede quedar sólo en un «conflicto de leyes».

Con esta línea de argumentación, ESCUCHURI sostiene: “[...]la figura del concurso de leyes no puede reducirse a una cuestión interpretativa que justifique su estudio en la teoría de la ley penal. Uno de sus rasgos definitorios, que sirve precisamente para incluirlo en la teoría del concurso, es que la conducta del sujeto realiza simultáneamente los requisitos de varias figuras delictivas; esto obliga a averiguar por qué y conforme a qué delito se le castiga. El que finalmente se afirme la existencia de un único delito no lo equipara a otros supuestos de unidad delictiva caracterizados por la presencia de una sola realización típica”.¹⁰⁰ Dicho lo cual, para este sector doctrinal lo que importa no es el resultado obtenido con el reconocimiento del concurso aparente de tipos (el delito único) o con la declaración del concurso propio (conurrencia de tipicidades), sino la metodología por medio de la cual se llega a dicha conclusión: la concurrencia metodológica de tipos siempre sería la regla general. Esta distinción resulta dudosa, al menos, por dos razones:

Primero. Si se considera que la verdadera función material del principio de *ne bis in idem* es resaltar la prohibición de la doble valoración de un elemento típico o de una circunstancia que tenga el mismo fundamento o significado normativo de injusto, en el contexto global de dos tipos con consecuencias jurídicas diversas, la sola activación del aparente concurso

¹⁰⁰ ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 102.

que exige la subsunción sustantiva plural del comportamiento —hecho— en distintos preceptos y, por ello mismo, la existencia de dos o más tipicidades concretas por fuera de un procedimiento hermenéutico, supone *ab initio* la doble valoración de elementos con el mismo significado al construir el “supuesto de hecho especial del aparente concurso”, así se decida luego que una de las tipicidades concurrentes no es aplicada en un momento posterior. En este supuesto, pues, parece que no se respeta el funcionamiento *ab initio* del postulado como regla jurídica sustantiva (no solo punitiva) pues el solo hecho de legitimar la aplicación *ex post* (efecto oclusivo) de penas accesorias señaladas para un tipo descartado con anterioridad, por contener elementos típicos comunes de igual significado normativo que el aplicable, implica infringir el *ne bis in idem*, o al menos relativizarlo.

Y segundo. Porque el aparente concurso es un supuesto de delito único con independencia de la metodología empleada. Precisamente, en un sistema de tipos como el que asumen nuestros ordenamientos penales, es inevitable la existencia de conflictos de valor en sede del juicio de tipicidad que modifican la calificación sustantiva “dogmática” —no solo penológica— del comportamiento realizado por el autor, en sede del proceso judicial. Así las cosas, un “concurso de leyes” que deba ser resuelto mediante el principio de especialidad, por mucho que se denomine concurso aparente no dejará de ser un supuesto de delito único, tanto desde el punto de vista dogmático como penológico.

Para terminar, debe advertirse que esta teoría está relacionada con aquella concepción que concibe el delito continuado como una simplificación sustantiva en función de la unidad de pena por el hecho, en virtud de la cual se pretende exceptuar desde el punto de vista formal y material la regla de la acumulación material de penas, propia del concurso real homogéneo de delitos. En este sentido, CHOCLÁN afirma que “[...] la acción continuada deberá ser tratada como hipótesis de concurso de delitos y no de concurso de leyes (unidad de norma penal violada) en la medida en que subsista, pese a la unidad de hecho, la posibilidad de una pluralidad de encuadramientos típicos”. Desde luego, el delito continuado es una unidad de hecho (unidad ontológico-normativa de acción) y de norma típica violada, que implica la

realización de un aparente concurso de tipos en el que, al final, no subsiste una pluralidad de encuadramientos típicos aplicables con posterioridad.

De otro lado, no se olvide, cuando se afirma que esta institución es un verdadero concurso de delitos se supone que el problema concursal se reduce a verificar si dos comportamientos típicos antijurídicos y culpables merecen una consecuencia jurídica unitaria que los abarque en su totalidad. Sin embargo, con ello se olvida la verdadera naturaleza del supuesto de hecho concursal que, en realidad, es de naturaleza sustantiva y no sólo penológica, al menos por lo que se refiere al concurso ideal.

(2) En segundo lugar, otros autores asumen una teoría intermedia, a manera de variante de la anterior, según la cual el concurso aparente no se plantea como una disyuntiva interpretativa sino como un fenómeno de “unidad de ley penal” para gobernar la acción, excepcional al concurso efectivo de tipos en sentido estricto (pluralidad de leyes penales), compuesto por dos elementos diferentes: a) la consideración inicial y provisional de la plural adecuación de la conducta a los elementos objetivos y subjetivos de varios tipos penales, o la consideración de un doble riesgo de lesión contra el bien jurídico; y b) la valoración *a posteriori* de los tipos penales que implica descartar la combinación de tipicidades efectivas, en virtud de la interferencia que supone la primera norma frente a la segunda, al abarcar el injusto total de la conducta realizada por el sujeto¹⁰¹. De esta manera, varias leyes entran a competir y sólo una de ellas es aplicable desde el punto de vista fáctico, con lo cual se mantiene la distinción entre el juicio de tipicidad y la tipicidad efectiva del comportamiento, porque se parte de la idea de que el concurso —aunque supone una pluralidad de subsunciones jurídicas—

¹⁰¹ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 867 y ss.; CEREZO MIR, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, pp. 303 y 316, para quienes el concurso aparente “se da cuando una acción u omisión está comprendida en varios tipos delictivos pero sólo se puede aplicar uno de ellos, porque comprende ya la totalidad de lo injusto de la conducta realizada por el sujeto. Solo en este sentido cabe hablar de un concurso aparente de leyes penales, pues la acción u omisión están realmente comprendidas en los diversos tipos delictivos”; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1036 y 1037; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 652 y ss.; CSJ PENAL, sent. del 28.01.1999, e11192, E. LOMBANA: “[...] el fenómeno del aparente concurso de tipos penales parte de una unidad de acción que se ajusta a varias descripciones típicas de las cuales una sola de ellas le es aplicable [...]”.

depende de la existencia efectiva de una pluralidad de infracciones (delitos), que en el aparente concurso no se dan.

En este sentido, indica JAKOBS que el comportamiento del autor como ejecución del delito —por acción u omisión— queda abarcado por diversas formulaciones de delitos o leyes —*Deliktsformulierungen*— a partir del resultado que comportan en concreto, mientras que sólo conllevan una ley en el sentido de la determinación de un delito (injusto) —*Deliktsbestimmung*—¹⁰². Así las cosas, aun cuando se formulen varios delitos en relación con la conducta desplegada por el agente concretados hasta su aplicabilidad al caso concreto, el concurso es aparente y sólo cabe aplicar la consecuencia jurídica aplicable a la figura punible determinada que regula el caso concreto, en su sentido más amplio —principio de especialidad: (i) en virtud de la concreción de la consumación o subsidiariedad, (ii) en razón de las formas de participación más intensas respecto de las menos intensas, (iii) por los resultados más graves, (iv) por el hecho acompañante o consunción; y, v) especialidad en virtud de intervención previa o por hechos posteriores copenados.

Ahora bien, es indudable que estas perspectivas teóricas restringen desde el punto de vista político-criminal el postulado de exclusión típica¹⁰³ para justificar, por razones de justicia material, la aplicación extensiva y cumulativa de la punibilidad —total o parcial— del precepto desplazado o preferido, en cuatro casos prácticos; sobre todo, en las hipótesis de hechos posteriores consumidos o de actos copenados donde la pena de la norma preferente no logra castigar —por defecto— la unidad típica de modo proporcional (función de clarificación), así:

¹⁰² Cfr. JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1043, 1048 y 1049. De forma similar, JÜRGEN SEIER, “Die Gesetzseinheit und ihre Rechtsfolgen”, en *JurA*, 5 jahrgang, 1983, pp. 232 y ss.

¹⁰³ Sobre el particular, WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 233-234 (*Derecho*, p. 276); SEIER, “Die Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, pp. 226 y ss., y 236 y ss., que hace depender la exclusión típica de la modalidad de aparente concurso bajo análisis; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 447 y 448; CEREZO MIR, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 316, cit. 51: “la aplicación del precepto desplazado cuando deje de ser aplicable el preferente no plantea, a mi juicio, problema alguno, si se rechaza la tesis de la exclusión recíproca de tipos penales”; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1037, cita núm. 51; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 653 y 654; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1068 y ss.

(i) Para agravar la consecuencia del precepto preferente —norma primaria—, cuando ciertas circunstancias o elementos típicos adicionales estén incluidos en el precepto preferido —norma secundaria—, pero no en el preferente que resulta de este modo defectuoso. (ii) Para aplicar el efecto oclusivo o de clausura de la pena preferida —Restwirkungen des verdrängtes Delikts oder Sperrwirkung milderer Gesetzes—, cuando esta tenga un mínimo mayor que la pena del precepto preferente. (iii) Para imponer las medidas de seguridad y las penas accesorias —Nebenfolgen— inaplicables conforme al precepto preferente, pero sí en virtud del precepto preferido. Y, (iv) Para aplicar el precepto preferido como delito remanente evitando absoluciones injustas, cuando no sea posible aplicar el precepto preferente en su modalidad de tentativa. De todas maneras, el intérprete debe evaluar cada uno de estos efectos respecto al sistema punitivo previsto por la legislación nacional, dicho lo cual, no tienen validez universal¹⁰⁴.

De este modo, al menos en relación con los tres primeros supuestos, la doctrina dominante tiene razón cuando advierte que en la práctica jurídica esta teoría no permite observar diferencias entre algunas modalidades de aparente concurso y el concurso ideal de tipos desde el punto de vista de la punibilidad. En efecto, la pena aplicable al delito único sería gravable en los casos de subsidiariedad tácita y consunción mediante la adición residual de circunstancias con relevancia punitiva, como si en el aparente concurso rigiera el principio de combinación —declaración de culpabilidad y condena frente a todos los delitos en el cuerpo de la sentencia condenatoria—, tal y como se aplica de manera efectiva en el concurso ideal de tipicidades¹⁰⁵, y

¹⁰⁴ Cfr. ESER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 233-234; HERZBERG, “Ne bis in idem...”, *ob. cit.*, p. 113; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1068 y ss.; KIENAPFEL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 584; KURT MAATZ, “Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand ein vollendetes milderer Delikts verdrängen?”, en *NStZ*, 1995, p. 211; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 864-871; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52 p. 35; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 831, 840-841; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 653 y 654, advierte al menos cinco casos en los cuales puede resultar necesario aplicar el precepto desplazado cuando no es posible aplicar el preferente: (i) Cuando una modificación legislativa suprima el precepto preferente pero no el desplazado; (ii) para aplicar el precepto desplazado cuando el preferente es objeto de amnistía o indulto; (iii) en los casos de tentativa cualificada desistida; (iv) cuando la falta de dolo impida apreciar el precepto preferente pero no el desplazado; y (v) cuando el precepto preferente no pueda ser aplicado por razones procesales.

¹⁰⁵ Vid. HAFT, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 275; MITSCH, *Gesetzseinheit...*, *ob. cit.*, pp. 473 y 474; SEIER, “Die Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, pp. 232 y ss.; WARDA, “Grundfragen...”, *ob.*

no el principio de absorción delictiva plena que resulta lógico en las hipótesis de especialidad y subsidiariedad expresa.

Adiciones punitivas que, si bien se aplican a las hipótesis de concurso ideal, por la vigencia de un modelo especial de punibilidad para la adecuada punición material de la pluralidad de infracciones típicas —asperación o absorción agravada— y como excepción político-criminal a la acumulación material de penas, resultan inadmisibles en el aparente concurso de tipos, porque el delito único aplicable solo permite un sistema simple de punibilidad¹⁰⁶ y no una tercera pena como resultado de un modelo punitivo compuesto, fundamentado en una dudosa cláusula de subsidiariedad extralegal que se traslada de los supuestos de hecho a las consecuencias penales, en franca violación del *ne bis in idem*, prohibición de exceso y culpabilidad por el hecho. Así las cosas, ante la existencia de un aparente concurso de tipos, la norma preferida queda interferida en la imposición de la pena en la sentencia¹⁰⁷, siempre que la preferente gobierne hasta el fin la conducta realizada por el autor. Por varias razones:

(i) En primer lugar, porque hacer valer la posible adecuación típica del precepto preferido en un primer nivel de análisis ideal, como si fuese un delito de transición, sin ser su aplicación legítima en un segundo nivel posterior —pues el tipo preferente incluye ya el desvalor material del tipo preferido—, supone legitimar la aplicación de aquellas consecuencias penales que «puedan trascender residualmente a la vida jurídica», en virtud del núcleo sustancial de la norma aplicada en concreto que intercepta las demás en apariencia aplicables. De hecho, si para dar cumplimiento al principio de íntegra valoración del hecho deben tenerse en cuenta las consecuencias del precepto desplazado, entonces no se está en sede de un

cit., p. 88 y 92; BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, pp. 418 y 419; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 428.

¹⁰⁶ *Vid.* CCONST., C-133/1999, C. GAVIRIA.

¹⁰⁷ *Vid.* JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 737-738 (*Tratado*, pp. 794-795); RIGHI, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 435, señala que en el concurso aparente “[...] procede la exclusión de las penas previstas en los tipos excluidos, los que no tienen incidencia alguna. [...] Cuando un tipo primario desplaza a otro (secundario), no se verifica en realidad ningún concurso, ya que como las normas no suponen aportes distintos y necesarios para una apreciación total del hecho, en realidad no concurren. Por el contrario, el suceso debe inexorablemente ser subsumido en un único tipo legal con exclusión de los restantes, cuya posibilidad de ser aplicados esa sólo aparente”.

concurso de leyes sino frente a un concurso efectivo de tipos propio (real o ideal)¹⁰⁸.

De igual manera, justificar la aplicación del aparente concurso de tipos mediante los principios de absorción plena y combinación, resulta contrario al principio lógico de identidad que subyace en el *ne bis in idem*, como límite último de la figura. Esta situación ha impulsado a la doctrina alemana a reconocer como concurso de leyes sólo los casos de especialidad —en los cuales el tipo preferido no tiene significado en la determinación punitiva— y, además, como un concurso impropio de delitos los eventos de subsidiariedad y consunción, con el consecuente reconocimiento de que los principios obrantes en ambas figuras son transmisibles.

(ii) En segundo lugar, porque la eficacia residual y posterior de las consecuencias de una norma penal que resulta inaplicable mientras subsista la conducta preferente —que valora de forma exhaustiva el desvalor el comportamiento—, no sólo constituye una antinomia que vulnera el principio de *ne bis in idem*¹⁰⁹ material sino, también, una aplicación objetiva de las consecuencias jurídicas preferidas que contradice y quebranta la congruencia de la declaración de culpabilidad en la condena —así hayan hecho parte de las consideraciones en el juicio— y que, además, desconoce *contra legem* los postulados de legalidad de la pena —que supone sólo la

¹⁰⁸ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 52; tal forma de proceder entraña, sin duda, una complicación del todo innecesaria respecto de la figura, que desconoce el “principio” —aunque más bien regla— de la economía conceptual que debe regir la construcción del sistema científico.

¹⁰⁹ Vid. QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 759: “[...] lo importante para comprender por qué solamente es posible apreciar una infracción, radica en que la norma aplicada, al recoger la plenitud del injusto cometido, da lugar a que cualquier otra sanción, impuesta en nombre de otra, suponga una violación del principio *ne bis in idem* [...]”; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 117, por su parte, sostiene que en concordancia con los principios de plena valoración del hecho, proporcionalidad y *ne bis in idem* “[...] debería vetarse cualquier modificación de dicha consecuencia jurídica, es decir, no cabría reconocer ningún efecto residual al precepto desplazado. Lo contrario supondría un desajuste de la norma concursal, ya que la consecuencia jurídica prevista para el concurso de leyes (coincidente con la del precepto prevalente) se ha establecido en atención a su supuesto de hecho (conforme al cual se tiene en cuenta exclusivamente el precepto que agota el total desvalor jurídico-penal”, también *ibídem*, pp. 196 y ss., y 249. En contra: JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1068: “[...] no se contradice dicha prohibición cuando se tienen en cuenta todos los elementos de la proposición jurídica que está especificada hasta la aplicabilidad al caso concreto, es decir, conteniendo también los elementos de la ley desplazada, del modo en que es admisible en los elementos del tipo, lo relevante para la determinación de la pena no es que concurran estos elementos, sino en qué cantidad”.

aplicación punitiva del tipo aplicable—, culpabilidad y proporcionalidad por exceso en la valoración plena del hecho legislado y en la medida justa de la pena aplicable. No se puede, entonces, olvidar que las consecuencias penales no tienen una vida independiente y transferible por fuera de las conductas típicas, antijurídicas y culpables aplicables en concreto que las originan.

Y, en tercer lugar, pasa por alto que el juez puede reconocer relevancia punitiva a determinados hechos procesales, propios de la norma secundaria, mediante los criterios dosimétricos previstos en la ley —grado de injusto y de culpabilidad— en la individualización judicial de la pena, pautas que de manera reglada le permitan agravar la medida de la pena o imponer consecuencias accesorias que suplan los efectos preventivos buscados, sin admitir una tipicidad «contingente» o, en segundo plano, respecto a la tipicidad que sea aplicable¹¹⁰.

En fin, como lo indica MORO, admitir tal eficacia concurrente en el aparente concurso, como si en él la validez de las normas fuese igual que en el concurso ideal, no sería sino duplicar la fuerza normativa del supuesto de hecho preferido de forma inútil e injusta¹¹¹. Es más, este proceso ideal no puede entenderse como una superposición de normas, en el sentido de que hay más reglas válidas y aplicables al caso concreto, algunas de las cuales en un cierto punto ceden el sitio a otra elegida como la más idónea para regular la situación de hecho¹¹².

Para terminar, ambas teorías consideraran la normativa del “concurso aparente” como una excepción a la aplicación de las reglas concursales o, lo que es lo mismo, entienden que se trata de una institución subsidiaria del concurso de “delitos” o tipos. Perfil que, sólo en apariencia, asume el Art. 8.º del CPE de 1995 cuando indica desde la perspectiva metodológica que “los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos

¹¹⁰ Así, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 738 (*Tratado*, p. 795); PEÑARANDA RAMOS, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 57.

¹¹¹ Así, MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 48: “[...] el admitir una eficacia concurrente en el sector limitado de la norma cuya función es absuelta por aquella prevalente, querría decir duplicar la fuerza normativa de modo inútil e injusto” (t/l).

¹¹² *Ibidem*, p. 115.

de este código, y no comprendidos en los Arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas [...]”. Por supuesto, la duda en torno a si esta norma de referencia hace prevalecer o no la pluralidad sobre la unidad, debe ser resuelta en favor de la unidad delictiva¹¹³, es decir, las reglas del concurso de delitos son aplicables cuando no sean aplicables las del Art. 8.º *ibídem*.

(3) En tercer lugar, como se mencionó antes, las normas concursales son una excepción a la normativa que regula el aparente concurso de tipos, pues estos casos constituyen verdaderas hipótesis de delito único, aunque el énfasis no radica sólo en el reconocimiento de la única penalidad, sino en la propia estructura unitaria del fenómeno. Desde este punto de vista, el esfuerzo interpretativo del analista dirigido a verificar el contenido valorativo y la relación de los diversos supuestos de hecho concurrentes, implica desestimar la concurrencia material y, por ende, la aplicabilidad efectiva de los posibles tipos penales alternativos¹¹⁴. Por ello, la conducta realizada se ajusta de forma más precisa a un solo supuesto de hecho penal que intercepta a los demás, porque cubre de manera suficiente y completa el injusto material realizado por el autor de acuerdo con el bien jurídico tutelado en concreto. Para esta posición, la conducta se podría subsumir o adecuar a los dos tipos, pero ello no significa que exista un concurso impropio de tipicidades que se exime por la inaplicabilidad de uno de ellos con la consiguiente exclusión de la otra norma [CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383¹¹⁵; sent. 21.02.2007, e23328, sent. 09.03.2006, e23755; sent. 15.06.2005, e21629 y sent. del 10.05.2001, e14605].

¹¹³ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 309; ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho Penal*, Parte General, Lima, ARA, 2004, p. 537; QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 761; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 860.

¹¹⁴ Vid. SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, p. 119; SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 340 y ss.; IBÁÑEZ GUZMÁN, “Fraudes...”, *ob. cit.*, pp. 134-135; REYES ECHANDÍA, “Derecho...”, en *Obras...*, vol. I, *ob. cit.*, p. 568; PÁEZ POLO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 217 y 218; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1004-1005; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 502.

¹¹⁵ Dicha sentencia sostiene que en el concurso aparente se presenta “[...] un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, sólo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídicos elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de

De esta manera, los principios hermenéuticos que utiliza el operador jurídico en el aparente concurso de tipicidades se convierten en verdaderos límites funcionales que garantizan no sólo derechos fundamentales como el *ne bis in idem* en sentido material, sino también la corrección material de la intervención punitiva para proteger de forma plena los bienes jurídicos afectados o amenazados por la conducta del sujeto. Ello, desde la perspectiva de un Derecho penal que al configurar el sistema de tipificación según la forma objetivo-subjetiva de afectación concreta de los bienes jurídicos tutelados, no puede dejar de ser considerado como un ordenamiento “conflictivista”, a pesar de buscar de forma reiterada su sentido de unidad jurídica. Y se habla de corrección material de la tipicidad, porque los principios hermenéuticos son herramientas que el operador utiliza —en sede del juicio de tipicidad—, para verificar cual de las posibles tipicidades concurrentes materializa la forma de vulneración del bien jurídico (i) más idónea desde el punto de vista sustantivo, (ii) más necesitada políticamente de restricción respecto a la naturaleza e integridad del bien jurídico; y (iii) más proporcionada desde el punto de vista punitivo.

En este sentido, el análisis del intérprete supone un juicio de reconocimiento de la preferencia valorativa material y legal de un tipo penal aplicable a la conducta en la sentencia condenatoria, frente a otro que queda cubierto en su significado normativo (injusto) y, por lo mismo, interferida su aplicación y punibilidad en el momento examinado, con fundamento en los principios de plena valoración del hecho y *ne bis in idem*¹¹⁶. De este modo, el intérprete debe superar el plano general de la posible tipicidad de dos o más preceptos penales, para determinar la realización típica aplicable al caso concreto.

Precisamente, la declaración sobre la existencia de un delito único no afecta la presunta validez o la posible aplicabilidad abstracta del tipo preferido

conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal”.

¹¹⁶ Sobre el alcance material (lógico-analítico) de los conceptos de interferencia típica y de subordinación, *vid.* JOACHIM HRUSCHKA, *Strafrecht: nach logisch-analytischer methode*, Berlin–New York, W. de Gruyter, 1983, pp. 379-387, referido en especial al principio material de subsidiariedad.

frente a la conducta, porque cuando ésta deba considerarse atípica — relativa— del primer supuesto de hecho en un momento valorativo determinado del proceso judicial —antes de la acusación, ésta se puede adecuar al segundo tipo interceptado en forma previa que, se repite, no es excluido como sucede en los casos límite de aparente concurso por especialidad y subsidiariedad expresa o en los de tentativa desistida respecto del delito remanente. Ello, como es evidente, siempre que la segunda aplicación en un momento procesal posterior no comporte infringir el principio de legalidad judicial y, en particular, que la tipicidad preferida no pueda gobernar desde la perspectiva jurídica la conducta realizada por el sujeto, respetándose así el principio de *ne bis in idem*.

Sin embargo, de no ser así, la interferencia típica del segundo precepto resulta absoluta por evidentes razones político criminales; además, dicho desplazamiento típico tampoco supone la dualidad de consecuencias punitivas acumuladas, porque desechada (de forma relativa) la conducta inicial preferida, amén de que también resulta interferida su condigna consecuencia. De este modo, queda desplazada la normativa concursal por lo que se refiere a la aplicabilidad de una penalidad reforzada: la del concurso aparente de tipos pertenece al orden de la norma de primer nivel aplicable.

Desde luego, se pueden advertir variantes en relación con las teorías expuestas que sustentan el método de la exclusión absoluta de los tipos penales preferidos¹¹⁷, porque al no considerar los primeros como verdaderas

¹¹⁷ Cfr. FRIEDRICH GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann und CO., 1961, pp. 161 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 732 (*Tratado*, p. 788); SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 340 y ss.; ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 457; MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 40; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 413; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 54; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 467; PUIG PEÑA, *Colisión...*, *ob. cit.*, p. 16, afirma que se trata de un problema de exclusión y vigencia de las normas; *ibídem*, p. 21: “[...] en el llamado concurso de normas penales, las leyes que entran en colisión se excluyen entre sí de tal modo que la efectividad de una descarta por completo la efectividad de la otra”; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 860: “ello obliga, pues, al intérprete a un examen de los preceptos concurrentes para poder determinar si el hecho o los hechos realizados encuentran una valoración suficiente con la aplicación excluyente de uno sólo de ellos (“concurso de normas”) o deben ser todos ellos aplicables para poder aprehender en su totalidad el desvalor inherente a la conducta del autor (“concurso de delitos”)”; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 428; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p.231. En la jurisprudencia, *vid.* CSJ, sent. del 10.07.1991, E.

infracciones penales relevantes, se reconduce el análisis del intérprete de la eficacia material de los tipos en aparente conflicto al tema de la validez¹¹⁸, y la competencia exclusiva y excluyente de las normas penales hacia el futuro. Sin embargo, el problema de dichas tesis es que, de alguna manera, la exclusión implica reconocer lógicamente la adecuación típica plural, porque sólo se excluye lo que ya es típico *ab initio* e incluso se equipara el supuesto de hecho del aparente concurso al supuesto de hecho del concurso efectivo.

En fin, la clave en esta materia reside en plantear una fórmula jurídica que, considerada la estructura procesal pertinente, no genere impunidad ni confiera las consecuencias de la concurrencia sustantiva a las hipótesis de delito único, mediante el quebrantamiento de los principios político-criminales básicos que orientan la individualización e imposición congruente de la pena.

2. Requisitos del aparente concurso. Como exigencias de esta figura podemos mencionar las siguientes: (i) Unidad de acción. En efecto, el concurso aparente sólo es posible en los casos en los cuales una conducta única o una unidad de conducta son susceptibles de una aparente adecuación simultánea en varios tipos penales diferentes o similares¹¹⁹. Sin embargo, la doctrina penal no es unánime porque, aunque la unidad de conducta se exige con claridad en los casos de especialidad, subsidiariedad y alternatividad, no ocurre lo mismo en las hipótesis de consunción por hecho posterior impune o acompañante, en las que por lo general se requiere la existencia estructural (ontológica) de una pluralidad de conductas diferentes¹²⁰, exigencia que

SAAVEDRA, en *GJ*, t. CCXI, p. 59; CSJ PENAL, sent. del 10.05.2001, e14.605, E. LOMBANA. Críticos: ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 867, quienes manifiestan que la exclusión no es en realidad un “verdadero principio para resolver el caso de la pluralidad, sino que es una consecuencia directa de la naturaleza excluyente para unos y aparente para otros, de esa forma de concurrencia”.

¹¹⁸ Así, MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 41: “Y en este proceso, con lineamientos propios, entra la determinación de la validez concreta de la norma en una situación mediante la interpretación comparativa de las leyes que en este último se presentan” (t/l).

¹¹⁹ En este sentido, BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 715; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 89 Y 105, aunque avala la exclusión del tipo preferido por el supuesto preferente aplicable, porque sólo existe una acción jurídicamente relevante.

¹²⁰ Así, por ejemplo, PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, 2ª ed., 1980, pp. 603 y 604, afirma que el concurso aparente puede ser el resultado de un mismo proceso ejecutivo o por razones normativas, vale decir político-criminales, derivadas del contenido normativo del hecho total acaecido. Postura que, al final, parece más flexible para lograr un mejor

resulta aparente porque, en realidad, estos eventos suponen verdaderas unidades de acción en sentido amplio o una unidad jurídica de acción¹²¹. (ii) Pluralidad de tipos que sólo de forma aparente concurren para gobernar la conducta. En efecto, se trata de eventos en los que resulta contrario al principio de *ne bis in idem* apreciar la infracción simultánea de distintos tipos penales; en realidad, este proceso hermenéutico supone descartar los eventos de sobreprotección del bien jurídico en desmedro punitivo del procesado. De la misma manera, sólo debe presentarse una lesión contra el bien jurídico tutelado en el caso concreto (que puede incluir otro u otros como en los casos de consunción), porque ya se dijo que el aparente concurso de tipos penales debe cumplir los mismos requisitos objetivos y subjetivos requeridos para declarar la existencia de un delito único (mono o pluriofensivo). (iii) Uniformidad del sujeto activo. De no ser así, se estaría en presencia de otra figura realizada mediando un concurso de personas en la conducta punible; es más, la doctrina penal sostiene que los problemas de aparente concurso de tipos son estrictamente personales, de tal suerte que el análisis se debe separar cuando, por ejemplo, el partícipe sólo tiene conciencia de la realización del acto preferido y no del acto preferente. Y (iv) Unidad de enjuiciamiento penal, entendida como el análisis unitario o simultáneo de los diferentes aspectos que enmarcan el aparente concurso de tipicidades. De juzgarse por separado, se estaría vulnerando el principio de cosa juzgada, por la vía del desconocimiento del *ne bis in idem* material, pues no se puede olvidar que el aparente concurso es en realidad un delito único.

Además, la CSJ PENAL, en sent. del 25.07.2007, e27383¹²², exige, en primer lugar, que “ii) la acción desplegada por el agente persiga una única

desarrollo de los principios de integra valoración del hecho injusto y *ne bis in idem*; MARIO ARBOLEDA VALLEJO Y JOSÉ ARMANDO RUÍZ SALAZAR, *Derecho penal*, Parte general y parte especial, 5ª ed., Bogotá, Leyer, 2003, p. 189. También, reconoce diversas posibilidades de concurso real aparente CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 53.

¹²¹ Vid. H. MAYER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 410; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1822 (unidad típica de acción en los casos de consunción).

¹²² Vid. además: CSJ PENAL, sent. 04.02.2009, e29261; sent. 06.03.2008, e24606; sent. 21.02.2007, e23328 y sent. 25.06.2007, e27383, entre otras. Sigue la desafortunada tesis de la unidad de lesión a un mismo bien jurídico, con lo cual se explican, en buena medida, las

finalidad” lo cual es coherente con la estructura de la unidad de acción y del concurso ideal de delitos y, en segundo lugar, al seguir de manera contradictoria la teoría del resultado o del número de bienes jurídicos lesionados en materia de unidad y pluralidad de acciones, que la conducta “iii) [...] lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente” [CSJ PENAL, sent. del 17.08.2005, e19391 y sent. del 15.06.2005, e21629]. Desde luego, esta exigencia desfigura la estructura del concurso aparente, porque resulta incompatible con el principio de consunción sobre el cual la misma CSJ PENAL señala que “[s]e caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico”.

3. Principios de interpretación. Para esclarecer de forma adecuada los eventos de “aparente concurso de tipos” y distinguir estas hipótesis del “concurso efectivo de tipicidades”, la doctrina y la jurisprudencia han formulado diversos principios que sirven de guía interpretativa al operador jurídico, para apreciar aquel tipo penal que expresa con mayor precisión y plenitud las circunstancias y los elementos del ilícito material realizado por el autor¹²³.

Es más, debe advertirse que no parece posible una construcción rígida de las reglas que pretenden determinar cuándo se está ante un mismo contenido de injusto. En primer lugar, por falta de acuerdo doctrinal en la materia, sobre todo terminológico, dado que los principios que rigen el aparente concurso de tipos obedecen a criterios diferentes, entre los que se distinguen criterios lógicos —especialidad—, penológicos —alternatividad—, materiales —igualdad de bien jurídico y formas de afectación—, y político criminales —

erróneas interpretaciones de la CSJ en materia de consunción, que termina por confundir con la subsidiariedad.

¹²³ Vid. CID MOLINÉ, “Notas..., *ob. cit.*, p. 40. Sobre la estructura lógica de los principios, *vid.* ULRICH KLUG, “Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz”, en *ZStW*, 68 Band, 1956, pp. 398 y ss.; WOLFGANG MITSCH, “Gesetzseinheit im Strafrecht”, en *JuS*, 33 Jahrgang, Heft 6, 1993, pp. 473 y ss.; ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 867. Téngase en cuenta, además, que la doctrina alemana entiende que la especialidad, la subsidiariedad y la consunción son en realidad “formas” del aparente concurso de leyes; así, por ejemplo, GROPP, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 504 y ss. En la jurisprudencia, *vid.* CSJ PENAL, sents. del 18.02.2000, e12820; sent. del 10.05.2001, e14605, y sent. del 09.03.2006, e23755.

necesidad de protección plena y *ne bis in idem*—. En segundo lugar, porque la aplicación de los principios tiene consecuencias diversas desde el punto de vista de la punibilidad. Así, el axioma de alternatividad supone aplicar consecuencias punitivas más desfavorables para el procesado, lo que no siempre ocurre con el principio de especialidad. Y, en tercer lugar, porque las legislaciones positivas regulan de forma expresa algunas de estas hipótesis como eventos de concurso de tipos [CPE, Art. 153.1º if.] o viceversa [CPE, Arts. 318 bis, 5; 515.6; entre otros].

De todas formas, lo importante es la debida aplicación de la ley penal con argumentos que expresen las razones por las cuales se reconoce la unidad legal, en situaciones jurídicas que no pueden comportar una pluralidad de tipicidades, una vez se comprende que el legislador penal, con el fin de tutelar los bienes jurídicos, puede diseñar un sistema de protección que consagre un tipo o varios por cada bien jurídico tutelado, según las distintas modalidades de afectación que denote el mundo fenomenológico o, bien, crear uno o varios tipos penales que protejan en forma simultánea varios bienes jurídicos diferentes.

A continuación, se examinan tales principios: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad aunque, como lo advierte STRATENWERTH¹²⁴, la diferencia entre ellos es más clasificatoria que práctica.

a) Principio de especialidad. Según este precepto, expresado por las locuciones latinas: “*lex specialis derogat lex generalis*” o “*in toto iure generi per speciem derogatur*”, cuando un tipo penal reproduce en forma estructural los elementos de otro y, además, caracteriza de modo más específico su supuesto de hecho, el objeto o los sujetos, se aplica éste como tipo penal especial o específico para proteger el mismo bien jurídico tutelado por preferencia o por inclusión y no la regulación más general [CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383¹²⁵]. La aplicación del tipo especial

¹²⁴ Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 443.

¹²⁵ En un sentido similar, CSJ PENAL, sent. del 10.11.1986, G. GÓMEZ, en *JP* 1986, ob. cit., p. 72: “[...] desde el momento en que la norma va dirigida a tutelar un interés distinto, ya no puede hablarse de identidad de tipos ni menos de comportamientos, porque éste y aquél, por las características que el nomen iuris irradia sobre ellos, les da contenidos y esencias diferentes. Uno y otro aparecen más enriquecidos en su realidad óptica. Es aquí, entonces, donde suele

supone, en consecuencia, una necesidad lógica inderogable que tiene ocasión por la derivación o la subordinación del tipo más general¹²⁶, aunque su penalidad sea inferior.

En este orden de ideas, ambos supuestos de hecho deben tener una relación de afinidad estructural parcial, de tal suerte que cualquier conducta realizadora del tipo penal especial abarque de forma necesaria e indefectible —principio de redundancia— el tenor literal formal del supuesto de hecho general; pero, así mismo, no toda conducta que infrinja el tipo penal general se adecua al tipo penal especial. Identidad parcial que se expresa, según MORO, “[...] en la identidad de situación de hecho [...] cómo el confluir en el mismo objeto de consideración jurídica, situaciones de hecho idealmente distintas; pero caracterizadas por la continuidad de desarrollo de sus estructuras y de las posiciones internas de interés que aquellas estructuras configuran”¹²⁷(t/l).

operar con mayor énfasis, dándole al sistema penal coherencia y unidad, el principio de la especialidad”.

¹²⁶ Vid. BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 804; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1048 y ss. quien reconduce todas las formas principialísticas a modalidades de especialidad (*Strafrecht*, p. 869-881/*Derecho Penal*, p. 1053-1067); JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 733 (*Tratado*, p. 790); KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 363; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1816-1820; KLUG, “Zum Begriff...”, *ob. cit.*, p. 404; KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, pp. 711 y ss.; MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 314; OTTO, *Grundkurs...*, *ob. cit.*, pp. 321 y 322; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 848 y ss.; SEIER, “Die Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, p. 228; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52 p. 28; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 821-822; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 443-444; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 300; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 565; VANINI, *Manuale...ob. cit.*, p. 257; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 309; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1037: “los supuestos de aplicación de este principio podríamos representarlos con dos círculos concéntricos, siendo el precepto especial el de menor diámetro”; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 317; CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 41, le define así: “entre dos normas A y B existe relación de subordinación cuando todas las acciones subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma A son también subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma B, pero no es verdad lo inverso, existe alguna acción subsumible en el presupuesto de la norma B que no es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A. A, que es la norma subordinada, es especial respecto de B”; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 678; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 575; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 654; PUIG PEÑA, *Colisión...*, *ob. cit.*, pp. 97 y ss.; ARCE AGGEO, *Concurso...*, *ob. cit.*, p. 181; IBÁÑEZ GUZMÁN, “Fraudes...”, *ob. cit.*, p. 135; REYES ECHANDÍA, “Derecho...”, *Obras...* vol. I, *ob. cit.*, pp. 569 y 570; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1006-1007; *id.*, *Manual...*, 2ª ed., *ob. cit.*, pp. 485-487.

¹²⁷ MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, pp. 56 y 57. Para otros autores italianos como GALLO, TRAPANI o BOSCARRELLI, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 242: “[l]a afirmación común que el supuesto de hecho (Fattispecie) de la norma especial incluye todos los elementos de la

Por supuesto, la verificación de la especialidad de una norma se debe hacer en cada caso concreto pero no sólo mediante la sustracción o comparación neutral de los elementos adicionales que diferencian, en un plano hipotético, el supuesto de hecho especial del tipo general¹²⁸, pues es necesario confrontar e interpretar las exigencias teleológicas de protección del bien jurídico tutelado, dado que éstas también se concretan o especializan con la modificación fáctica del supuesto de hecho penal¹²⁹. Precisamente, lo que es especial frente a otro supuesto no sólo debe serlo en el plano formal sino, también, en el material¹³⁰. En cualquier caso, la aplicación del tipo especial impide —mientras éste gobierne la conducta— cualquier posibilidad de aplicar de manera cumulativa la pena prevista para el tipo más general, porque la consecuencia especial también se compadece con los elementos adicionales que cualifican el supuesto de hecho aplicable (coherencia penológica con los desvalores del delito). Un buen ejemplo de esto es la imposibilidad de aplicar al delito continuado, en forma simultánea, las penas previstas en el Art. 71.1 y 74.2.

Para la CSJ PENAL, la aplicación del principio de especialidad requiere: “1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre

norma general, no es exacta. En realidad, el supuesto de hecho de la norma especial incluye todos los elementos de la norma general, menos uno; el elemento negativo constituido por la no realización del supuesto de hecho de la norma especial” (t/l). En este caso, el principio vigente sería el de incompatibilidad, no el de comprensión lógica. Desde esta perspectiva ambas normas serían completamente diferentes.

¹²⁸ No es claro, como lo anota MITSCH, “Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, p. 473, que la especialidad de un tipo en relación con otro sea sólo un concepto lógico, neutral; SEIER, “Die Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, p. 228; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 90, para quien, “cuando varias leyes penales se encuentran en relación de especialidad entre sí, esta es determinada sólo bajo las reglas de la lógica a través de una comparación abstracta de los tipos”, pues muchos casos problemáticos de especialidad se resuelven atendiendo a la especialidad del ámbito de cobertura material del tipo sobre el bien jurídico tutelado, en cada caso concreto. *cfr.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 59.

¹²⁹ *Vid.* RIGHI, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 436 y 438, señala que una formulación idéntica no sólo surge del texto de la ley, sino de su concreción interpretativa al realizar la subsunción.

¹³⁰ Así, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 266: “[...] la esencia del principio de especialidad, que determina la preferencia y aplicación del tipo especial frente al general, reside en que las características adicionales del tipo especial, son expresión de un mayor o menor desvalor respecto del general que está, a su vez, comprendido en aquél”; ENRIQUE CURY URZÚA, *Derecho Penal*, Parte General, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1985, p. 293, señala que “[e]l telos de la ley se orienta según valores y no atendiendo a puros engarces lógicos”.

ellos se establezca una relación de género a especie; y c) Que protejan el mismo bien jurídico” [CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383]¹³¹.

En cualquier caso, los principales problemas de especialidad se presentan cuando la ley provee un orden específico de aplicación de las modificaciones típicas: agravantes y atenuantes, calificantes y modificaciones. Por ejemplo: cuando se trata de dilucidar la relación de especialidad entre (i) varios delitos calificados frente al mismo tipo básico, (ii) varios tipos privilegiados o agravados derivados del mismo tipo básico, (iii) hipótesis en que una calificante contiene varias agravantes, y (iv) supuestos en que se presenta un supuesto calificado y otro atenuado a partir del mismo tipo básico¹³². El ordenamiento colombiano, por ejemplo, para evitar esta clase de inconvenientes, asigna la misma consecuencia jurídica al delito a pesar de ser doblemente modificado o calificado, como sucede en las hipótesis de homicidio [CP, Arts. 103 y 104] y en los casos de hurto [CP, Art. 239] calificado [Art. 240] o agravado [Art. 241]¹³³; sin perjuicio de efectuar las distinciones correspondientes en sede de individualización judicial de la pena.

Ahora bien, en el CPE dicho principio interpretativo se regula en el Art. 8.º, reg. 1.ª, que indica: “el precepto especial se aplicará con preferencia al general”. Por su parte, el ordenamiento colombiano lo prevé en la L. 57/1887, Art. 5.º, inc. 2.º, reg. 1.ª, que indica: “si en los códigos que se adoptaren se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las siguientes reglas: 1.ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”. Así las cosas, tiene aplicación preferente la disposición especial de homicidio por piedad

¹³¹ En contra de esta exigencia, AUGUSTO J. IBÁÑEZ, “Concurso de Hechos Punibles”, en *Estudios de Derecho Penal General*, El Concurso de Delitos—Culpabilidad, Bogotá, Jurídica Bolivariana, 1995, p. 18: “[e]l principio de especialidad se aplicará también a casos en que la Ley más específica se extiende a bienes jurídicos distintos de los protegidos por la Ley genérica”.

¹³² Sobre el tema, *ibídem*, p. 171. KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1818-1819. A partir de allí, autores como CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO, *Unidad y Pluralidad de Acción*, El Concurso de Conductas Punibles, Bogotá, Nueva Jurídica, 2002, pp. 71 y 72, clasifican la especialidad por los efectos de los tipos autónomos o modificados enfrente a los básicos o fundamentales.

¹³³ *Vid.* HORST SCHRÖDER, “Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten”, en *NJW*, 1956, p. 1737.

[CP, Art. 106; CPE, Art. 143.4] que la más general de homicidio simple [CP, Art. 103; CPE, Art. 138].

b) Principio de subsidiariedad o de ‘eventualidad’. Este postulado hermenéutico, que se expresa con el apotegma “*lex primaria derogat legi subsidiariae*”, tiene aplicación en los casos de “aparente concurso” en los cuales convergen en apariencia diversos tipos penales para gobernar la misma conducta. De este modo, en los eventos de subsidiariedad uno de los tipos penales en apariencia concurrentes se puede aplicar a la conducta como tipo auxiliar o de soporte condicional, cuando el otro supuesto de hecho principal no lo intercepte para cobijar —por su valoración y penalidad— la conducta objeto de adecuación típica, bien porque:

(i) Así lo ordena el legislador histórico en la norma penal de manera explícita —aunque los supuestos no resulten, en todo o parte, reductibles en forma material entre ellos, al poseer claras diferencias estructurales o por estar referidos a bienes jurídicos diferentes¹³⁴; y (ii), porque desde el punto de vista material, se trata de eventos que comprenden una forma de ataque idéntica frente al mismo bien jurídico tutelado, pero en distintos grados y modos de ofensividad, de tal suerte que el tipo preeminente o preferente comporte una solución de tutela más completa, amplia o avanzada, que subsume la menor lesión inferida en el caso concreto¹³⁵. En

¹³⁴ Por tal motivo, ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho*, *ob. cit.*, pp. 869-870, afirma que esta modalidad de subsidiariedad en verdad es un problema de especialidad, que resulta incompatible con la subsidiariedad material. En idéntico sentido IBÁÑEZ GUZMÁN, “Fraudes...”, *ob. cit.*, p. 138.

¹³⁵ Vid. BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 805; BRODAG, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 159; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 734-735 (*Tratado*, p. 791); KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 364; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1821; KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, pp. 712 y ss.; MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 314 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 851 y ss.; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52 pp. 29-32; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 822-825; STRATENWERTH, *Strafrecht*, *ob. cit.*, pp. 445 y 446; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 91; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht*, *ob. cit.*, pp. 301 y ss.; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 566; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 718; MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 78; CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 45: “[...] suponiendo dos normas, A y B, resulta ser cierto que ambas normas describen en sus presupuestos de hecho distintas secuencias naturales de ofensa a un determinado bien (la norma que describe la fase menos intensa es subsidiaria y la norma que describe la fase más avanzada es principal)”. Y aplicando una de ambas normas se colma el desvalor jurídico de la otra”; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 678 y ss.; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 576; PUIG PEÑA, *Colisión...*, *ob. cit.*, pp. 73 y ss.; REYES ALVARADO, *El concurso*, *ob. cit.*, pp. 139 y ss.;

este sentido, “el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal” [CPE, Art. 8.º, reg. 2.ª]; por eso, que los supuestos típicos comporten diversos grados de afectación o sirvan de soporte condicional, es lo que permite distinguir estos supuestos de las hipótesis de alternatividad.

Desde el punto de vista de la estructura lógica —a diferencia de la especialidad—, la subsidiariedad no considera como factor determinante la preferencia o preeminencia por inclusión formal¹³⁶ sino que, luego de un juicio de valor sistemático sobre la jerarquía de la protección existente entre las diversas tipicidades penales concurrentes en apariencia, atiende a la neutralización valorativa sustancial que ejerce un supuesto de hecho frente a otro, lo cual permite determinar la primacía de la descripción comportamental que será en efecto aplicada en el caso concreto, al comportar una tipicidad que protege mejor el bien jurídico. Sin embargo, aun cuando la subsidiariedad no siempre supone que el tipo aplicable comprenda todos los elementos del supuesto de hecho preferido, es cierto que muchos casos de subsidiariedad resuelven al tiempo cuestiones problemáticas de especialidad¹³⁷, por lo completos que resultan estos supuestos de hecho desde la perspectiva de la unidad normativa que protege al bien jurídico.

Con fundamento en lo anterior, la subsidiariedad puede revestir dos modalidades diferentes [CPE, Art. 8.º, reg. 2.ª]: expresa o tácita.

1) Es expresa o formal cuando el legislador reserva o subordina el orden de aplicación preferente del tipo en la respectiva norma jurídico-penal, mediante cláusulas legales que consideran distintas valoraciones de grado o naturaleza punitiva como, por ejemplo: “fuera de los casos previstos en el

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., pp. 1009-1010; *id.*, *Manual...*, 2ª ed., ob. cit., pp. 486-487; Crítico: REYES ECHANDÍA, “Derecho...”, en *Obras...* vol. I, ob. cit., pp. 570 y 571.

¹³⁶ Vid. SALVATORE CAMAIONI, “Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali”, en *GP*, núm. 97, (1992), p. 230; GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Lex specialis, Specialità e interferencia nel concorso di norme penale*, Milano, 1980; FRITZ HARTUNG, “Subsidiarität der Verkehrsübertretungen?”, en *NJW*, 1954, p. 587.

¹³⁷ Por tal motivo, parte de la doctrina sostiene que la subsidiariedad opera en la práctica para lo no resuelto por la especialidad. Sobre el particular vid. QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, ob. cit., p. 762.

artículo precedente”, “CP; Art. 327C. *Receptación*. El que sin haber tomado parte en la ejecución de las conductas punibles descritas en los artículos 327A y 327B” o “Art. 447. Ref. L. 1142/2007, Art. 45. *Receptación*. — reserva determinada—; “siempre que el hecho no constituya o no se haya previsto como un delito más grave” —reserva en parte indeterminada¹³⁸—; “siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor”, “a no ser que esté punido de otra manera en la ley” o “salvo que el hecho tuviera mayor pena en otro precepto de este Código” [CPE, art. 172, apt. 2.º], “siempre que la conducta no constituya otro delito” —reserva indeterminada en forma total¹³⁹— o similares que, por lo general, permiten al operador jurídico resolver el conflicto interpretativo con base en dicha pauta legal¹⁴⁰.

Desde luego, en el principio de subsidiariedad expresa no quedan comprendidas aquellas hipótesis que, o bien no constituyen situaciones de autoexclusión del supuesto de hecho —como, por ejemplo, las que permiten la aplicación típica pero remiten a una penalidad separada (la misma pena se impondrá)—, o bien las que sólo remiten el castigo del supuesto de hecho a otra infracción más grave — (se impondrá la pena prevista para: CPE, Arts. 161.2, 174.2, 181.3 y 220.2)—; o, en fin, las cláusulas que puedan dar lugar a forzar un concurso efectivo de tipicidades —como, por ejemplo, las cláusulas que posibilitan la aplicación de penas adicionales, buenos ejemplos de las cuales son el tipo de terrorismo [CP, Art. 343: “sin perjuicio

¹³⁸ Ejemplos de esta modalidad serían: receptación (CP, Art. 447); fraude mediante cheque (CP, Art. 248); daño en bien ajeno (CP, Art. 265); violencia intrafamiliar (CP, Art. 229); constreñimiento para delinquir (CP, Art. 184); violación ilícita de comunicaciones (CP, Art. 192); ofrecimiento, venta o compra de instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre las personas (CP, Art. 193); divulgación y empleo de documentos reservados (CP, Art. 194); sabotaje (CP, Art. 199); maltrato mediante restricción a la libertad física (CP, Art. 230); utilización de asunto sometido a secreto o reserva (CP, Art. 419); empleo ilegal de la fuerza pública (CP, Art. 423).

¹³⁹ Ejemplos de esta modalidad serían: el enriquecimiento ilícito CP (Art. 412); abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (CP, Art. 416); malversación y dilapidación de bienes (CP, Art. 259); empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (CP, Art. 359); malversación y dilapidación de bienes familiares (CP, Art. 236); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (CP, Art. 243); falsedad personal (CP, Art. 296); y constreñimiento ilegal (CP, Art. 182).

¹⁴⁰ Sobre la constitucionalidad de dichas fórmulas en el CP y, en general, sobre el principio de subsidiariedad, *vid.* CCONST., C-133/1999, C. GAVIRIA; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 253, denomina dichas fórmulas como cláusulas de reserva. Sobre la clasificación y las cláusulas de subsidiariedad, *cf.* BOSCARRELLI, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 247; DÜNNEBIER: “Die Subsidiaritätsklausel”, en *GA*, 1954, p. 271; HANS-JÖRG KOCH, “Sondergesetz, Subsidiaritätsklausel und Sicherungsmassregel”, en *GA*, 1960, p. 1.

de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta”] o los supuestos de los Arts. 153, 177, 229.3, 243 y 284, entre otros [“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a”]— y el caso del Art. 340, mod. L. 733/2002, Art. 8.º Concierto para delinquir, que incluye la cláusula “será penada, *por esa sola conducta* [...]”¹⁴¹.

Un ejemplo que muestra el empleo discutible de tales cláusulas en el ordenamiento colombiano, se presenta en los delitos contra la libertad y la autonomía personal, en especial en el delito de desaparición forzada de personas [Art. 165], cuando en el Art. 166, numeral 7, el legislador dispone una agravante por someter a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que ella permanezca desaparecida; agravante que, si bien en principio permite concebir un tipo modificado que recoge otros actos delictivos, resulta condicionada a que “la conducta no configure otro delito”. En este caso, el legislador no exime la aplicabilidad de un supuesto de hecho básico frente a otro, sino la aplicación de la agravante o la modificación de un supuesto de hecho básico, para el caso la desaparición forzada de personas, siempre que dicho delito fundamental no admita ser concursado con otra figura típica diferente como, por ejemplo, el delito de tortura o las lesiones personales. El problema típico resulta más complejo, entre otras posibilidades, cuando se advierte que, de no ser aplicable el delito de tortura aludido [CP, Arts. 178 y 179], éste también permitiría la aplicación del tipo subsidiario de constreñimiento ilegal [CP, Art. 182], dicho lo cual se presentaría un aparente concurso entre la agravante subsidiaria de la desaparición forzada (otro delito) y el delito básico —subsidiario— de constreñimiento ilegal (“fuera de los casos

¹⁴¹ Vid. CSJ PENAL, sent. 20.07.2008, e29935. “[l]a ausencia del concurso aparente de tipos por la defensora del procesado, la resuelve de manera expresa el artículo 119 del Código Penal Militar cuando regula el delito de ataque al inferior en los siguientes términos: “El que en actos relacionados con el servicio ataque por vías de hecho a un inferior en grado de antigüedad o categoría, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”. / Al estatuirse en el artículo 119 en cita que el ataque al inferior entendido como delito contra la disciplina, comporta una dosificación punitiva “por ese solo hecho”, ello traduce que dicho comportamiento puede desplegarse en solitario o en concurso material por ejemplo con el de lesiones personales en los eventos en que de la acción se deriven resultados que afecten la integridad personal del subalterno, sin que constituya violación al non bis in idem ocasionada por una doble imputación fáctica, pues como se dijo, la norma en cita de manera expresa elimina dicha posibilidad de menoscabo a ese principio”.

especialmente previstos como delito”) que, según parece adecuado, debería ceder ante la desaparición forzada —donde se incluye el constreñimiento ilegal— y permitir configurar la agravante modificativa de la desaparición forzada de personas. Otro ejemplo de agravantes subsidiarias sería el previsto en el Art. 438. Circunstancias de agravación. “Si para los efectos descritos en los artículos anteriores [falsa denuncia, falsa denuncia contra persona determinada y falsa autoacusación], el agente simula pruebas, las penas respectivas se aumentarán hasta en una tercera parte, siempre que esta conducta por sí misma no constituya otro delito” (corchetes por fuera del texto original).

Desde luego, deben distinguirse los supuestos de subsidiariedad expresa de los casos de alteridad, en los cuales el legislador penal excluye cualquier posibilidad general de aplicación conjunta de los supuestos de hecho heterogéneos a partir de su misma configuración estructural, salvo eventos excepcionales como sucede en los supuestos de error de tipo “sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno” [CP, Art. 32, num. 10, inc. 2.º] o en errores especiales invencibles “sobre circunstancias que dieran lugar a la atenuación de la punibilidad” [CP, Art. 32, num. 12]. Claros ejemplos de alteridad en el ordenamiento penal colombiano —y también en el español— serían las hipótesis paralelas de aborto con consentimiento de la madre [CP, Art. 122; CPE, Art. 145.1], aborto sin consentimiento de la madre [CP, Art. 123; CPE, Art. 144] y cohecho propio e impropio, entre otros. En estos supuestos jurídicos, aunque no hay carencia de funciones hermenéuticas, no existe la posibilidad de pensar en un aparente concurso de tipos, porque el mismo legislador zanja la posibilidad de aplicar supuestos opuestos y excluyentes entre sí.

Ahora bien, la doctrina dominante considera que el principio de subsidiariedad expresa obedece sólo a razones de legalidad y de validez y no al principio de razonabilidad, propio de la subsidiariedad bajo el paradigma del Estado social y democrático de derecho [CP, Art. 3.º]. No empero, para que la protección punitiva extensiva pueda ser aplicable en forma legítima mediante el tipo de soporte condicional (incluso de menor intensidad punitiva), esta protección también debe ser razonable y no sólo legal o

literal; es decir, lo que ha de valer como justificación material —en términos de razonabilidad— para los casos de subsidiariedad tácita, debe importar también para los eventos de subsidiariedad expresa; de lo contrario, esta modalidad de subsidiariedad se convertiría en un baluarte inaceptable para el principio decimonónico de la “racionalidad absoluta del legislador”, lo que conllevaría aplicaciones punitivas automáticas —en virtud del principio de legalidad— injustificadas desde un punto de vista material, que a su turno vaciarían de contenido político-criminal la figura.

En este sentido, resulta importante la siguiente valoración de la CSJ PENAL, cuando advierte en sent. del 27.06.2007, e27735, M. PULIDO DE BARÓN, que “[r]especto de las lesiones personales causadas por un servidor público en ejercicio de sus funciones a un ciudadano, y el concurso con el delito de abuso de autoridad (expresamente delitos subsidiarios) la Corte ha señalado que “la simple subsidiariedad de un tipo penal, no descarta un eventual concurso con otros (delitos), así estos sean principales, sólo que dicha condición no les viene dada por su cotejación con el primero, sino en cuanto describen una conducta diferente; pues es claro que aquella característica sólo opera en cuanto otra norma penal recoja de modo especial el mismo comportamiento”. Significa esto, se reitera, para el presente asunto, que el tipo penal de peculado, ni el de falsedad ideológica, recogen en manera alguna el de abuso de autoridad derivado de la constitución de la situación administrativa que se cuestiona y en ese sentido no absorben su desvalor ni impiden su aplicación, pues se trata de conductas ónticas y jurídicamente diferentes. Por último, aclara la corporación que “no todo abuso de autoridad de un servidor público comporta lesión a la integridad física de una persona, ni toda lesión personal conlleva abuso de autoridad” (paréntesis por fuera del texto original)¹⁴².

En fin, la razonabilidad es una condición político-criminal desde el punto de vista de los principios de necesidad y proporcionalidad en la intervención penal del Estado [CP, Art. 3.º]. Por tal motivo, algunos críticos tienen la razón cuando afirman que ciertas cláusulas de reserva, utilizadas

¹⁴² Vid. también, CSJ PENAL, auto del 25.06.2002, e17089, E. LOMBANA, en *JD*, núm. 371 de nov. /2002, pp. 2447 y ss.

comúnmente por el legislador, deben ser reevaluadas, pues éstas no respetan la estructura material del principio de subsidiariedad¹⁴³.

2) A su turno, la subsidiariedad es tácita o material cuando, a partir de una interpretación sistemática del propósito de protección material de los tipos penales concurrentes, se deduce la imposibilidad de aplicar uno o varios de ellos, porque se presenta un supuesto de hecho “básico” que, aunque entraña una forma de lesión similar, también supone una forma de protección más completa y avanzada frente a un determinado bien jurídico protegido. Forma de protección que interfiere la autonomía valorativa de las demás conductas aparentemente concurrentes¹⁴⁴. A pesar de ello, conforme al principio de legalidad es necesario tener cuidado con los límites de estas hipótesis tácitas porque, a veces, la inaplicación de un supuesto de hecho a un caso específico, con exclusión de su consecuencia jurídica, podría generar una situación de impunidad.

Ahora bien, por lo general la doctrina mayoritaria concibe tres modalidades de subsidiariedad tácita:

En primer lugar, los *actos copenados previos* (mitbestrafte Vortat) o hechos previos impunes, que se presentan cuando el intérprete se enfrenta a los denominados delitos de paso (Durchgangsdelikte), a actos constitutivos de fases previas necesarias o accidentales o a actos preparatorios punibles (*id quod plerumque accidit*), entendidos como grados de afectación previos cuyo injusto queda comprendido por el injusto posterior de una unidad de conducta punible más grave que los sintetiza¹⁴⁵ conducta final que, por su

¹⁴³ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 112 y 113: “[p]ero no solamente deja el legislador de respetar las características propias de los principios de especialidad y subsidiariedad solo que a veces condiciona la aplicación de una norma al hecho de que la acción no constituya otro delito cuando ni siquiera existe un concurso aparente de hechos punibles porque las dos normas que recogen la conducta amparan bienes jurídicos diversos [...]”. De igual forma, crítico: CUERDA RIEZU, *Concurso...*, *ob. cit.*, pp. 241 y ss., para quien dichas cláusulas deben ser reducidas al mínimo, para dar mayor operatividad al juez y a los criterios generales de interpretación.

¹⁴⁴ Vid. KLUG, *Zum Begriff...*, *ob. cit.*, pp. 405 y ss.; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1820.

¹⁴⁵ Vid. CSJ PENAL, Concepto del 22.05.1996, J. TORRES, en relación con el delito de tráfico de estupefacientes, señala: “[...] [t]ratándose de unas actividades progresivas que van desde el cultivo de plantas hasta el consumo de los estupefacientes, pasando por toda la gama de producción, almacenamiento, transporte, exportación, porte, comercialización, etc., bastará con demostrar una sola de ellas para que la conducta punible se considere

naturaleza estructural, supone la realización material de varios supuestos fácticos dispuestos por el legislador. Lo que distingue esta forma de subsidiariedad, a parte de la identidad de bien jurídico afectado por las aparentes tipicidades, es la relación material de conexión entre los tipos, y no la completa incorporación de uno de los supuestos de hecho al otro, como sucede cuando el tipo de corrupción de menores [CPE, Art. 189] absorbe la exhibición de material pornográfico a menores [CPE, Art. 189 y STS 1066 del 17.12.2007 (RJ. 2007-8760)].

En segundo lugar, la doctrina señala los eventos de delitos progresivos, que se presentan cuando la segunda infracción solo supone un injusto intensificado que contiene al primero, como sucede en las relaciones típicas que se presentan entre actos —*minus ad maius*— tentados y consumados¹⁴⁶. Para terminar, se distingue el delito progresivo de la progresión criminal, en la cual una conducta inicial —que arremete contra el mismo bien jurídico de igual sujeto pasivo— se transforma, de manera sucesiva, en unidad de contexto pero con mutación del elemento psicológico, en una conducta punible más grave (de lesiones a homicidio, comenzando con ánimo *laendi* y terminando con ánimo *necandi*).

En realidad, si se admite que los delitos progresivos tienen lugar cuando el sujeto realiza un comportamiento de acuerdo con los supuestos de hecho de dos normas que tutelan el mismo bien jurídico en diversos grados de lesión¹⁴⁷, de tal suerte que la segunda solo implica un complemento teleológico y una intensificación del injusto, entonces resulta que la diferencia entre los actos copenados previos impunes y los delitos progresivos no tiene mayor trascendencia cuando se afecta un mismo bien jurídico tutelado, ello porque ambas instituciones representan una misma

completa [...]”. Sobre el tema: KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1824; KÜHL, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 717; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK, ob. cit.*, p. 826; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 303.

¹⁴⁶ Vid. ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 805; ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, pp. 478 y 479. La CSJ PENAL reconoce estos supuestos, de forma equivocada, como eventos de consunción, cuando alega que es “[...] aplicable la consunción cuando entre los dos punibles existe una relación de menos o más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad” [*cf.* sents. del 25.07.2007, e27383 y sent. del 08.05.1996, e10800]; en el mismo sentido IBÁÑEZ GUZMÁN, “Fraudes...”, *ob. cit.*, p. 142.

¹⁴⁷ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 147.

situación material, aunque observada desde dos ópticas diferentes¹⁴⁸. En efecto: en el acto copenado previo, el análisis del intérprete observa el acto inicial preferido a partir del acto final preferente que es más grave y cobija de manera exhaustiva su injusto; en el delito progresivo, el intérprete hace énfasis en el acto final que es el más grave desde el punto de vista del mismo injusto intensificado.

En términos generales, estos supuestos se deberían denominar como actuaciones ejecutivas progresivas, porque la discusión es más de forma que de fondo¹⁴⁹ al carecer dichos conceptos de consecuencias dogmáticas relevantes que los distingan y, obvio es decirlo, al compartir el mismo fundamento jurídico (político-criminal) en el contexto del concurso aparente de tipos.

Desde luego, los hechos iniciales o previos pierden su significado valorativo autónomo al ser comprendido su injusto desde la perspectiva material por el del hecho principal como sucede, por ejemplo, con algunos delitos de peligro concreto frente a otros de resultado material¹⁵⁰ —la omisión de socorro respecto de un homicidio por omisión impropia, aunque algún sector de la doctrina considere este supuesto como de alternatividad impropia—, o de peligro abstracto respecto a los delitos de peligro concreto siempre que: (i) se lesione el mismo bien jurídico tutelado, respecto de similar sujeto pasivo lesionado y puesto en peligro; (ii) el resultado de

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 151.

¹⁴⁹ Así, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 300, que no está de acuerdo con dicha forma de entender la subsidiariedad y aboga por la aplicación de las normas concursales, en casos en los cuales la actuación previa constituya un injusto independiente, *ibidem*, p. 308.

¹⁵⁰ *Vid.* KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1825; SEIER, “Die Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, p. 229; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 91; REYES ALVARADO, *El concurso, ob. cit.*, pp. 143 y ss. En su contenido, aunque regula dichos casos como consunción, la STS 1036 del 04.06.2002 (RJ. 2002-6921) indica: “[...] [r]esponde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva y tiene la estructura característica de un delito de omisión y de peligro concreto grave, que lo configura autónomamente de los delitos de resultado y permite la compatibilidad entre ambos si el resultado lesivo se produce, aplicándose como regla general el principio de consunción del artículo 8.3º del CP [sic.] Así lo estableció esta Sala en la sentencia 1188/1999, de 14 de julio (RJ 1999\6180), al afirmar que si a consecuencia de la infracción de normas laborales se produce el resultado que se pretendía evitar (muerte o lesiones del trabajador) el delito de resultado absorberá al de peligro (artículo 8.3º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva (aunque se podría aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad)”.

peligro inherente al tipo de amenaza concreta no supere el de los tipos penales de lesión, de tal suerte que el primero quede agotado o absorbido por el segundo; y (iii) que el tipo de peligro no incorpore elementos específicos de desvalor adicionales respecto de bienes jurídicos colectivos, intermedios o institucionalizados¹⁵¹.

Con ello, queda descartada la posibilidad de aplicar el principio de subsidiariedad entre tipos de peligro en abstracto y delitos de resultado en ciertos casos, pues el ámbito general de los primeros adquiere un significado autónomo de afectación peligrosa *ex ante* —colectivo y preventivo general— que no puede ser subsumido o agotado por la especificidad de lesión de los segundos —al responder a una *ratio legis* cercana a la progresión que representan los delitos de peligro en abstracto frente a los delitos de lesión¹⁵²—. En estas hipótesis proceden las reglas del concurso ideal, como única manera de valorar el injusto total conformado por la lesión de un bien jurídico supraindividual y por otro personal o personalísimo, según el principio de plena valoración del comportamiento, a condición de que el legislador no haya modificado la tipicidad de la lesión con una agravante que agote el desvalor del tipo de peligro abstracto porque, entonces, podrá ser aplicado el principio de consunción por hecho acompañante.

Otros casos de actos copenados previos serían los siguientes: algunos eventos de delitos contables que quedan cobijados, como actos preparatorios previos o tentativas, por los delitos fiscales [*vid.* SSTS del 26.11.1990 (RJ. 1990-9165), 27.12.1990 (RJ. 1991-5209), 31.10.1992 (RJ. 1992-8629), 1211 del 29.06.2002 (RJ. 3512-2000) y STS 827 del 10.07.2006 (RJ. 2006-6188) aunque dicho ejemplo se concibe algunas veces como un caso de consunción]; hipótesis en las que, para reproducir —por cualquier medio sin autorización previa y expresa del titular del bien jurídico— soporte lógico o programa de ordenador [CP, Art. 271, num. 1], se superan o eluden las

¹⁵¹ *Vid.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 324.

¹⁵² *Vid. ibidem*, pp. 312 y ss.; *cf.* STS 1464 del 17.11.2005 (RJ. 2006-225), que falla un supuesto de concurso ideal entre homicidio con dolo eventual y conducción temeraria con desprecio de la vida de los demás, para indicar: “[e]s aceptable que el delito de resultado absorba al de peligro en determinadas circunstancias pero no que el segundo consuma al primero”.

medidas de seguridad tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados [CP, Art. 272, num. 1], en cuyo caso la superación de medidas tecnológicas comporta la imposición de una pena de multa, mientras que la violación a los derechos patrimoniales de autor trae aparejada una pena de prisión. Otra hipótesis es la del sujeto que, luego de disparar varias veces contra su enemigo, con la intención de matarlo, al final lo hace con un puñal; también, el homicidio [CP, Art. 103; CPE, Art. 138] que consume las lesiones productoras de la muerte [CPE, Art. 138 y STS 1892 del 23.10.2002 (RJ. 2002-3717)]; o cuando se trata de una misma conducta que resulta perfecta frente a parte del patrimonio vulnerado, e imperfecta en relación con otra fracción de éste¹⁵³. En fin, el criterio rector en estos casos es la orientación teleológica del acoplamiento en serie de diversos actos parciales de acuerdo con el plan del autor, para lograr la consumación del delito final en una similar línea de ataque contra el mismo bien jurídico, en diversos grados de afectación material y de progresión del injusto. En los supuestos mencionados, se está ante un aparente concurso de tipos penales porque existe unidad de acción y de tipo realizado.

A pesar de ello, no sucede así en España con la tentativa de homicidio cuando se producen lesiones personales consumadas, porque en estos casos se debe reconocer relevancia al daño efectivo en el cuerpo o en la salud mediante el concurso de tipos, so pena de ignorar su trascendencia jurídica en la valoración total del hecho¹⁵⁴: el caso del sujeto que, una vez enterado de la escasa trascendencia de las lesiones sufridas por su enemigo luego del atentado efectuado, regresa y le da muerte¹⁵⁵; y, por supuesto, en España, los

¹⁵³ Vid. CSJ PENAL, sent. del 10.10.1993 e7724, E. SAAVEDRA.

¹⁵⁴ De este modo, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 57: “[...] quizá la solución más justa requiera la apreciación de un concurso ideal de delitos entre una tentativa de homicidio y las lesiones consumadas pues en otro caso no se expresaría el desvalor de todo el suceso, pues, la punición sólo de la tentativa de homicidio supondría considerar irrelevante penalmente la producción efectiva de unas lesiones en la víctima, equiparando este supuesto a aquel en que las lesiones no hubieran llegado a producirse [...]”. Además (*ibidem*, p. 58), afirma: “la subsidiariedad sólo existe si la acción que realiza el delito intermedio no presenta un contenido de injusto más grave que el hecho del estadio posterior, se considera que no es el caso si en estadios anteriores se realizan cualificaciones que faltan en el hecho del estadio posterior [...]”; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, ob. cit., p. 304.

¹⁵⁵ Sobre el particular, REYES ALVARADO, *El concurso...*, ob. cit., p. 66, sostiene que se trata de un caso de concurso real, porque subsisten varias finalidades diferenciables desde el punto de vista ontológico y dos resultados jurídicos diferentes que excluyen la unidad de

eventos de lesiones dolosas y de homicidio culposo [SSTS 1671 del 16.10.2002 (RJ. 2002-9908)] que, en Colombia, se tipificarían como un único homicidio preterintencional por imposibilidad de aplicar unas lesiones con resultado presunto o una tentativa de lesiones [CP, Art. 105]. Tampoco existe delito único en aquellas hipótesis en las cuales, para hurtar, se porta de forma ilegal un arma de uso privativo de las fuerzas armadas, pues con ello se lesiona además la seguridad pública¹⁵⁶. Ni en los supuestos de un delito de falsedad en documento mercantil y estafa agravada por su realización mediante cheque, toda vez que el presupuesto típico de la estafa mediante cheque no absorbe —en todos los casos— la antijuridicidad de la falsificación del cheque: estafa-falsedad [Pleno no jurisdiccional del 08.03.2002 (JUR. 2002-132119-sala 2ª), SSTS 1531 del 19.11.2004 (RJ. 2004.757), 528 del 08.04.2003 (RJ. 2003-5178), 752 del 22.05.2003 (RJ. 2003-4092), 298 del 15.02.2002 (RJ. 2002-3180), 422 del 06.03.2002 (RJ. 2002-3730), 832 del 14.05.2002 (RJ.2002-7189) y 448 del 15.03.2001 (RJ. 2001-1991)].

Así mismo, la diferencia entre la subsidiariedad y los supuestos de hecho típico acompañante radica en que los supuestos del primero son tácitos desde el punto de vista estructural mientras que, en los segundos, la conducta está prevista de forma expresa en las normas como elementos típicos o como circunstancias adicionales, tal y como ocurre en las hipótesis de hurto calificado por la penetración o la permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores [CP, Art. 240, num. 3; CPE, Art. 241]. Hipótesis en las cuales el legislador agrupa dos resultados diferentes, de tal suerte que mirados en forma independiente el primero de ellos es el delito

acción; *cfr.* ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 303, “[...] sólo surgirá una relación concursal cuando la consumación se produce tras un intento fallido, y es este argumento el que le sirve también para rechazar la inclusión de estos casos dentro del principio de consumación, ya que no puede decirse que la consumación vaya acompañada normalmente de intentos fallidos previos”.

¹⁵⁶ *Vid.* CSJ PENAL, sent. del 15.05.1990, M. MANTILLA, en *GJ*, núm. 2442, t. CCIII, p. 461 y sent. del 12.08.1992, *GJ*, 2460, R. CALVETE. Téngase en cuenta que, a diferencia del delito de homicidio, el legislador Colombiano no prevé la realización del delito de peligro (porte ilegal) como una agravante o modificación típica específica del delito de hurto, con lo cual no es posible estudiar la consumación por hecho acompañante en estos casos. Pero sí lo hizo respecto del homicidio doloso.

final que lesiona el bien jurídico patrimonio económico (y la intimidad) [CP, Art. 239; CPE, Art. 234] y, el segundo, un delito acompañante de violación de habitación ajena que afecta el bien jurídico de la libertad individual (autonomía e intimidad) [CP, Art. 189; CPE, Art. 202 y ss].

El segundo caso general de subsidiariedad tácita se cumple en aquellas hipótesis de concurso de personas en la conducta punible, cuando un sujeto activo del tipo realiza de forma diversa actos de autor y de partícipe o de cooperador necesario y de cómplice, es decir, en palabras de MEZGER, “cuando alguien participa en su propio acto”¹⁵⁷. Con lo cual, salvo los casos exceptuados por la ley, los actos de concurrencia más débiles ceden ante los más graves (principio de retroceso): los actos de partícipe ceden ante los actos de autor o las participaciones más leves ante las más graves, sin que sea posible sostener un concurso de actividades típicas en la realización de una misma conducta. Así mismo, son casos de subsidiariedad aquellos en los cuales los tipos imprudentes ceden ante los dolosos de la misma clase y especie: los tipos de omisión dan paso a los de acción; los de omisión propia a los de omisión impropia; y las contravenciones especiales o las faltas penales retroceden ante los supuestos delictivos.

c) Principio de consunción. Este controvertido postulado, expresado mediante el axioma “*lex consumens derogat legi consumptæ*”, implica que el desvalor del tipo consumante absorbe de manera íntegra el desvalor propio del tipo consumido. En otras palabras: cuando la realización de un supuesto de hecho más grave ya incluye por su configuración o amplitud material el juicio social-valorativo que supone la afectación del bien jurídico que protege otro tipo menos grave y vago, se aplica el primero y no el último, siempre que no operen los principios de especialidad —inclusión formal por mayor riqueza descriptiva— o subsidiariedad —primacía de función material por la forma del ataque¹⁵⁸— [CSJ PENAL, sent. del 17.08.2005, e19391, M. PULIDO DE BARÓN; sent. del 25.07.2007, e27383 y

¹⁵⁷ MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 384.

¹⁵⁸ IBÁÑEZ, “Concurso...”, *ob. cit.*, p. 20; *id.*, “Fraudes...”, *ob. cit.*, p. 140.

sent. del 09.06.2004, e22415]. No en vano, parte de la doctrina le incluye en las hipótesis de “concurso aparente impropio”¹⁵⁹.

Dicho principio se encuentra consagrado en el CPE, Art. 8º, regla 3ª, cuando se indica que: “el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen infracciones consumidas por aquél”. Es decir, que el precepto más amplio desde el punto de vista valorativo —frente al injusto del hecho— consume al más restringido; y, el más complejo (por ir acompañado de actos adicionales) consume al más simple.

La aplicación de este axioma interpretativo de recogida supone entender, desde un plano metodológico, que el legislador penal ya consideró en forma valorativa (no descriptiva) la manifestación funcional típica de dichos eventos concretos respecto al bien o bienes tutelados, al redactar el contexto comportamental del tipo penal absorbente que, en algunos casos, resulta pluriofensivo [SSTS 1493 del 21.12.1999 (RJ. 1999-9436) y 458 del 31.03.2003 (RJ. 2003-2694)]¹⁶⁰. Lo usual es que este tipo resulte más severo desde el punto de vista punitivo, motivo por el cual la doctrina pretende ver este principio como una “directriz de suficiencia punitiva” sin mucho éxito¹⁶¹, precisamente, porque subsisten casos en los cuales el hecho

¹⁵⁹ Cfr. KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1821 y ss. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 682, le considera una modalidad de subsidiariedad material.

¹⁶⁰ Vid. BRODAG, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 159; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 737 (*Tratado*, p. 792); KINDHÄUSER, *Strafrecht, ob. cit.*, pp. 364 y ss.; KÖHLER, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 691; KÜHL, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 715; ROXIN, *Strafrecht, II, ob. cit.*, pp. 858 y ss.; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB, ob. cit.*, Vor §52 pp. 33 y 34; SEIER, “Die Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, p. 230; STRATENWERTH, *Strafrecht, ob. cit.*, pp. 444-445; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht, ob. cit.*, pp. 301 y ss.; CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 45, manifiesta: “[...] resulta ser cierto que aplicando exclusivamente la norma A se colma el desvalor de una determinada acción subsumible en ambas normas (la norma A es la norma que consume y la norma B la consumida)”, sin embargo, *ibidem*, p. 46, critica el principio porque alude a una relación de frecuencia empírica; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 577; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 656; ARCE AGGEO, *Concurso...*, *ob. cit.*, p. 188; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 151 y ss., considera la consunción como una modalidad del principio de alternatividad; REYES ECHANDÍA, “Derecho...”, en *Obras...* vol. I, *ob. cit.*, pp. 571 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1007-1008; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 477.

¹⁶¹ Lo advierte CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, pp. 46 y 59, cuando señala que tal directriz resulta deficiente para definir los casos de consunción, además de ser un argumento muy débil para mantener con contundencia la vigencia racional de tal principio. Es más, concluye que la diferencia entre concurso ideal y concurso aparente se quiebra en la inadecuada definición del principio de consunción. En contra de dicho principio, *cfr.*

posterior es más grave. De igual forma, un sector minoritario entiende que como el delito copenado sigue la suerte punitiva del delito principal — preferente—, si el primero resulta impune, por ejemplo, al estar justificado por un estado de necesidad [CP, Art. 32, num. 7, inc. 1.º; CPE, Art. 20.5.º], o por haber prescrito [CP, Arts. 82.4 y 83; CPE, Art. 131 y ss], etcétera, la segunda conducta también debe serlo en la misma línea de injusto material, bien por ausencia de presupuestos materiales o porque no se cumplen los presupuestos procesales¹⁶².

Por el contrario, la doctrina mayoritaria considera que si el delito consumante queda impune, el hecho copenado posterior “vuelve a la vida jurídica”. Esta consideración es discutible como regla general, sobre todo, porque la decisión anterior resuelve de fondo el problema de la justificación, culpabilidad o perseguibilidad de la tipicidad preferente que abarca la consumida. Así las cosas, al “revivir” la tipicidad anterior, que representa el mismo sentido de injusto material del delito principal en unidad de acción, se ignoraría completamente la consideración judicial sobre la copunibilidad y se produciría una estafa de etiquetas que supone infringir el *ne bis in idem*, al separar la realización y el aseguramiento del mismo injusto. Desde luego, no se pueden asimilar por completo estos eventos con los casos de delito remanente en la tentativa desistida, porque el hecho generador de la impunidad no supone una causal de extinción de la responsabilidad del injusto total o una extinción de la perseguibilidad del delito remanente.

Ahora bien, la consunción se distingue del principio de subsidiariedad material porque, en realidad, no se trata de verificar la tipicidad de dos supuestos de hecho —o tipos penales— que desarrollan igual forma de ataque frente al mismo bien jurídico tutelado en distintos grados y modos de ofensividad material, sino que se trata de dos normas que pueden suponer — en principio— dos formas nucleares diferentes de ataque frente al mismo o diferente bien jurídico, incluso en similar grado de ofensividad — consumación—, que no resultan aplicables de forma conjunta porque el

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 867, al entender que el concurso aparente es un fenómeno de desplazamiento de leyes y no de “bloqueo de la ley más leve”.

¹⁶² *Vid.* ESCUHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 343 y 344.

contexto valorativo integral de una de ellas respecto de los bienes jurídicos (tipicidad mono o pluriofensiva) cobija o absorbe la realización de la otra conducta, exista o no mayor riqueza descriptiva típica¹⁶³.

En realidad, la doctrina considera —sin consenso sobre el particular— dos subespecies de consunción, que de no ser una unidad de acción en sentido amplio y absorción típica, se afirma que constituyen supuestos de concurso real inefectivo. Argumento que, según la doctrina mayoritaria, pone en entredicho la naturaleza unitaria de la conducta que exige el aparente concurso de tipos¹⁶⁴. Así mismo, parte de la doctrina sostiene que la consunción es un principio defectuoso, porque no resulta posible establecer una teoría específica que explique cuál de los dos tipos es el más grave, el más amplio, el de mayor relevancia jurídica o el que mejor absorbe en un plano valorativo el otro supuesto de hecho¹⁶⁵. A pesar de ello, la pauta de amplitud del tipo absorbente solo se podrá determinar desde la perspectiva tónica, porque es necesario verificar, en cada caso concreto, si la afectación que supone el tipo consumido fue prevista en el desvalor pluriofensivo del tipo consumante, de cara al ámbito de protección que supone la norma frente al bien o bienes jurídicos tutelados. Véanse a continuación dichas modalidades.

En primer lugar, el denominado acto posterior copenado o impune (mitbestrafte oder straflose Nachtat), ello es, aquella acción típica —antijurídica y culpable— posterior dirigida al final a asegurar, desarrollar o

¹⁶³ En contra de dicha postura, *cf.* CSJ PENAL, sent. del 25.07.2077, e27383, porque se exige que el concurso aparente implique la lesión del mismo bien jurídico tutelado en todos los casos (?).

¹⁶⁴ *Vid.* BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 805; HAFT, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 277; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1103; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 726 (*Tratado*, p. 783): “[...] no cualquier clase de pluralidad de acciones conduce a la aplicación de las reglas de la determinación de la pena propias del concurso real. Puede suceder que tal pluralidad de acciones tenga que ser considerada como un supuesto de concurso de normas (consunción) [...]”; KÖHLER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 691; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, pp. 583 y ss.; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 304 y ss.

¹⁶⁵ Así, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 158: “[...] mientras la consunción señala la forma genérica como debe ser resuelto el concurso aparente de hechos punibles (escogiendo la norma de mayor contenido valorativo) la alternatividad propia, la especialidad y la subsidiariedad le enseñan al intérprete los mecanismos para establecer cuál de las varias normas es la que posee ese mayor contenido de injusto que la hace preferible, lo que en otras palabras significa que la consunción no debe estudiarse como un principio de solución de la concurrencia aparente”.

aprovechar la posición alcanzada, la explotación, utilización o la protección de la ganancia ilícita obtenida por el sujeto con la primera conducta punible —preferente—, según el plan criminal original del autor¹⁶⁶. En este orden de ideas, el delito de utilización se vincula al delito de intención, por lo general como su agotamiento desde el punto de vista final. Según la doctrina dominante, para que la conducta posterior preferida no desestructure la unidad de valoración del delito único —*Bewertungseinheit*— y la copunicación mediante efectos punitivos adicionales, resulta necesario que¹⁶⁷:

1. La acción posterior quede comprendida en el injusto material y la penalidad de la primera, sin que ésta abarque la segunda, solo por poseer una mayor riqueza descriptiva.
2. La acción obedezca al mismo plan criminal o finalidad, o constituya el agotamiento de la primera infracción. En estos casos es necesaria la unidad de sujeto activo en el delito inicial y en el delito copenado posterior.
3. Que no se lesione de nuevo, con distinta finalidad, el mismo bien jurídico o un nuevo bien jurídico de titularidad de un tercero, porque en tal caso habría que considerar varias tipicidades. Y,

¹⁶⁶ En este sentido, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 568. *vid.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 127, afirma: “por eso en los actos posteriores copenados el sujeto acomoda su conducta a dos descripciones típicas por cuanto si así no lo hiciera su primera conducta naturalística no tendría para él ningún sentido, ante lo cual desarrolla un segundo comportamiento óntico que le permite completar su finalidad”. Vale la pena recordar que dicho autor considera estos casos como eventos de alternatividad propia (*ibidem*, p. 131), porque “el hecho posterior copenado comprende los casos en los cuales una sola acción jurídicamente relevante es recogida por la descripción de tipos penales que se refieren a diversas formas de lesión a un mismo bien jurídico”. Sin embargo, si se ha dicho antes que la primera norma recoge el injusto material de la segunda (no se excluyen como círculos secantes), no se ve por qué el criterio válido para seleccionar el tipo aplicable sea la pena más elevada como protección al bien jurídico.

¹⁶⁷ *Vid.* KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1823-1824; GÜNTER KOHLMANN, “Schließt die Verjährung der Vortat auch die Bestrafung wegen der Nachtat aus?”, en *JZ*, 1964, p. 492; KÜHL, *Strafrecht, ob. cit.*, pp. 716; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK, ob. cit.*, pp. 826-828; STRATENWERTH, *Strafrecht, ob. cit.*, pp. 446-447; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht, ob. cit.*, pp. 304 y ss. En general: DETLEF KRAUB, “Zum Begriff der straflosen Nachtat”, en *GA*, 1965, p. 173; SIEGERT, “Beihilfe zur straflosen Nachtat”, en *GA*, 1933, p. 98; VON WEBER, *Lineamientos...*, *ob. cit.*, p. 114; JÜRGEN WOLTER, “Verurteilung aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat?”, en *GA*, 1974, p. 161; IBÁÑEZ, “Concurso..., *ob. cit.*, p. 21; PUIG PEÑA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 664-67.

4. Que el daño causado no se extienda desde la perspectiva cuantitativa más allá de aquel daño que debiera producirse hasta el momento¹⁶⁸. Como sucede, en Colombia, por ejemplo, cuando el latrocinio se apodera (apropia) de la cosa mueble para dañarla o venderla con ánimo de lucro, casos en los que se castiga al autor por hurto, pero no por determinación a la receptación¹⁶⁹ [CP, Arts. 239, 265 y 447; CPE, Art. 298.1 mod. LO 15/2003] o por el daño, pues da lo mismo el daño de la cosa que no recuperarla intacta desde el punto de vista del patrimonio económico [CSJ PENAL, sent. del 21.02.1990, G. DUQUE, *GJ* núm. 2442]. O, cuando se falsifica moneda —como acto intermedio—, con el fin de ponerla en circulación y luego ésta se pone en circulación efectiva o se importa o exporta con dicho propósito [CP, Arts. 273 y 274; CPE, Art. 386]; el uso del automotor luego del apoderamiento violento [CPE, Art. 244.4 y STS del 11.03.2000 (RJ. 2000-1123)]; los supuestos de contrabando [CP, Art. 319] o lavado de activos [CP, Art. 323] que impliquen un enriquecimiento ilícito de particulares [CP, Art. 327]¹⁷⁰, entre otros supuestos. En España, son buenos

¹⁶⁸ Vid. WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 235-236 (*Derecho*, p. 278); MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 389; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 447; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 92; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 304; BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, p. 421; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 657. Por su parte, *cf.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 118 y 125 y ss., considera estos supuestos como casos de alternatividad.

¹⁶⁹ Para la CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383, el hecho posterior copenado implica que “[...] el primer delito no tiene sentido para el agente sino en la medida que cometa el segundo, como ocurre con el delito de hurto y la receptación, en el cual, el apoderamiento de la cosa mueble ajena interesa al autor del delito, sólo en la medida que pueda enajenarla y concretar el provecho ilícito pretendido, esto es, agotar el delito, y por ello el legislador descartó como autor del ilícito de receptación a quien haya tomado parte en la conducta punible inicial”, *cf.* CSJ PENAL, sent. del 09.06.2004, e22415. También, respecto al concurso aparente entre hurto y secuestro, *cf.* sent. del 26.01.2005, e21474 y sent. del 17.08.2005, e21382]. En este sentido, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 341, sostiene que “[q]uedan aquí incluidos los casos en los que el autor del hecho principal es inductor o participa de otra forma en el hecho posterior y, al revés, los casos en los que el sujeto es partícipe en el hecho principal y luego comete el hecho posterior como autor o coautor. La razón es que no se debe colocar al partícipe en una situación más desfavorable que al autor y, además como argumento definitivo, se señala que las reglas de la consunción tienen preferencia frente a los principios sobre la concurrencia de distintas formas de participación”.

¹⁷⁰ *Cfr.* TSDJ de Bogotá, PENAL, sent. del 10.05.2002, e006-2001-0127-01, L. QUEVEDO, indica: “el aumento patrimonial no justificado en conducta ilegítima (enriquecimiento ilícito) que se deriva de la actividad de contrabando, se presenta como un hecho impune posterior a este mismo delito; por esto es que, en virtud del principio de consunción, no existe concurso material entre las conductas penalmente relevantes”. Lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, TSDJ de Bogotá, PENAL, sent. de 24.08.2004, e11001070400820030019402.

supuestos los de estafa realizados por medio de un documento privado falso mediante su uso [SSTS 1538 del 27.12.2005 (RJ. 2006-1268), 29.10.2001 (RJ. 2001-9475)].

Por el contrario, no se constata un aparente concurso de tipicidades sino un concurso efectivo, cuando se hurta un alijo de cocaína y luego se le pone en venta, porque en este caso se lesiona además la “salud pública” —mayor desvalor de resultado—; o el caso de quien hurta un arma y luego la porta sin permiso de la autoridad competente, que también lesiona la “seguridad pública”¹⁷¹; de quien para escapar de una vivienda donde se hurta, viola un nuevo domicilio; de quien realiza declaraciones fiscales y, al tiempo, lleva a cabo posteriores conductas de estafa, cohecho y malversación que no sólo afectan el bien jurídico hacienda pública. Conductas, como ha dicho el Tribunal Supremo, “[...] defraudatorias que no solamente ocultan la mayor parte de los ingresos lícitos o ilícitos del acusado sino que contienen manipulaciones que le llevan incluso a obtener devoluciones, a través de la dedicación, por ejemplo, de parte de los fondos, a la adquisición y sostenimiento de explotaciones agrícolas deficitarias que permiten el aparente resultado de una cuota tributaria negativa” [STS 1493 del 21.12.1999 (RJ. 1999-436)]. También habrá concurso efectivo en los casos de fraude procesal seguido de estafa [CSJ PENAL, sent. 09.03.2006, e23755].

Para concluir, respecto de estos supuestos, algún sector minoritario de la doctrina considera como delitos de aprovechamiento —*Erwebsdelikt*—, comportamientos punibles que implican la omisión seriada del cumplimiento de una prestación debida en forma legal, como sucede en el delito de inasistencia alimentaria [CP, Art. 233¹⁷²]. Conductas que si bien pueden conllevar incumplimientos posteriores interrumpidos o con solución de continuidad, éstos no afectan de manera relevante el bien jurídico protegido de afectación instantánea —en Colombia el bien jurídico familia—, pero sí incrementan en forma cuantitativa el daño en relación con

¹⁷¹ *Cfr.* CSJ PENAL, sent. del 20.08.1992 R. CALVETE en *GJ*, núm. 2460, t. CCXXI, p. 303, con importante salvamento parcial de voto de G. GÓMEZ.

¹⁷² *Cfr.* CCONST., T-212/2003, J. ARAUJO y C-16/2004, Á. TAFUR. Para terminar, *cfr.* CCONST., T-1186/2003, J. CÓRDOBA, la Corte consideró que el delito de inasistencia alimentaria tiene la naturaleza de un delito permanente de omisión.

el incremento del monto económico que traduce la prestación alimentaria. Dicho lo cual, se trataría del mismo delito de omisión conformado por la sustracción primigenia y las sustracciones posteriores continuas o discontinuas como hechos impunes separados del primero, en los que el monto de la prestación alimentaria se sumaría a título de perjuicio total¹⁷³.

En Colombia, dicha interpretación tiene sentido lógico, porque si se analiza el Art. 235 *ibídem* en concordancia con el 233, se advierte que el legislador entendió que la sentencia condenatoria en virtud del primer grupo de incumplimientos acumulados no hace tránsito a cosa juzgada material, cuando “el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria” sin justa causa, siendo posible iniciar otro “proceso” por el mismo delito, en el que se aplica la normativa referida a la acumulación jurídica de penas, según las reglas procesales vigentes. Es decir, se trata de un delito de ejecución prolongada en el tiempo, si no permanente al menos continuado, cuya pena se modifica según la afectación patrimonial y la gradualidad de la lesión al bien jurídico familia.

El segundo evento de consunción es el denominado hecho acompañante — *typische Begleitatt*—, que se presenta cuando el legislador, al redactar una nueva descripción típica que es pluriofensiva desde el punto de vista material, entiende que dicho injusto se “compone de manera forzosa por” o se “realiza en forma regular con” otra conducta coexistente. Un “*quid pluris*” cuyo injusto material queda cubierto por un elemento o circunstancia del tipo consumante que, por lo general, sería un tipo compuesto, de doble resultado o un tipo complejo en sentido estricto¹⁷⁴.

¹⁷³ Vid. JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1065, que considera los actos posteriores como impunes.

¹⁷⁴ Vid. JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los actos copenados*, Dykinson, 2005. Vid. cibergrafía; LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Concurso Aparente de Leyes, Hechos Copenados*, Bogotá, Temis, 1993, pp. 24-25. Buen ejemplo de lo dicho es el Art. 84 del CPIt, que textualmente dice: “[l]as disposiciones de los artículos precedentes no se aplican cuando la ley considera como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes de un solo delito, hechos que constituirán, por sí mismos, delito” (t/l). Sin embargo, algunos autores consideran que los tipos de doble resultado deben ser tratados bajo el principio de subsidiariedad expresa y no como hipótesis de consunción (amplitud material de los supuestos de hecho según la ofensividad del ataque). Así, por ejemplo, *cfr.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 115; al final, (*ibídem*, p. 117) resulta partidario de

En estos supuestos, aun cuando se podrían lesionar bienes jurídicos diferentes¹⁷⁵ que en apariencia implicarían estimar la existencia de un concurso de delitos, en realidad la conducta acompañante carece de importancia jurídica por fuera del injusto del supuesto de hecho principal, que desde luego es el continente típico material por decisión valorativa del legislador¹⁷⁶, y porque el tipo consumante posee una mayor riqueza descriptiva y una mayor punibilidad que impide la aplicación de las reglas concursales entre las figuras fundamentales¹⁷⁷. Como lo señala la CSJ PENAL: “[f]inalmente se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico” [CSJ PENAL, sent. del

acabar con esta injustificada modalidad típica (consunción por hecho acompañante), no sólo como herramienta para solucionar los eventos de aparente concurso, sino porque en realidad estos casos constituyen hipótesis de concurso real al ser lesionados varios bienes jurídicos. Desde luego, no parece claro que todos los supuestos de tipos de doble resultado sean casos de subsidiariedad, porque en muchos supuestos es vital estimar la intensidad del ataque para verificar si la conducta acompañante o previa queda o no consumida por el tipo más amplio y preciso (casos de violación-lesiones, tortura-lesiones o hurto calificado por la violencia y secuestro), sin que la norma se pueda aplicar de forma ciega. En general: ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, p. 859. Cfr. CSJ PENAL, auto del 25.06.2002, e17089, E. LOMBANA, en *RD*, núm. 371 de nov. 2002, pp. 2447 y ss.

¹⁷⁵ Por tal motivo, como quiera que en principio se ven vulnerados desde el ángulo formal bienes jurídicos diferentes, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 258 y ss., considera que se trata de eventos de concurso efectivo de delitos. En la misma línea, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 437, asevera: “[s]eñalar que el legislador ha tenido en cuenta el desvalor que representa uno de los delitos a la hora de establecer la pena de otro no puede sostenerse, puesto que no se explica cómo tratándose de dos injustos distintos el legislador los ha tenido en cuenta en un mismo precepto”. Por su parte, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 549, sostiene que el delito complejo no es un evento de concurso de normas, porque éste representa tantas acciones como tipicidades. También, CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383. A pesar de ello, no se puede olvidar que la nueva tipicidad legal autónoma es, en virtud de la ley, pluriofensiva desde el punto de vista material y autónoma respecto a los tipos que pueden quedar absorbidos por ella.

¹⁷⁶ Vid. ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 473; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 737 (*Tratado*, p. 794); VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1008-1009; *id.*, *Manual...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 486. Vid. CSJ PENAL, sent. del 13.09.1983 L. ALDANA, en *GJ*, núm. 2412, t. CLXXIII, p. 518, indica que el delito complejo es una modalidad de concurso aparente de tipos [...] que existirá en la medida en que un hecho delictivo forma parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva.

¹⁷⁷ En contra: ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 296, quien niega la consunción y prefiere la alternatividad propia basada en la relación de identidad. También, *ibidem*, p. 332, sostiene que en estos casos la pena debería ser superior a aquella que se impone mediante una simple agravación punitiva, que no compensa la posterior realización delictiva.

25.07.2007, e27383, sent. del 26.01.2005, e21474 y sent. del 28.07.2004, e21520].

Ejemplos de consunción por hecho acompañante son: el hurto con violencia sobre las personas que consume la coacción, amenaza o constreñimiento ilegal razonable ejercido sobre la víctima (sujeto pasivo o sujeto sobre el cual recae la acción) [CP, Arts. 240, inc. 2.º y 182] o la privación ilegal de la libertad —de naturaleza ambulatoria— que no supere la duración indispensable o necesaria ínsita en la dinámica comisiva del delito de hurto para obtener de manera instantánea o breve la apropiación de los bienes patrimoniales [SSTS 892 del 26.12.2008 (RJ.2008-6940), 71 del 05.02.2007 (RJ. 2007-849), 1400 del 23.11.2005 (RJ. 2006-728), 395 del 09.05.1996 (RJ. 1996-3810), 333 del 03.03.1999 (RJ. 1999-1945), 1146 del 17.06.2002 (RJ. 2002-7365). En Colombia: CSJ PENAL, sent. del 12.12.2002, e13745; sent. 04.06.1986, E. SAAVEDRA, en *JP* 1986, *ob. cit.*, pp. 68 y ss]. Situación que, en España, incluye los casos de traslado del sujeto pasivo de un lugar a otro como mecánica ejecutiva indispensable de intimidación en el robo o hurto, como cuando se traslada a la víctima al cajero automático y, luego, se libera sin dilación [SSTS 1456 del 27.11.1998 (RJ. 1998-9403), 1277 del 20.09.1999 (RJ. 1999-6669) y 337 del 12.03.2004 (RJ. 2004-2267)]; cuando, de forma excepcional, se priva de la libertad a la víctima después del apoderamiento para facilitar la huída o asegurar el botín (con o sin asecho de la policía), siempre que se deje libre al sujeto o atado en condiciones en que pueda verse libre de sujeción con facilidad [CP, Art. 240, inc. Final] — [STS 468 del 27.04.2006 (RJ. 2006-3143)¹⁷⁸]; y, en fin, en los casos de simple registro de la vivienda y durante el tiempo necesario para realizar el apoderamiento de las cosas [STS 408 del 13.03.2000 (RJ. 2000-1194) y 1634 del 04.11.2001 (RJ. 2002-613)], entre otros supuestos. En estos casos, por ejemplo, según el ordenamiento español, se aplica de manera preferente la regla prevista en el numeral 3 del Art. 8.º, porque el

¹⁷⁸ De lo contrario, subsistirá un concurso ideal. Una postura jurídica diferente frente al aseguramiento del robo o la fuga del autor cuando sale con las llaves, cierra la puerta y deja la víctima atada, se observa en las SSTS 1424 del 05.12.2005 (RJ. 2006-1927), 1632 del 09.10.2002 (RJ. 2002-9161), 1620 del 22.09.2001 (RJ. 2001-8507) y 1008 del 11.09.1998 (RJ 1998-7487).

tipo de hurto (más amplio o complejo en la dinámica típica) consume desde la perspectiva valorativa el ataque más simple contra el bien jurídico, siempre que exista entre la privación de la libertad y el apoderamiento una ejecución que suponga coincidencia temporal estrecha.

Otros ejemplos de la aplicación de este principio son: el hurto mediante permanencia arbitraria o clandestina que consume la violación de habitación ajena previa [CP, Art. 189]¹⁷⁹. En las hipótesis de contrabando de drogas frente a los delitos contra la salud pública (tráfico), porque los segundos abarcan toda la ilicitud del hecho al no existir un interés fiscal defendido [CSJ PENAL, sent. del 04.08.1989, J. TORRES, *GJ*, t. 2438; SSTS 959 del 23.11.2007 (RJ. 2007-7663) y 1018 del 30.07.1999 (RJ. 1999-7593); en contra: STS 177 del 12.02.1997 (RJ. 1997-1360) que estima un concurso ideal de tipos por el plus de antijuridicidad resultante de la violación a los intereses supra-estatales derivados de los convenios internacionales antidrogas]¹⁸⁰. Así mismo: la falsificación de documento privado seguida de su uso normal en el tráfico jurídico, sin que el mismo constituya por su uso cualificado un medio comisivo para un delito de estafa posterior¹⁸¹ [CPE, Art. 393] o un fraude procesal; los golpes leves —traumatismos epidérmicos— que se entienden como una secuela normal de la violencia en las agresiones sexuales, para vencer la resistencia de la víctima [STS. 122

¹⁷⁹ En el ordenamiento penal español de 1995, no tiene lugar la aplicación del tipo complejo cuando se trata de un supuesto de robo y allanamiento de morada. En estos casos, se integra un concurso medial de delitos. *Vid.* SSTS 1520 del 12.12.2005 (RJ. 2006-2567) y 728 del 06.05.1999 (RJ. 1999-4962), la última de las cuales indica: “[y]a la Consulta de la Fiscalía General del Estado 10/1997, de 29 de octubre, sobre robos con violencia o intimidación perpetrados en la morada, se pronunció sobre la concurrencia del delito de allanamiento de morada, estimó la compatibilidad entre ambas infracciones, entendiendo que la perpetración de un robo con violencia o intimidación en morada ajena a la que se hubiera penetrado de forma ilegítima, dará lugar a un concurso entre los delitos de robo y allanamiento que si se da la relación de medio a fin exigida por el artículo 77 del Código Penal deberá pensarse con arreglo a tal disposición”. Por el contrario, la CSJ PENAL estima estos eventos como hipótesis de consunción en CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383.

¹⁸⁰ Sobre el tema *vid.* QUERALT JIMÉNEZ, *El principio...*, *ob. cit.*, pp. 16 y ss. En Colombia el ejemplo es claro, porque el Art. 376 “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, prevé los verbos “[...] introduzca al país, así sea de tránsito o saque de él [...]”.

¹⁸¹ Así, CSJ PENAL, sent. del 03.06.2009, e29705; 15.09.1983, L. ALDANA, en *Compilación...*, *ob. cit.*; sent. del 24.01.1984 F. CALDERÓN en *Compilación...*, *ob. cit.*; sent. del 12.03.1992 E. SAAVEDRA en *Compilación...*, *ob. cit.*; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 351 y 352.

del 05.02.2004 (RJ- 2004-696); las alteraciones psíquicas leves o normales ocasionadas a la víctima de una agresión sexual [SSTS STS de 10.02.2009 (RJ. 603-2009), 348 del 20.04.2007 (RJ. 2007-3263), 12 del 19.01.2006 (RJ. 2006-313), Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 10.10.2003]; los casos de secuestro agravado por las tortura, por el acceso carnal violento o por homicidio culposo [CP, Arts. 168, 169 y 170 num. 2 y 10, mod. L. 733/2002] que consumen algunas hipótesis de tortura [CP, Art. 178], acceso carnal violento [CP, Art. 205] y homicidio culposo [CP, Art. 109]; algunos supuestos de genocidio frente al homicidio [CP, Arts. 101 y 103]; el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución consume las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento sancionado en el tipo [STS.1566 del 21.11.2003 (RJ. 2003-9490)]; y los discutidos eventos colombianos de: (i) abandono de personas [CP, Arts. 127 y 128] cuando se sigue para el abandonado alguna lesión personal o sobreviniere la muerte [CP, Art. 130], y (ii) los casos de parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o la criatura, o de aborto sobreviviente como consecuencia de lesiones a la mujer [CP, Art. 118—parto o aborto preterintencional]. Finalmente, los casos en los que se admiten delitos comunes conexos a los delitos políticos como, por ejemplo, las conductas de porte ilegal de armas (personales o de uso privativo de las fuerzas militares y conductas anexas) [CP, Arts. 365 y 366, Ref. L. 1142/2007, Art. 38 y 55 respectivamente, *vid.* CSJ PENAL, sent. 18.04.2006, e25317 y sent. 21.02.2006, e24979], como medio propio del delito de rebelión, o las conductas de utilización de equipos transmisores o de telecomunicaciones [CP, Art. 197, *vid.* CSJ PENAL, sent. 22.11.2005, e24360] y utilización ilegal de uniforme es insignias [CP, Art. 346, pendiente de decisión sobre constitucionalidad], todos necesarios para el desarrollo de los distintos delitos políticos.

Por el contrario, no existe concurso aparente sino un concurso efectivo real, medial o ideal, según el caso, en los casos de homicidio (¿incluso en combate?) como delito conexo a los delitos políticos¹⁸² y secuestro¹⁸³; en las

¹⁸² CSJ PENAL, sent. Rebelión y homicidio del 24.01.2006, e24911; sent. 22.11.2005, e24571; CCONST., C-446/1997, J. ARANGO y E. CIFUENTES.

hipótesis entre cohecho propio y enriquecimiento ilícito de servidor público [CSJ PENAL, sent. 03.06.2009, e29705]; falsedad y fraude procesal [CSJ PENAL, sent.26.03.2009, e31137 y sent. 17.08.2005, e19391]; en las hipótesis en las que para hurtar —o robar— un vehículo automotor o los enseres de una casa: (i) se priva “*innecesariamente*” al conductor o a los habitantes de la libertad —secuestro extorsivo y detenciones ilegales—, (ii) cuando el dolo de hurto o robo nace con posterioridad a la privación de la libertad, (iii) se atenta contra la libertad de terceras personas; y, (iv) cuando el delito de hurto se consuma en los casos en que los sujetos activos obligan al pasivo a trasladarlos a otro lugar o la detención de la libertad se realiza luego de consumar el delito¹⁸⁴. En Colombia, en virtud del Art. 169 mod. L. 1200/2008, Art. 1.º, inc. 2.º, se castiga como secuestro extorsivo, los casos de privación de la libertad cuando la conducta se realice en forma temporal

¹⁸³ CSJ PENAL, sent. 11.3.2009, e29204; sent. 18.08.2008, e2989; sent. 21.02.2007, e23328; sent. 16.05.2007, e23934 y sent. 19.07.2006, e23009.

¹⁸⁴ En general, sobre los supuestos mencionados: SSTS 12 del 20.01.2005 (RJ. 2005-1001), 1548 del 27.12.2004 (RJ. 2005-700), 1502 del 27.12.2004 (RJ. 2005-827), 474 del 13.04.2004 (RJ. 2004-3260), 337 del 12.03.2004 (RJ. 2004-2267), 186 del 12.02.2004 (RJ. 2004-1736), 778 del 29.05.2003 (RJ. 2003-4280), 479 del 31.03.2003 (RJ. 2003-4070), 372 del 14.03.2003 (RJ. 2003-2907), 273 del 28.02.2003 (RJ. 2003-2724), 1334 del 12.07.2002 (RJ. 2002-6732), 1890 del 13.11.2002 (RJ. 2002-9835), 1846 del 06.11.2002 (RJ. 2002-9681), 1705 del 15.10.2002 (RJ. 2002-8896), 1329 del 15.07.2002 (RJ. 2002-8066), 1221 del 25.06.2002 (RJ. 2002-7210), 25.01.2002 (RJ. 2002-1440), 1790 del 22.11.2000 (RJ. 2000-8945), 11.09.2000 (RJ. 2000-7752), 1107 del 23.06.2000 (RJ. 2000-4751), 655 del 11.04.2000 (RJ. 2000-2702), 03.03.1999 (RJ. 1999-1945), 08.10.1998 (RJ. 1998-6976). De manera precisa, las SSTS 472 del 24.05.2007 (RJ. 2007-3938) y 337 del 12.03.2004 indican: “[...] aplica el concurso de normas o de leyes únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesarios para efectuar el despojo conforme al «modus operandi» utilizado, por entender que en estos supuestos, y únicamente en ellos, la detención ilegal queda absorbida por el robo, atendiendo a que todo robo con violencia o intimidación afecta, aún cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria de la víctima”. Del mismo modo, CSJ PENAL, sent. del 26.01.2005, e21474, M. PULIDO DE BARÓN; en este caso, la Corte desestimó un aparente concurso entre hurto y secuestro (hoy secuestro extorsivo), al tener en cuenta la necesidad de la privación de la libertad para efectos de la consumación del apoderamiento. A pesar de ello, parece dudoso que la unidad o la pluralidad de tipicidades se haga depender de la “necesidad o innecesidad del medio” para consumar el delito, porque como lo afirma la sentencia en otro aparte: “[...] el legislador no previó como elemento estructurante de la conducta punible de secuestro simple el factor de la “temporalidad” de la acción, sino la efectiva limitación de la libertad de locomoción y de las posibilidades de autodeterminación de los afectados”. Sobre el mismo tema, aunque con posiciones diversas, *vid.* CSJ PENAL, sent. del 29.03.2000, e13331; sent. 30.05.2001, e13662, H. GALÁN; sent. 05.02.2002, e13662; sent. 13.06.2002, e12439; sent. 26.06.2002, e12770; sent.16.07.2002, e19577, E. LOMBANA; sent. 28.07.2004, e21520; sent. 26.01.2005, e21474 y sent. del 15.06.2005, e21629.

en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza¹⁸⁵. Tampoco, en los casos de homicidio para preparar, facilitar o consumir otro delito —general— y el “otro” delito tentado o consumado, pues se debe apreciar un concurso de tipicidades entre un delito agravado por la finalidad en conexidad teleológica con otro delito y no un tipo complejo [CP, Art. 104, inc. 2.º], y en los casos de violación o allanamiento de morada para realizar el delito de agresiones sexuales —acceso carnal violento— al tiempo que se priva a la víctima en forma ilegal de la libertad mediante amenazas, y —según la jurisprudencia de la CSJ— en los casos de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (delito de peligro abstracto) concomitante a uno o varios delitos de homicidio realizados por medios que impliquen peligro común [CP, Arts. 104.3 y 366]¹⁸⁶.

¹⁸⁵ En este sentido, la CSJ PENAL, sent. del 25.05.2006, e20326, E. LOMBANA: “[...] el legislador no exige como ingrediente de los tipos penales de secuestro (simple o extorsivo) que la privación de la libertad tenga una duración mínima determinada, es suficiente que se demuestre que la víctima permaneció efectivamente detenida en contra de su voluntad durante un lapso razonable para entender que los implicados le impidieron desplazarse libremente. / Esa razonabilidad permite distinguir el delito de secuestro del ilícito de hurto calificado por la violencia ejercida sobre las personas, en tanto éste comporta un contacto con la víctima que se retiene por el lapso necesario mientras es despojada de sus efectos personales, pero inmediatamente después puede continuar ejerciendo su derecho de locomoción. / Los tiempos posteriores o adicionales al despojo de los bienes que la víctima lleva consigo, en que permanezca retenida por obra de los implicados del delito, ya configuran un delito de secuestro, puesto que implican de suyo un atentado contra la libertad individual, así esa retención se utilice para asegurar el producto del ilícito penal o de otro ilícito, o para incrementar el botín a través de otro tipo de gestiones, o para facilitar la fuga, o para seguir cometiendo delitos diferentes, como ocurre en el caso del hurto calificado por la violencia cuando se continúa delinquiendo, utilizando elementos conseguidos con el primer despojo, todo mientras el sujeto pasivo de la delincuencia sigue sin poder moverse a su arbitrio porque la fuerza de los implicados se lo impide”.

¹⁸⁶ *Cfr.* CSJ PENAL, sent. del 20.08.1992, en *JD* 1992, t. XXI, pp. 930 y ss.; sent. 15.06.2008, e28872 y sent. del 25.06.2007, e27387, Y. RAMÍREZ. En la última providencia, la CSJ PENAL niega la operatividad de aparente concurso por consunción y afirma la existencia efectiva de un concurso sucesivo y simultáneo de delitos entre la conducta de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y varios homicidios consumados y tentados: “[...] [c]uando se emprende la acción homicida con el arma explosiva, se está ante unas nuevas circunstancias pues el delito contra la seguridad ciudadana se encuentra en ejecución, dada la ejecución constante que reviste el mismo en el tiempo. En estas circunstancias, la sanción calificada—agravada del ataque a la vida e integridad física de varias personas resulta autónoma e independiente respecto al desvalor normativo que representa la primera de las acciones. / La circunstancia del porte del arma es independiente y previa a los homicidios ejecutados con la misma, de donde se puede observar con absoluta diafanidad que se trata de la sanción de unos hechos que se moldean de acuerdo con circunstancias diferentes [...]”. Desde luego, la sentencia citada adolece de varios errores desde el punto de vista dogmático: **1)** Afirma que se trata de un concurso real de delitos y, a pesar de ello, la Corte asevera que las acciones coinciden desde el punto de

En realidad, en algunas de estas hipótesis la verdadera razón de la consunción es el principio de insignificancia —*Geringfügigkeitsprinzip*— o

vista sustantivo en la causación ininterrumpida de los diversos resultados jurídicos. En este sentido, si es cierto que hay un concurso real con acciones coincidentes en forma parcial sin que exista unidad de acción, ello significa que la Corte sigue la teoría de los resultados o de la afectación de diversos bienes jurídicos, para separar desde el punto de vista ontológico la misma unidad de acción en dos acciones normativas independientes según los requisitos normativos de los tipos que desea concursar. Así, al afirmar que el delito de porte se convierte a partir de los actos ejecutivos de homicidio en una agravante independiente (separación ontológica), incluso cuando la acción es ininterrumpida, *se desconoce el principio de non bis in idem y exagera el principio de integra valoración del injusto material del comportamiento*. Una postura teórica que desconoce la figura del concurso ideal de delitos y confunde la tipicidad con la acción. Otra cosa es afirmar que no hay identidad de acción. **2)** La Corte niega el aparente concurso, porque la acción de porte de armas también es anterior a la conducta parcial del porte relevante como medio para causar los resultados jurídicos contra la vida. Si bien es cierto que la subsidiariedad material por hecho previo copenado es inaplicable en virtud de la diversidad de bienes jurídicos afectados o puestos en peligro (no se trata de una progresión de ataque contra el mismo bien jurídico tutelado), también lo es que la agravante del homicidio y el delito de porte ilegal cuentan con el mismo significado normativo de peligro y la misma cobertura típica material en virtud de la ley. Es decir, la agravante del Art. 103-3 no sólo cubija el peligro que sufren los titulares de la vida en concreto, sino también el peligro que sufre la seguridad de la colectividad, porque el tipo modificado es pluriofensivo desde el punto de vista material, agotando el valor del tipo fundamental consumido. **3)** Así las cosas, presentar el hecho como un acto previo copenado no cubierto por la agravante supone, de forma paradójica, desconocer la esencia de la figura del hecho acompañante como modalidad de consunción. Esta interpretación se deriva también de la confusión de la Corte en dos puntos: *primero*, porque define la consunción como la doctrina mayoritaria entiende la subsidiariedad material (“es aplicable la consunción cuando entre los dos punibles existe una relación de menos a más, o de imperfección a perfección”), dicho lo cual termina por sustraer de dicha definición los supuestos de hecho acompañante que, a su turno, define como la doctrina mayoritaria entiende la consunción. Y, *segundo*, porque asevera que se está en presencia de una conexidad consecuencial, valoración discutible, pues en realidad el homicidio no se comete para facilitar el porte o lograr la impunidad del mismo desde la perspectiva de la agravante del Art. 104-2. Si hay una relación sería teleológica, dado que se porta para matar y se mata por dicho medio; pero el homicidio, en este caso (Art. 104-3), no se agrava por la finalidad de portar, sino por el porte y el uso del instrumento que comporta peligro común, como medio material que permite realizar los delitos contra la vida. De este modo, la agravante sólo se entiende cuando se comprende que ésta modificación típica cubija la decisión de realizar el delito de porte como medio para la ejecución del homicidio, desde el mismo momento en que comienza el porte del instrumento con la finalidad de matar. **4)** En fin, confunde la naturaleza del homicidio conexo en forma consecuencial (Art. 104-2), con un delito de dos resultados (Art. 104-3), el primero de los cuales (de peligro abstracto y mera conducta) resulta en forma parcial coincidente con la realización de los otros (tentativas y homicidios consumados). Peligro que constituye, justo es decirlo, la agravante que implica un aumento punitivo del tipo modificado pluriofensivo. En realidad, los medios no se pueden separar contra la decisión del legislador del tipo fundamental, según sean los resultados requeridos para lograr afirmar un concurso real de tipo, cuando ambas figuras suponen unidad de sujeto, hecho y fundamento normativo. Que la confusión existe, se desprende de la cita núm. 20 de la sentencia, en la que se hace referencia a la sent. del 27.10.2004, e19937, referida al tipo de homicidio agravado por conexidad consecuencial, como si esta fuera aplicable al caso que se analiza.

bagatela —Bagatellprinzip— de la conducta acompañante¹⁸⁷, que desde el punto de vista político-criminal se traduce en la no necesidad de pena [CP, Art. 3º], y en el ámbito procesal, en las regulaciones y desarrollos del principio de oportunidad [CPP, Art. 324, num. 10 a 17].

d) Principio de alternatividad o exclusividad. En realidad, es un postulado accesorio a los demás principios de interpretación que rigen la materia, de tal suerte que opera cuando ninguno de los demás resuelve de forma satisfactoria el aparente concurso de tipicidades¹⁸⁸. En términos generales, se podrá aplicar el principio de alternatividad, cuando dos supuestos de hecho diferentes contienen al mismo tiempo elementos comunes y excluyentes, y modalidades distintas de ejecución de la acción que cobijan a plenitud el comportamiento material del autor frente al mismo bien jurídico¹⁸⁹. Dicho lo cual, los tipos en apariencia concurrentes se presentan como supuestos de hecho paralelos, aunque sólo uno de ellos se aplique atendido el principio de preferencia por exclusión y predominio de la ley. En estos casos, el tipo preferente establece un marco penológico más severo que el preferido, que traducirá mejor la voluntad de protección jurídica del legislador penal frente al bien jurídico tutelado en el caso concreto.

Así, las SSTS 2017 del 03.02.2003 (RJ. 2003-4061) y 600 del 11.09.2007 (RJ. 2007-5843), la última de las cuales indica: “[l]legados a este punto, es preciso decir que, pese a que el Código Penal vigente ha incorporado a su elenco de delitos la figura de la disposición fraudulenta o de administración desleal (*vid.* T. XIII, Cap. XIII: “De los delitos societarios”; art. 295), la

¹⁸⁷ Sobre el particular, *vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1009; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et.al, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 310: “[...] la absorción sólo es posible cuando el desvalor de la conducta es lo suficientemente pequeño como para no reclamar una pena autónoma”; de opinión contraria CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p-1038: “no es obstáculo insalvable para la apreciación del principio de consunción, en estos casos, la diversidad del bien jurídico protegido, ni que la pena del delito consumante sea inferior a la del consumido”; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 318.

¹⁸⁸ A lo cual agrega ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 267: “[...] el principio de alternatividad ha suministrado la solución de aquellos supuestos que no encajan en la definición de concurso de leyes (y que no responden a la idea de especialidad, ni de subsidiariedad ni de consunción), pero que tampoco quieren ser desplazados por la doctrina al campo del concurso ideal de delitos”; PUIG PEÑA, *Colisión...*, *ob. cit.*, pp. 87 y ss.

¹⁸⁹ *Vid.* ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 496; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 683. En general: KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1826 y 1827; KLUG, “Zum Begriff...”, *ob. cit.*, pp. 409 y ss.; H. MAYER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 416-417.

jurisprudencia ha entendido que con ello se ha producido un concurso de normas entre dicho artículo y el Art. 252 del propio Código, por cuanto lo que en el primero se castiga no es sino una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la sociedad, y como quiera que el Art. 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo, ni distingue perjudicados, estos hechos pueden encajar también en este último precepto. Se trata, por tanto, de dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito que, por lo dicho, más de una vez resultarán aplicables simultáneamente, produciéndose así un concurso de normas a resolver por la vía del art. 8.4º del Código Penal (precepto que imponga mayor pena), según ha dejado sentado la jurisprudencia (*vid.* STS nº 125/2002, de 31 de enero)”.

Como ya se explicó en los casos de subsidiariedad expresa, los eventos de alternatividad no se pueden superponer por completo con las hipótesis de alteridad típica, en las cuales no es necesario recurrir a los principios de interpretación del concurso aparente, para determinar la existencia de un único delito; basta la adecuación típica y el principio de contradicción. Esta confusión lleva a autores como SOLÓRZANO, a afirmar: “se ha dicho con verdad que es difícil entender en qué sentido esta regla plantea un concurso si quiera aparente, pues lo que se trata es de delitos que nunca se confunden o de tipos que divergen en vez de converger”¹⁹⁰.

A pesar de lo dicho, algún sector de la doctrina contemporánea —sobre todo alemana e italiana— niega a la alternatividad la jerarquía de principio interpretativo o de mecanismo autónomo para la solución del aparente concurso de tipos, no solo porque este paralelismo típico —al decir de algunos autores “excluyente”— sólo puede obedecer a errores o defectos legislativos que no sirven para fundamentar una teoría general sobre el particular¹⁹¹, sino también, porque las relaciones de heterogeneidad típica

¹⁹⁰ SOLÓRZANO, *Unidad...*, *ob. cit.*, p. 67.

¹⁹¹ *Vid.* MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 92, cit. 79; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 658, apunta que tal supuesto sólo operaría con ocasión de un error o descuido del legislador. También, lo niegan JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 734 (*Tratado*, p. 791); MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 553; REYES ECHANDÍA,

implican negar la posibilidad de un concurso aparente de leyes¹⁹² y afirmar un concurso ideal de tipicidades. En este sentido, el problema jurídico planteado por los eventos de alternatividad (heterogeneidad típica) se resolvería de forma adecuada —según se afirma— mediante la simple derogación tácita de la pena menos severa por la pena más severa, al no ser aplicable la primera de ellas¹⁹³. Sin embargo, ello supondría dejar sin vigencia la segunda norma, lo que no resulta convincente.

Desde luego, dicha postura negativa solo tiene lógica en los extraños y antitécnicos eventos de alternatividad “impropia”, que se presentan (porque no siempre nuestro legislador es tan “cuidadoso” como el de los países «centrales»), cuando el análisis del comportamiento realizado por el autor puede ubicarse —en principio— en varios tipos penales que regulan idéntico supuesto de hecho, aunque con diferencias formales insustanciales¹⁹⁴. Así, al ser idénticas las descripciones heterogéneas, basta asumir aquella norma que prevé la sanción más grave, aunque en virtud del principio de “*pœna maior absorbet pœna minorem*” (la pena mayor absorbe la pena menor, siempre que sea inferior a la suma de las concurrentes) y no por una dudosa derogación punitiva automática, que contradiga de manera flagrante el principio de vigencia de las normas penales, que suponga al menos ver un concurso de leyes o de tipos. Se trata, en consecuencia, de situaciones en las cuales no se presenta un aparente concurso.

Un caso que podría ejemplificar la alternatividad impropia se observa entre los supuestos de tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos [CP, Art. 358] que contempla los casos de sustancias, desechos o

“Derecho...”, en *Obras...* vol. I, *ob. cit.*, p. 569; CÓRDOBA RODA et. al., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 314; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 292, entre otras razones, porque atenta contra el principio de vigencia de una de las dos normas penales que debe ser aplicada en concurso; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 578. Por el contrario: CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1039; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 319, indica que en virtud del principio de vigencia de las normas, de todos modos debe buscársele un espacio propio de aplicación al principio de alternatividad. En Colombia, la CSJ PENAL, sent. del 18.02.2000, e12820, solo reconoce como principios interpretativos a la especialidad, la subsidiariedad y la consunción.

¹⁹² Con amplitud, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 43 y ss.

¹⁹³ *Cfr.* MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 643.

¹⁹⁴ *Vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 871, entiende que la alternatividad se activa por insuficiencia de pruebas que permitan adecuar típicamente el comportamiento.

residuos nucleares; y el tráfico, transporte y posesión de materiales radioactivos o sustancias nucleares o sus desechos [CP, Art. 363], sin olvidar que ambos supuestos de hecho se agravan cuando se produzca liberación de energía nuclear que ponga en peligro la vida de las personas. En estos casos, es claro que la conducta y el bien jurídico vulnerado en algunas hipótesis son iguales, dicho lo cual se debería aplicar —según el criterio legal— el tipo que prevé la pena más grave, contemplado en el Art. 358.

No obstante, el mayor inconveniente del principio de alternatividad impropia procede de irrecusables consideraciones político-criminales. En efecto, la derogación tácita de la pena menos grave para aplicar la más grave en supuestos alternativos similares, conduce a desconocer el principio constitucional de favorabilidad de la ley penal y las reglas derivadas del *in dubio pro reo*, el *favor rei* e el *in dubio benignius*¹⁹⁵; ello, porque le carga de forma injusta al procesado la responsabilidad de asumir los errores sistemáticos del Legislador penal, con base en el “predominio de la ley”. Sobre el particular, REYES ALVARADO sostiene: “aquí sí la selección de la pena más grave supone ir en contra de la favorabilidad del sindicado pero porque la múltiple descripción que de la misma conducta hace el legislador supone exactamente el mismo grado de lesión al bien jurídico puesto que la descripción es exactamente igual en los varios tipos; en consecuencia si las varias normas reprimen idéntica conducta sólo pueden estar amparando un mismo grado de lesión al bien jurídico y en consecuencia el sujeto debe ser sancionado con la pena más benigna prevista para la misma descripción típica”.

A pesar de ello, la inutilidad del principio de alternatividad no es contundente en los casos que la doctrina denomina como supuestos de alternatividad propia—, porque existen hipótesis de aparente concurso en las cuales dicho paralelismo típico obedece a que legislador optó por proteger el mismo bien jurídico tutelado mediante dos o más supuestos de hecho diferentes, que suponen formas de realización distintas que rozan la

¹⁹⁵ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, ob. cit., p. 119; MAYER, *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 192 y 193; OTTO, *Grundkurs...*, ob. cit., pp. 323 y 325.

alteridad típica¹⁹⁶ —con lo cual, estos eventos se distinguen de las hipótesis de subsidiariedad tácita—. Formas típicas que son agotadas “ontológicamente” por la conducta del autor en unas mismas coordenadas temporales y espaciales, lo que impide considerar dichos tipos concurrentes como modalidades de género a especie entre sí, o como compartimentos estancos; justo es decirlo, porque los tipos penales se interfieren entre ellos como “círculos secantes”¹⁹⁷ que cuentan con espacios comunes, los cuales concentran los problemas de interpretación frente al principio de *ne bis in idem* y espacios excluyentes que suponen, a la inversa, la imposibilidad de aplicar de forma simultánea los supuestos de hecho en concurso efectivo.

Sobre el particular, aquella doctrina penal que niega la alternatividad en supuestos en los cuales concurren elementos de injusto comunes, junto a otros diversos vinculados con las formas de realización del tipo, cuestiona la prevalencia —preferencia— del precepto con pena más grave cuando éste no abarque los elementos propios o particulares del tipo penal alternativo preferido. Sobre este punto, es necesario señalar que la preferencia típica — en estos casos— supone que ambos supuestos de hecho expresen de forma

¹⁹⁶ Sobre esta forma de tipificación, ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 54, sostiene: “[e]l establecimiento de relaciones de alteridad entre tipos que protegen un mismo bien jurídico (concretamente en relación a los elementos del tipo objetivo) aparece, en principio, como una opción legislativa válida, con ello se consigue, aparentemente, que no coincidan los ámbitos de aplicación de los tipos y, al mismo tiempo, que no se planteen lagunas de punición [...] Sin embargo, la virtualidad de esta técnica para alcanzar esos objetivos desaparece cuando se pone en relación el tipo objetivo con el subjetivo, ya que es precisamente en los supuestos de incongruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo donde se muestra la debilidad de esta concepción y la insostenibilidad de la misma conforme a los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico-penal. Una tesis que mantuviese los postulados de exclusividad hasta sus últimas consecuencias determinaría en supuestos de error la impunidad de ciertas conductas que, sin duda, son merecedoras de pena”. *Ibidem*, p. 292. Así, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 124, pone como ejemplo el caso “de quien con la finalidad única de despojar a alguien de dos mil dólares en un descuido le sustrae de su bolsillo la mitad de dicha suma pero posteriormente le convence en forma mentirosa de que por error ha consignado mil dólares en su cuenta corriente [bancaria] y persuade a la víctima de que le devuelva el dinero que erróneamente habría consignado, obteniendo así finalmente por dos vías diversas el apoderamiento de la suma esperada”. No es, entonces, cierto que una acción tenga que realizar de forma necesaria una forma típica u otra paralela, y nunca las dos al mismo tiempo.

¹⁹⁷ *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1010; *id.*, *Manual...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 487; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1039; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 319; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 469: “[...] debe siempre tenerse en cuenta para evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que puedan derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica”.

exhaustiva “todos los datos jurídico-penales relevantes”, lo cual incluye la realización de idéntica finalidad y la misma lesión material contra el bien jurídico tutelado. La única diferencia entre ambos supuestos de hecho, es que una de las conductas incluye una forma de comisión que representa — en términos sólo punitivos— un mayor desvalor de acción objetivo —en sede legislativa— que hace insustancial la segunda forma de realización frente a la protección típica plural diseñada por el Legislador para el bien jurídico. Dicho lo cual no parece necesario (ni correcto) aplicar la regla concursal, porque la misma no sólo es excesiva frente a la desvaloración legislativa del tipo preferente, sino también porque la forma de comisión preferida carece de relevancia jurídico-penal cuando el injusto y la finalidad sean iguales.

En cualquier caso, este fenómeno ha sido criticado por la doctrina. Así, REYES ALVARADO sostiene: “[e]s importante comenzar por señalar que éste problema no es producto de la forma de solución de los concursos aparentes sino consecuencia de la equivocada tendencia del legislador a crear hechos punibles de acuerdo con cada forma de lesión al bien jurídico, cuando lo correcto sería que se crearan tipos penales no en atención a tales formas de lesión sino de acuerdo con el grado de afectación de dicho bien jurídico, lo cual permitiría entre otras cosas no crear como delitos diversos el del hurto y el de la estafa puesto que en el fondo con ambas conductas lo único que se está haciendo es despojar a alguien de un bien, sin que desde el punto de vista estrictamente lógico pueda argumentarse que es más censurable engañar a otro para quitarle un objeto que penetrar por la noche a su casa de habitación y mediante violencia despojarlo del mismo bien. Pero mientras las descripciones típicas sean las que determinen la gravedad de la lesión al bien jurídico y no a la inversa, puede señalarse que el problema práctico es más aparente que real porque con independencia de que la sanción aplicable al sujeto sea la de uno solo de los hechos punibles, es perfectamente claro que dentro del proceso se investigarán y demostrarán las dos conductas naturalísticas”¹⁹⁸.

¹⁹⁸ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 130.

Y, aunque no se comparte la opinión del autor citado, porque el Estado bien puede proteger político-criminalmente bienes jurídicos mediante subsistemas típicos que atiendan las formas de lesión o peligro —desvalor de acción objetivo y subjetivo, y desvalor de resultado—, no puede ignorarse que esta forma de tipificación puede generar problemas complejos, a la hora de precisar las distintas figuras legales establecidas, lo que exige una rigurosa técnica legislativa al crear los tipos penales. Desde luego, tampoco es evidente que dichas hipótesis de alternatividad se puedan reconducir a simples errores del legislador, que también deben ser solucionados con criterios precisos, o al principio de especialidad¹⁹⁹ porque, desde el punto de vista formal estos no obedecen al principio de inclusión formal, al prevalecer determinada modalidad de realización.

En fin, este principio confirma que en el aparente concurso no todos los preceptos requieren ser típicos al mismo tiempo y ser aplicables sólo en algún caso. En el CPE dicho principio se encuentra consagrado en el Art. 8.º, Regla 4ª, cuando precisa que: “en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

B. EL CONCURSO FORMAL O IDEAL (Idealkonkurrenz). Esta figura jurídica se presenta cuando el agente realiza una conducta única, comisiva u omisiva, o una unidad de acción en sentido ontológico-normativo que, como proceso ejecutivo unitario, se adecua en forma total o parcial en sentido material (no solo temporal) a una pluralidad de tipos penales o tipicidades que resultan aplicables de manera conjunta, y que pueden llegar a constituir conductas punibles o delitos en sentido sistemático²⁰⁰ [SSTS 63 del

¹⁹⁹ Vid. BOSCARRELLI, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 244.

²⁰⁰ Vid. BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 812; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 718 y ss. (*Tratado*, pp. 773 y ss.); KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 367; KÖHLER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 685; KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 705; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 817 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 450; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, pp. 85 y ss.; WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, p. 231 (*Derecho*, p. 273); WESSELS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 233; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht*, *ob. cit.*, pp. 295 y ss.; ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 456; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 413; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1023; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 303; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 688; FERRÉ OLIVÉ, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 580; MUÑOZ

21.01.2006 (RJ. 2006-2851), 1304 del 10.10.2003 (RJ. 2003-7740), 316 del 26.02.2002 (RJ. 2002-3489)²⁰¹, 1133 del 11.06.2001 (RJ. 2003-2460), 632 del 16.04.2001 (RJ. 2001-2981), 1550 del 10.10.2000 (RJ. 2000-8764), del 23.04.1992 (RJ. 1992-6783: caso de la Colza) y del 15.03.1988 (RJ. 1988-2023); CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383]. Desde luego, la multiplicidad de elementos de injusto comunes y diversos correspondientes a varios tipos penales es mucho más amplia que la simple concurrencia de resultados materiales, porque también resulta posible advertir una pluralidad de tipicidades de mera conducta.

Por ello, la adecuación de la unidad de conducta a los diversos tipos penales puede ser simultánea, permanente o progresiva, al menos frente al concurso ideal homogéneo, porque la última no resulta posible frente al concurso ideal heterogéneo. El ejemplo característico de adecuación simultánea de una unidad de conducta a varios tipos penales homogéneos, se presenta cuando el agente hace explotar una granada de fragmentación y causa la muerte de varias personas; o en el caso del sicario que asesina a dos personas al disparar con ambas manos. También, aunque de forma heterogénea, cuando se producen lesiones de naturaleza corporal que sobrepasan las causadas por la simple conjunción sexual violenta (perforación del himen, desgarramientos perineales), como las

CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 462; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1010-1011; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 505. Cfr. PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 588, quien advierte que dicha terminología “[...] no es correcta, porque permite pensar que se está en presencia de un único delito, mientras que se trata de una pluralidad conexa de delitos” (t/l). Según el autor sería más exacto denominar esta forma de concurrencia como concurso real con acción única, denominación que puede evitar confusiones terminológicas aunque va en contravía de la tradición histórica y, más bien, podría confundir las instituciones que pretende distinguir. Esta figura es consagrada por: CP ESPAÑA, Art. 77; CP ITALIA, Art. 81 (Sust. D.L. del 11.04.1974, n° 99); CP COLOMBIA, Art. 31; CP COSTA RICA (L. N.05.1970, Art. 21; CP EL SALVADOR (Dcto. 1030), Arts. 40 y 70; CP GUATEMALA (D. núm. 17-73), Art. 70; CP HONDURAS (D. núm. 144-83), Art. 36; CP MÉXICO (DF), ART. 28; CP NICARAGUA (L. 641), Art. 84; el derogado CP PANAMÁ, Art. 63; CP PUERTO RICO (L. núm. 149 del 18.06.2004), Art. 78; CP ARGENTINA, Art. 54; CP BOLIVIA, (L. No. 1768), Art. 44; CP BRASIL, Art. 70; CP CHILE, Art. 75; CP ECUADOR, Art. 81.6 (sustituido L. 47, publicada en RO 422 del 28.09-2001; CP PERÚ, Art. 48; CP URUGUAY, Art. 57 y CP VENEZUELA, Art. 98.

²⁰¹ Dicha sentencia sostiene: “[e]xiste concurso ideal cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, siendo base del mismo la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción, aun cuando ésta pueda proyectarse sobre una pluralidad de resultados desde el punto de vista la tipicidad penal, es decir, una sola acción vulnera doblemente un tipo penal”.

normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer su resistencia (equimosis, rasguños, laceraciones²⁰²; si con un arma se violenta a un servidor público y se le causan lesiones [STS 392 del 16.03.2001 (RJ. 2001-1898)]; o cuando el sujeto activo no contento con la obtención de sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley mediante fraude procesal, los utiliza con el fin de lograr provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno²⁰³; así mismo, si se expide un auto judicial que es ilegal de forma manifiesta e implica una orden ilícita de detención atentatoria contra la libertad personal [STS del 04.07.1996 (RJ. 1997-5426)]; o, en fin, para citar otro caso, cuando el sujeto con el propósito de matar a su mujer embarazada y a su futuro hijo, la arroja por la ventana causándole la muerte a la primera y el aborto en relación con el segundo.

A su turno, la adecuación será permanente o sin intermisión, por ejemplo, cuando la unidad de conducta se adecúa típicamente a dos supuestos de secuestro o de detención ilegal (homogéneo); o, cuando, al mediar unidad de conducta se secuestra a uno y se detiene de forma ilegal a otro (heterogéneo). Para terminar, la adecuación será progresiva en aquellos casos de delitos sexuales o contra el honor frente a uno o varios sujetos pasivos, que si bien pueden ser considerados como eventos “estructurales” de delito continuado, al mediar unidad de acción, no obstante deben ser considerados como supuestos de pluralidad de tipicidades —teniendo en cuenta consideraciones político-criminales—, por afectar bienes jurídicos «altamente personales».

Desde esta perspectiva, salvo previsión típica expresa, el concurso ideal no se podrá reconducir a una infracción única de la ley penal simple o progresiva (justificación axiológica), por la necesidad político-criminal de una desvaloración jurídico-social completa e independiente de los injustos realizados por el autor, sin olvidar el bien jurídico afectado tal y como se deduce de las reglas que rigen el “concurso de tipos”, de las cuales se deriva

²⁰² Vid. CSJ PENAL, sents. del 08.05.1996 F. ARBOLEDA y sent. del 02.06.2004, e18987.

²⁰³ Vid. STS 581 del 02.10.2008 (RJ. 2008-5381); CSJ PENAL, sents. del 20.08.1998 N. PINILLA, en *Compilación...*, *ob. cit.*; sent. del 12.11.1986 J. CARREÑO, en *GJ*, núm. 2424, t. CLXXXV, p. 554; sent. del 14.03.1993, D. PÁEZ, en *JP*, 1986, *ob. cit.*, pp. 100 y ss., también en *GJ*, núm. 2463, t. CCXXIV, p. 492.

que cada uno de los supuestos de hecho —valorados en su conjunto— cubre aspectos de injusto exclusivos y relevantes que no se solapan entre sí, por lo que su aplicación conjunta no infringe el principio de *ne bis in idem*²⁰⁴. Al respecto, CUELLO CONTRERAS señala, como regla heurística, la siguiente: “mientras más individualizado esté el bien jurídico lesionado, más diferentes sean los bienes jurídicos lesionados en unidad de hecho y más próximos en gravedad estén los marcos penales correspondientes a cada uno de los tipos por separado, más justificado estará aplicar la norma del concurso ideal, en detrimento del concurso de leyes, y a la inversa [...]”²⁰⁵.

En este sentido, la declaración de culpabilidad en la sentencia condenatoria abarca de forma específica y argumentada la sanción de todas las conductas punibles realizadas por el autor (proporcionalidad de la pena).

De este modo, se asume una postura intermedia sobre el concurso ideal que implica distinguir la conducta como objeto de valoración de la valoración del objeto. Debido a ello, se rechaza la teoría de la pluralidad extrema que traspone el plano valorativo al ontológico, pues el número de infracciones o desvaloraciones penales no modifica de forma radical (por simplificación o aumento causal) el objeto de valoración que les precede: la unidad de conducta; y, viceversa, la unidad de conducta (objeto de valoración) no determina el número de infracciones normativas, al considerar el concurso ideal como un caso de delito único a pesar de la plural desvaloración que representa (teoría de la unidad). Así, en el ejemplo de la granada antes expuesto, seguirán existiendo diez infracciones típicas (que podrán ser en definitiva diez delitos) de homicidio, aunque sólo una única conducta que los produce, y por ello, un concurso ideal.

Ni uno ni otro extremo son decisivos para explicar el concurso ideal, pues es viable, como lo reconocen la doctrina y la legislación, que (i) un objeto de valoración (unidad de conducta o conducta única) sea desvalorado en forma unitaria desde el punto de vista jurídico-penal; así mismo, que (ii) un objeto

²⁰⁴ VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 419. *Vid.* SSTS 778 del 29.05.2003 (RJ. 2003-4280), 1424 del 05.12.2005 (RJ. 2006-1927) y 468 del 27.04.2006 (RJ. 2006-3143).

²⁰⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 648 y 649.

de valoración sea múltiples veces valorado de forma negativa; que, además, (iii) una pluralidad de conductas ontológicas sea desvalorada en forma unitaria por un tipo; o, para concluir, (iv) que una pluralidad de conductas ontológicas sea valorada de manera negativa varias veces. Por ello, lo correcto es mantener una postura teórica intermedia en este campo de análisis, en cuya virtud se sustente tanto la unidad y pluralidad de conductas como la unidad y pluralidad de delitos en su justa proporción (teoría de la pluralidad media)²⁰⁶.

En conclusión: el verdadero concurso ideal supone tanto una conducta única o una unidad de acción en sentido ontológico-normativo como la adecuación plural de ésta a varios tipos penales, con lo cual, por lo general, resulta heterogéneo. Por supuesto, también subsiste el concurso ideal homogéneo cuando mediante una conducta única o una unidad de acción, el agente realiza una o varias infracciones (lado a lado) de un mismo supuesto de hecho penal, con la afectación de bienes jurídicos “altamente personales” y con la titularidad de varios sujetos pasivos, o —según algún sector de la doctrina— del mismo sujeto en varias oportunidades. Como lo advierte ROMERO SOTO²⁰⁷, aquella clase de bienes son aquellos relacionados de manera inmediata con la persona, bien sea en su parte física o en su parte moral pero no aquellos que, aunque próximos a la persona, no están ligados a ella por un lazo físico o ético, sino jurídico como el patrimonio económico. Dicho lo cual, la figura del delito continuado se reservaría, como modalidad de delito único, a aquellos supuestos en los cuales la unidad de acción —pluralidad natural y aparente de actos ejecutivos con unidad de sentido final y social— implica una forma progresiva de lesión contra el mismo bien jurídico tutelado, siempre que la naturaleza de ellos no impida la consideración de un injusto unitario acumulado continuado;

²⁰⁶ En similar sentido, JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1081.

²⁰⁷ *Vid.* ROMERO SOTO, *Derecho...*, vol. II, *ob. cit.*, p. 402; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1083. En contra: JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 720 (*Tratado*, p. 776), quienes entienden que el concurso ideal homogéneo es viable frente a delitos patrimoniales, pues estos corresponden a personas individuales. También, afirma tal característica ROTH-STIELOW, *Kritisches...*, *ob. cit.*, p. 450. Sin embargo, para que un bien sea “ eminentemente personal”, no basta con que haga referencia a la persona sino que tenga relación física o moral con ella y no sólo jurídica.

incluso, si ello comporta afectar de forma excepcional a bienes jurídicos “altamente personales” de titularidad de un solo sujeto pasivo²⁰⁸.

Ahora bien, como se advirtió al comienzo de este capítulo, las diferencias entre el concurso ideal y el delito continuado se verifican a partir de cuatro elementos fundamentales: (i) el aspecto subjetivo, (ii) la conducta, (iii) la infracción; y, (iv) el papel que cumple el bien jurídico tutelado, todo eso sin olvidar que en ello tiene importancia la postura político-criminal que asuma el operador jurídico respecto de cada una de las figuras examinadas.

(i) Por lo que atañe al aspecto subjetivo, la diferencia entre el delito continuado y el concurso ideal de tipicidades radica en que el delito continuado requiere, de forma necesaria, de unidad de fin y de un dolo global o de continuación que integre en una unidad subjetiva todas las realizaciones objetivas parciales del autor, mientras que en el concurso ideal la materialización de las distintas tipicidades admite, como elemento subjetivo, una voluntad simple que las comprenda y varios dolos típicos, sobre todo cuando se tratare de una concurrencia heterogénea (identidad relativa).

(ii) En cuanto a la acción, es común sostener que ambas figuras jurídicas admiten unidad de conducta en sentido amplio (ontológico-normativa). Por tal motivo, la diferencia surge cuando: a) al concurso ideal lo preceda una conducta única; y, b) se fundamente el delito continuado como una unificación jurídica o una ficción que requiere una pluralidad de acciones u omisiones naturalísticas independientes (desde el punto de vista objetivo y subjetivo) realizadas por el autor.

Por ello, mientras que la primera postura concibe el delito continuado como una modalidad de realización del tipo, como un delito único que puede derivar en forma estructural en un concurso ideal homogéneo cuando se afecten bienes jurídicos personalísimos, la segunda, al plantear el delito continuado como la unificación punitiva de una pluralidad de hechos —concurso real—, afirma que solo en virtud de los principios de “unidad

²⁰⁸ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., pp. 996-997; id., *Manual...*, ob. cit., p. 498; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, ob. cit., p. 425; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 77.

jurídico-material y unidad jurídico-procesal” es posible contemplar el delito continuado como especie o modalidad jurídica del concurso ideal de tipos, pese a la proyección plural de tipicidades del segundo²⁰⁹. Por ello, por lo general el concurso ideal solo se puede estructurar por una acción.

De este modo, para esta segunda concepción, los únicos eventos de continuación que podrían reconducirse al concurso ideal, a pesar de afectar bienes jurídicos “eminente personal” porque la ley los “considera” de forma expresa como casos de unidad jurídica material y procesal —y, por ello, como una especie o modalidad jurídica de concurso ideal²¹⁰— serían los episodios que afectan la libertad e indemnidad sexuales y el honor [CPE, Art. 74.3], siempre que en ellos la unificación jurídica típica no sea posible de acuerdo con la naturaleza del hecho y del precepto infringido, y preexista una unidad de acción en su ejecución. Los demás casos estructurales —no legales— de continuación se deberían reconducir desde una perspectiva lógica a un concurso real de delitos²¹¹, si se tiene en cuenta que esta postura parte: (i) de la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones ontológicas independientes, (ii) que dichos casos no están contemplados en forma normativa como “unidad” al superar los límites de la unidad natural y típica de acción; y, (iii) que resulta imposible la unificación típica por ausencia de la lesión progresiva del bien jurídico. Así mismo, esta concepción debe reconocer que por fuera de las excepciones del Art. 74.3 del CPE, no es posible adecuar una unidad jurídica de acción en materia de concurso ideal homogéneo. Algo que no parece convincente, si se separa en forma adecuada la teoría de la unidad y pluralidad de acciones, tanto en el delito continuado como en el concurso ideal de tipicidades.

²⁰⁹ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 80. No obstante, ello comportaría hacer depender la naturaleza de la continuación de que el legislador asimile las consecuencias punitivas entre el concurso ideal y el delito continuado situación que, desde luego, resulta en extremo voluble como lo demuestra la reciente modificación de la LO 15 de 2003 al Art. 74 del CPE de 1995, lo que complica aún más los límites propios de la continuación frente al concurso real.

²¹⁰ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 86: “[p]or ello, el delito continuado aparecerá como modalidad de concurso ideal, en la medida en que pueda construirse como caso de unidad de acción y pluralidad de realizaciones típicas [...]”.

²¹¹ *Ibidem*, p. 81: “[l]o que sucede es que la acción continuada es tratada por decisión de la ley como un supuesto de unidad de acción y única realización del tipo penal (siempre a salvo el caso de lesión de bienes jurídicos personalísimos)”.

(iii) Por lo que respecta a la infracción, a diferencia del delito continuado, el concurso ideal en sus distintas modalidades se caracteriza por la necesidad político-criminal de desvalorar en forma independiente las plurales tipicidades que conforman el injusto total de la conducta realizada por el sujeto²¹², con lo cual no se trata de un caso paradigmático de delito único. De hecho, es posible configurar un concurso ideal a partir de la existencia de dos delitos continuados mediando unidad de acción, o de un delito simple y un delito continuado, como sucede cuando de la falsificación de un documento privado se sigue el uso ilegítimo seriado del documento espurio, con el propósito de obtener cierta suma de dinero que causa la despatrimonialización de un sujeto —estafa—. Incluso, es posible estimar un concurso entre un delito simple y un delito masa con el cual se afecta a una pluralidad de sujetos pasivos.

(iv) Además, el bien jurídico cumple —como faro hermenéutico y criterio rector de la unidad y pluralidad delictiva— una función opuesta en ambas instituciones jurídicas, como los lados de una misma moneda, pero de manera consecuente. En el concurso ideal homogéneo la naturaleza del bien jurídico vulnerado impide la unificación normativa en la valoración típica —función límite del bien jurídico— sin afectar la unidad de conducta, mientras que en el delito continuado la naturaleza del bien jurídico afectado permite anular, bajo ciertas condiciones político-criminales, la necesidad de valoración individual de las posibles —que no efectivas— tipicidades concurrentes, al permitir configurar desde el inicio tal integración material en el tipo —función de clarificación— y, con ello, un único injusto progresivo.

En este orden de ideas, de un lado, la unidad de acción en el delito continuado será un elemento objetivo independiente si se configura, sin que, por el hecho de existir una lesión progresiva del bien jurídico, tenga por qué asumirse una postura que vincule la unidad acción al tipo de injusto; si esta diferencia es válida para el concurso ideal, no se entendería su invalidez

²¹² Con base en CID MOLINÉ, “Notas...”, *ob. cit.*, p. 53, se puede afirmar que considerar aplicable sólo uno de los tipos penales infringidos, implicaría dejar de tener en cuenta propiedades de la acción a las cuales el legislador ha dado relevancia en algún otro supuesto de hecho aplicable.

para el delito continuado como figura paralela, al menos en un plano metodológico, y no como especie derivada de la concurrencia de delitos. De otro lado, los supuestos de concurso ideal heterogéneo carecen de unidad típica relativa y, por lo general, también de identidad en relación con los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro razón por la cual, desde un punto de vista valorativo, no sería posible reconducir los injustos de tales infracciones a uno unitario que implique una sola infracción típica, como sucede en las hipótesis de delito continuado²¹³. Respecto al concurso ideal homogéneo, todo depende de la importancia que tenga el bien jurídico afectado [CPE, mod. LO 15/2003, Art. 74, apt. 3.º], del número de conductas realizadas y del papel que juegue la norma penal infringida por la conducta del agente.

Ahora bien, lo que distingue el concurso ideal del concurso real es que en el primero la pluralidad de tipicidades tiene ocasión con la realización de una unidad de conducta o una conducta única mientras que, el segundo, supone una pluralidad de unidades de conducta o de conductas únicas independientes en su totalidad entre sí [STS del 15.03.1998 (RJ. 1998-2023) y STS del 22.05.1993 (RJ. 1993-4250)]; al respecto, recuérdese, ya se ha afirmado que el concurso real se debe definir de manera negativa. Ahora bien, tal diversidad de base fáctica entre las modalidades concursales implica sostener, como consecuencia valorativa del injusto que les corresponde, un menor desvalor personal de acción en el concurso ideal que, desde una perspectiva lógica, se debe traducir en una menor carga punitiva para el sujeto²¹⁴. Así y todo, en ambos casos se constate una pluralidad de tipicidades y de posibles resultados de igual entidad material. Por supuesto, esta diferencia punitiva encuentra fundamento en los principios de *ne bis in*

²¹³ Así, CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1015, *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 303. Por ello, se afirma que la norma italiana en materia del delito continuado (Art. 81 del CP de 1930, mod. D. L. 99/11.04.1974), desnaturaliza la institución al admitir tipos penales y bienes jurídicos heterogéneos.

²¹⁴ Al respecto ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 856: “ha sido, precisamente esa obligatoria identidad —total o parcial— de las acciones típicas concurrentes, la que ha servido para fundar la menor pena del concurso ideal en la prohibición de valorar dos veces las mismas circunstancias del hecho [...]”; LORENZO MORILLAS CUEVA, “La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código Penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Prof. Dr. Don José Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2002, p. 479.

idem y proporcionalidad, que suponen la imposibilidad de desvalorar una unidad de conducta que realiza varios supuestos de hecho, como si se tratase de una hipótesis de pluralidad de conductas que de igual forma realiza varias infracciones típicas diversas o similares. Con lo cual, ni dogmática ni desde el punto de vista político-criminal, resulta viable aplicar la pena más severa a los eventos de concurso ideal o, en su caso, la pluralidad acumulada de penas que corresponde al injusto total de las hipótesis en concurso real.

Para terminar, es necesario advertir que las modalidades concursales también se distinguen del delito continuado por el sistema de punibilidad, sobre el particular basta lo dicho al tratar las diferencias punitivas entre el aparente concurso de tipos y el concurso efectivo de tipicidades²¹⁵.

1. Otras posturas sobre la naturaleza del concurso ideal. Aparte de la teoría intermedia expuesta, la doctrina sustenta dos tesis opuestas y extremas sobre la naturaleza del concurso ideal. Por un lado, la teoría de la unidad en virtud de la cual varias transgresiones a la ley penal resultan ser un único delito, en la medida en que la infracción sólo viene precedida por una acción; y, por otro lado, la concepción de la pluralidad, mediante la cual se entiende que el concurso ideal implica una pluralidad de delitos, pues se considera que lo importante es la infracción de varios supuestos de hecho. Desde luego, la controversia que genera esta disputa teórica —en algunos ordenamientos— implica verdaderos efectos prácticos a la hora de precisar los límites materiales de las modalidades concursales. Véanse tales teorías.

a) El concurso ideal como delito único. Un importante sector de la doctrina considera, con base en un concepto ontológico estricto de acción, que el concurso ideal —tanto homogéneo como heterogéneo— constituye una hipótesis de “delito único”²¹⁶, es decir, una acción que cae bajo diversas

²¹⁵ Vid. HAFT, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 283-284; MITSCH, “Gesetzseinheit...”, *ob. cit.*, pp. 473 y 474; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 88; BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, pp. 418 y 419; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 428.

²¹⁶ Presenta el tema: MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 377: “[l]a consecuencia lógica es que también procede aquí una contestación igualmente “realista” a la pregunta respecto a la propia naturaleza del concurso ideal, una acción es también un (solo) delito cuando sean aplicables contemporáneamente a la acción, en concurso ideal, varios puntos de vista jurídico—penales (tipos)”; *id.*, “Fortsetzungszusammenhangs...”, *ob. cit.*, p. 3265. Vid. FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 444-445: “[l]a teoría que ve en los casos de concurso ideal un delito único es, pues, a nuestro ver, la concepción correcta. La

leyes penales que no se excluyen entre sí; esta postura asimila el concurso ideal a una conducta real como única manifestación voluntaria contra el Derecho, con la “peculiaridad” de una efectiva tipicidad plural, que denota una variedad de significados normativos que se traducen, como es lógico, en una pena más grave atendido el mayor desvalor de acción que comporta.

En realidad, se trata de una construcción que enlaza los conceptos de conducta (única natural o en unidad), unidad de delito y unidad de pena, bajo el modelo punitivo de la absorción o alguna de sus variantes; y, viceversa, vincula la pluralidad de conductas, delitos y de penas al modelo de la acumulación material o sus variantes²¹⁷. Por ello, bajo la égida de que a cada delito le corresponde una pena, se afirma, sostener que el concurso ideal comporta la existencia de dos o más delitos (una pluralidad de conductas) —al acudir para ello a una teoría idealista como la del número de resultados o de tipos— supondría resolver estos casos como un concurso real en el terreno de la punibilidad y aplicar, de este modo, una pena por cada delito concurrente.

De hecho, no faltan autores que extreman esta línea conceptual hasta el punto de plantear el concurso ideal como un problema de aparente concurso *de leyes* que no afecta la unidad de conducta o como un delito complejo, compuesto o conexo²¹⁸. Sin embargo, en términos lógicos, ello reduce los

consideración de que el delito es acción, entendida ésta en sentido realista —como proceso real en el mundo exterior— ya sólo permite reconocer un delito, aunque ella —la acción— pueda ser objeto de una pluralidad de valoraciones por parte del derecho. La idea se torna más simple y se clarifica si se parte de la base de la *unidad de hecho*”; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 853 y 865. En particular, *vid.* INGEBORG PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 34), Verlag Duncker & Humblot, München, 1979; KARL-HEINZ GÖSSEL, “Besprechung über I. Puppes Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen”, en *GA*, 1981, p. 134.

²¹⁷ *Vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 670 y 671: “[e]s incomprensible que un solo movimiento, una inervación muscular, pueda ser más de un delito, porque ni puede ser más que una conducta”.

²¹⁸ *Cfr.* CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 703 y 704, quien corrobora que el concurso ideal es un delito compuesto que requiere unidad de propósito y la producción de varios resultados como producto natural de la acción; estima, además, que el concurso medial es un delito complejo. Sobre el tema, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 77; MORO, *Unità y pluralità...*, *ob. cit.*, p. 163: “[...] el concurso ideal integra un caso de unidad legal, cuando sea concebido, en el modo ya visto cómo unidad de delito. Y eso también en un sentido más propio no puede asumirse generalmente para el concurso de leyes. De hecho, porque en esta construcción se halla la presencia de más leyes por las que no existe alguna razón de anulación y absorción [...]”.

eventos de concurso ideal a los casos de conducta única natural para desplazar los supuestos de unidad jurídica u ontológico-normativa de acción, que también pueden configurar esta estructura de responsabilidad. Precisamente, el reconocimiento realista de la acción permite advertir que el concurso ideal comporta una pluralidad de tipicidades²¹⁹ y en lo posible de delitos porque, de no ser así, se abriría una brecha para el desconocimiento del “*ne bis in idem*” en el ámbito procesal y un grave desequilibrio en los fines de la pena.

Así mismo, sostener que la unidad de acción implica siempre una unidad delictiva constituye una falsa conclusión. En primer lugar, porque tal afirmación compromete dos elementos o exigencias diferentes que no son proporcionales entre sí de forma directa: por un lado, la acción ejecutiva final como objeto de valoración y, por otro, la valoración jurídico-social del objeto en los casos de concurso, que demanda una desvaloración típica plural para apreciar el injusto total realizado frente al bien jurídico protegido. Confundir tales extremos sería mezclar los conceptos de concurso y unidad delictiva, acción y delito legal, o la infracción con los medios empleados para realizarla²²⁰. Y, en segundo lugar, porque se desconocerían también las realidades normativas vigentes en Italia, Alemania, España²²¹ y Colombia, que implican entender el concurso ideal como una pluralidad de tipicidades en el ámbito concursal.

Por tal motivo, si bien la diferencia punitiva entre los concursos real e ideal radica en la unidad o la pluralidad de conductas y en cierta identidad o conexión entre las diversas infracciones típicas, la pluralidad de tipicidades

²¹⁹ Es la crítica hecha por JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, en MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 378 y 379. También, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, 563, advierte: “[l]a circunstancia de que los hechos en concurso ideal tengan total o parcialmente en común el proceso ejecutivo, no debe permitir desfigurar la realidad para aseverar la existencia de un hecho único”; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1080.

²²⁰ Vid. MERKEL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 282; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 577.

²²¹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 864 y 865.: “[f]rente a la idea de una pena unitaria capaz de valorar en cada caso las incidencias que pueden surgir en el proceso ejecutivo de varias infracciones sin atender a que su origen sea una unidad o pluralidad de hechos, el legislador español se ha decidido clásicamente por un tratamiento diferenciador que busca beneficiar de forma relevante los casos de concurso ideal de infracciones y los de concurso medial, que asimila a aquéllos”. En el mismo sentido, pero refiriéndose al ordenamiento penal italiano, PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 591.

en juego no varía por la unidad de acción, siempre que se hable de “conurrencia”. Es más, una distinción consecuente entre la unidad y la pluralidad de conductas y la unidad y pluralidad de tipos permite entender que, en los casos de concurso ideal que afectan a bienes jurídicos “eminentemente personales”, la misma norma penal infringida se debe aplicar varias veces en concurso y no sólo una vez, como si se tratase de una única infracción penal.

Tampoco parece necesario, una vez corroborada la existencia de una pluralidad de tipicidades precedida por una unidad de conducta, que deba aplicarse al concurso ideal un sistema punitivo cercano a la absorción pura, porque también es posible emplear un sistema de asperación para los concursos real e ideal [CP, Art. 31], siempre que los límites punitivos de dichas modalidades sean distintos y su punibilidad nunca coincida, con la consiguiente imposición de una pena proporcional menos grave al concurso ideal y el respeto al principio de *ne bis in idem*. En otras palabras: entender que el concurso ideal es un delito único sería contrario al modelo punitivo de acumulación jurídica de penas y exasperación que acogen los ordenamientos en estudio para esta modalidad de pluralidad de tipicidades. Por ello, como indica REYES ALVARADO: “por qué si en el concurso ideal se aplican efectivamente las normas que describen diversas conductas delictivas se sigue afirmando no solo que la acción es única sino que el delito es uno solo, pues resulta en verdad difícil de entender que dos normas penales tan diversas como el incesto y la violencia carnal puedan ser aplicadas cuando se cometió un solo delito; incluso podría uno preguntarse cuál fue el único delito cometido: ¿la violencia carnal?, o ¿acaso el incesto?; y si en verdad solo uno de ellos dos fue cometido, ¿para qué dar aplicación a la norma que describe el otro delito? Y si de veras el concurso ideal es un solo delito, ¿cuál es la razón para que la pena aplicable sea la prevista en el tipo que comprende la sanción más grave aumentada hasta en otro tanto [...]? ¿Por qué aplicar dos penas diversas (así sea en acumulación jurídica o asperación) cuando se dice que sólo un delito se ha cometido?”²²².

²²² REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 310.

Para terminar, resulta evidente que esta es una postura opuesta a la teoría de la pluralidad delictiva, pues el deducir de forma exclusiva la unidad de infracción penal de la conducta voluntaria para realizarla, conduce a un derecho penal de la voluntad²²³; además, tampoco el dilema de la naturaleza del concurso ideal, como se verá a continuación, se resuelve con la exaltación de la teoría de la pluralidad típica.

b) El concurso ideal homogéneo que afecta bienes jurídicos “altamente personales”: ¿Un evento de concurso real? Por otra parte, tampoco resulta convincente aquella postura liderada por un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia para la cual, en aquellos casos de concurso ideal homogéneo que afectan bienes jurídicos “altamente personales”, se sostiene la reproducción normativa del número de conductas —causaciones o medios— con base en el número de resultados materiales voluntarios, de tipos o de objetos sobre los cuales recae la acción²²⁴; justo es decirlo, por entender que estos elementos se encuentran incorporados en los supuestos de hecho típicos concurrentes. Todo ello, en ciertos eventos, con base en el modelo de los tipos de propia mano para aplicar la penalidad correspondiente al concurso material homogéneo de tipos.

Una posición jurídica que, por lo general, se sustenta en la inconformidad político-criminal surgida cuando se concluye que el sistema punitivo de la absorción agravada [CPE 1995, Art. 77.2] no resulta satisfactorio en su totalidad, considerada la benigna penalidad impuesta a esta clase de hipótesis delictivas. Sobre el particular, según los autores²²⁵, existen de

²²³ Vid. QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 756.

²²⁴ Sobre el tema CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 60; BOScarelli, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 227. Por su parte, RAMÓN GARCÍA ALBERO, en AA. VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Dir.) y José Manuel Valle Muñiz (coord.), Navarra, Aranzadi, 2006, p. 424, si bien afirman que dicho planteo puede resultar muy difícil de justificar cuando se aplica al concurso ideal, se debió haber hecho extensivo al concurso medial de delitos en el proyecto de Código Penal de 1992.

²²⁵ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 304. No en vano algunos autores expresan que la solución tradicional del concurso puede llevar a soluciones punitivas absurdas; así: FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*, San José, Publicaciones Universidad de Costa Rica, 1981, p. 11: “[...] si la madre tira al río a sus hijos pequeños mediante empujar el coche en el que ellos viajan, es autora de una sola acción, en sentido penal, será responsable de un concurso ideal homogéneo y la pena que el juez debe aplicar es la correspondiente al delito más grave. Pero si la misma madre toma un niño y lo arroja al río y luego toma el otro y también lo arroja, es autora de una pluralidad de acciones. Responderá de un concurso real o

forma comparativa casos similares de concurso real —aunque desde un punto de vista abstracto— que también afectan bienes jurídicos “eminentemente personales” y a los cuales, por el contrario, sí se les impone una pena mayor con base en los sistemas de la acumulación material y jurídica de penas [CPE, Arts. 73 y 76 *ibídem*]. En consecuencia, se afirma que los verdaderos casos de concurso ideal comportan la realización de una “unidad de hecho” que, como manifestación externa del contenido de la voluntad directa del autor, se adecúan a varios tipos penales que vulneran de forma simultánea varios bienes jurídicos, sin que al efecto se produzcan diversos resultados materiales de naturaleza personal. Por ello, solo se habla de un hecho que valorativa o “idealmente” constituye el presupuesto fáctico objetivo de dos o más infracciones típicas diferentes²²⁶.

Por el contrario, cuando se produzcan varios resultados materiales como consecuencia voluntaria de la conducta realizada por el sujeto (o varias voluntades de realización), habrá varias infracciones delictivas a la ley penal y varios “hechos independientes” que, al abarcar de forma cabal cada desvalor de acción y de resultado, se deben apreciar como un concurso real de delitos²²⁷. En este sentido, CUELLO CALÓN señala: “[c]onforme a la

material [...]”. El problema radica en negar el concepto de unidad de acción y privilegiar el concepto de acción naturalística.

²²⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 647.

²²⁷ *Ibídem*, p. 647: “[...] la razón material podría verse en que en esta clase de concurso de delitos, que se da cuando mediante una conducta se producen varios resultados, en realidad no concurre un solo «hecho», sino tantos cuantos resultados producidos dolosamente, esto es, que no se trata de un propio concurso ideal, sino de un concurso real”, *ibídem*, p. 641 “[...] la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos, mientras que constituirá un solo hecho la lesión ideal de varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento. El matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio, tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba [...]”. En este sentido, la STS 1672 del 24.11.1999 (RJ. 1999-8719) agrega: “[...] cuando los resultados múltiples que se producen a través de una única acción son queridos por el autor no puede entenderse que exista una única acción. Quien persigue una pluralidad de resultados dispone su acción de forma distinta, con mayor energía o mayor intensidad en la acción, que cuando se persigue un único resultado y ello porque el autor, que persigue una pluralidad de resultados, incorpora a su acción esa intención plural con relación a los resultados. De ahí que el término «hecho» que refiere el artículo 77, como presupuesto del concurso ideal no deba ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues el término «hecho» incorpora tanto el desvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (*cf.* artículo 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos. Consecuentemente, el término hecho recogido en la norma no es equiparable a movimiento corporal o acción”.

jurisprudencia sentada por el Tribunal supremo, hay concurso real cuando los actos delictuosos se consumaron en diversas fechas, en diversas fechas y en diverso lugar, cuando recaen sobre diversas personas o se consuman en diversas fechas y recaen sobre diversas personas, cuando los diversos resultados corresponden a distintas determinaciones de la voluntad”²²⁸.

En efecto, cada resultado material voluntario se debe apreciar como un elemento normativo que excluye otros resultados de la misma naturaleza, al ser estos el contenido concreto del tipo de injusto. Lo que implica considerar varias unidades de hecho típicas causativas de infracciones diferentes completas desde los puntos de vista objetivo y subjetivo²²⁹. Es más, estos autores entienden que de no admitirse en estos casos la pluralidad de hechos, se configura una sola infracción con varios resultados similares como contenidos del tipo que, por sí mismos, no suponen delito alguno²³⁰ porque toda infracción típica requiere tanto de la acción como de la realización del contenido completo de la descripción típica, con inclusión en su caso el resultado material, que es lo que buscó realizar el autor con su comportamiento.

Así, en el ejemplo de quien lanza una granada en un sitio concurrido que ocasiona en forma dolosa la muerte a cinco personas con una finalidad terrorista, estos autores niegan la configuración de un concurso ideal al considerar que existen cinco resultados de muerte causados de manera intencional (resultado más contenido de la voluntad) contra las personas titulares del bien jurídico vida y, por lo tanto, cinco conductas representativas de delitos de homicidio diferentes en concurso real. Ello, pues tales hipótesis serían similares desde una perspectiva valorativa a aquella otra en la cual el agente mata a cinco personas de forma voluntaria,

²²⁸ CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 706. En sentido similar, ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 806.

²²⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 772 y 774, cit. núm. 44.

²³⁰ Así, MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 47: “[a]hora añadiré que sólo admitiendo dicha pluralidad de hechos puede explicarse que en el ejemplo propuesto se afirme la existencia de un concurso de delitos de homicidio, es decir, varios «homicidios». Si no correspondiese un hecho distinto para cada muerte, sólo podría decirse que existe un hecho con varias «muertes», no con varios «homicidios», pues el delito de homicidio no sólo requiere la muerte, sino el *hecho de matar*. Cada delito de homicidio requiere un hecho homicida”.

cada una de las cuales muere a causa del lanzamiento de un explosivo con una finalidad terrorista en actos y momentos diferentes, merece una pena similar²³¹. En este sentido, las SSTS 788 del 29.05.2003 (RJ. 2003-4388), 532 del 19.05.2003 (RJ. 2003-4454), 1937 del 19.10.2001 (RJ. 2001-10176), del 12.07.2000 (RJ. 2000-5756) y 1672 del 24.11.1999 (RJ.1999-8719), entre muchas otras como la STS 1837 del 19.10.2001 (RJ. 2001-10176), afirma lo siguiente:

“El concurso ideal, según la dicción literal del Art. 77 del CPE requiere un solo hecho. La doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha matizado gradualmente hasta distinguir ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la unidad de acción. Los tipos penales describen conductas pero también resultados. Cuando se trata del homicidio, lo que se tiene en cuenta a los efectos del Art. 77 no sería tanto la acción de matar, sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado material. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad (en este sentido sentencia 861/1997, de 11 de junio [RJ. 1997\4677])”. Sin embargo, tiene razón la doctrina al afirmar que el concepto de infracción del Art. 77 no resulta equivalente al concepto de resultado típico “en cuanto objetivamente causado”, sino al resultado en sentido jurídico que resulta de la realización de la figura penal, de tal suerte que el concepto de infracción penal debe ser capaz de integrar tanto el resultado en sentido material, como el resultado de peligro o de mera actividad²³².

Si se toma en cuenta esta consideración, no faltan posturas que extremen los efectos de la pluralidad de delitos, al asumir como criterio rector de la unidad o pluralidad de acciones el número de bienes jurídicos lesionados o

²³¹ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., *Lecciones...*, ob. cit., p. 304, asegura que “[...] si el autor del hecho «quería» matar concretamente a cada una de esas cinco personas, su acción es, desde el punto de vista valorativo, semejante a la de otro asesino que vaciara su cargador contra cada una de ellas, y en este último caso nadie hablaría de concurso ideal, sino real”.

²³² Vid. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, ob. cit., p. 943.

puestos en peligro, de forma efectiva. De este modo, tienden a desaparecer figuras jurídicas como el concurso ideal, porque el concurso real se presentaría “cada vez que en desarrollo de una o varias finalidades se lesione varias veces un mismo bien jurídico o se afecte más de un bien jurídico”²³³. Desde luego, a diferencia de la teoría del número de resultados o de objetos sobre los que recae la acción, esta postura rechaza cualquier utilidad doctrinal a la distinción entre las expresiones “hecho”, “acto”, “acción” y “conducta”, a partir de su sustrato ontológico. Así, por ejemplo, sostiene REYES ALVARADO: “si se diferencia el concepto óntico de unidad de acción de la noción jurídico penal ya no tendremos que preocuparnos por tratar de explicar el concurso real como una multiplicidad de acciones jurídicas que pudieron haber sido generadas por una sola conducta naturalística, sino que simplemente tendremos que reconocer que dicho concurso se presenta cuando desde el punto de vista del derecho penal (no desde el ángulo naturalístico) existe una pluralidad de acciones”. Lo importante en materia de concursos sería, para este autor, no que una o varias conductas se acomoden a varios tipos penales sino que la actuación vulnere varios bienes jurídicos entendidos como realidad social, de lo cual se desprenderá el verdadero número de conductas en sentido jurídico.

En fin, una posición similar a la anterior de amplia acogida en Italia y en Colombia, es la concepción tradicional de la separabilidad e inseparabilidad natural o jurídica de las infracciones²³⁴ que allana el camino para la

²³³ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 263. Más adelante, *ibidem*, p. 268: “[...] justamente la presencia de esa múltiple lesión a bienes jurídicos es lo que explica la existencia de un concurso real aún en eventos en los cuales existe una finalidad única, como puede ocurrir en [...] el caso de quien queriendo apoderarse de una herencia da muerte a los demás herederos, pues aun cuando el sujeto obedece a una finalidad unitaria produce más de una lesión al bien jurídico de la vida e integridad personal porque desde el punto de vista real ese es un bien jurídico que se considera lesionado no con la muerte abstracta de la especie humana sino con el efectivo fallecimiento de cada ser humano individualmente considerado”, en el mismo sentido *ibidem*, pp. 316, 346 y ss.

²³⁴ Cfr. RANIERI, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 130 y ss.; ARCE AGGEO, *Concurso...*, *ob. cit.*, pp. 96 y ss.; ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Parte General, 4ª ed., vol. 1, Bogotá, Temis, 1983, pp. 133 y ss., aunque privilegia la unidad de resolución; BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos...*, *ob. cit.*, 1962, pp. 295 y ss.; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 165; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 427; GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 237 y ss., denomina el concurso ideal como delito compuesto; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 12 y 13; JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003, pp. 1233 y ss.; GÓMEZ PRADA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 263-265; MENDOZA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 127 y 128;

unificación sustantiva y punitiva de las distintas modalidades de pluralidad de tipicidades en el CP de 2000, Art. 31. Posición que hoy en día se reconduce de forma sutil a la clasificación tradicional de concurso real e ideal.

Así las cosas, habrá lugar a considerar la existencia normativa de varias unidades de hecho “causativas” de una pluralidad de infracciones penales típicas y antijurídicas (completas desde los puntos de vista objetivo y subjetivo) y, con ello, la existencia de un concurso material de delitos²³⁵, si como consecuencia de la realización voluntaria de una conducta única o de una unidad de conducta (lo que resulta irrelevante), concurren varios resultados personales, simultáneos y excluyentes entre sí (dos muertes, dos lesiones, una lesión y una muerte, por ejemplo), de tal modo que la inseparabilidad natural de las infracciones homogéneas o heterogéneas resulta accidental²³⁶; o, si como fruto de varias conductas independientes sin ningún vínculo entre sí, concurren varios resultados materiales sucesivos

MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 205 y ss.; PELÁEZ VARGAS, *Manual...ob. cit.*, p. 191; PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 407; REYES ECHANDÍA, *La Tipicidad*, *ob. cit.*, pp. 523 y ss.; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, vol. II, pp. 383 y ss.; CSJ PENAL, sent. del 16.10.1944, R. JORDÁN, en *GJ*, t. LVIII, núm. 2016, p. 257, señala que el concurso ideal implica “[...] infracciones que no es posible separar porque, aun siendo varias, su pluralidad no es efectiva sino ideal, o más propiamente ficticia. En todos estos supuestos uno sólo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, pero no por ello puede afirmarse que existan dos infracciones separadas. En cambio, en el caso de autos la pluralidad no es simplemente ideal sino efectiva, pues todas las infracciones (lesiones de derecho) tienen vida *per se*, porque con respecto a cada uno de los ofendidos se infringió la ley penal. El concurso es, por lo tanto, real o material y no formal o ficticio, por más que uno solo hubiera sido el hecho que produjo las consecuencias”; sent. del 13.07.1945, R. JORDÁN, en *GJ*, vol. LVIII, núm.2022-2024, p. 457; sent. del 27.02.1970, en *GJ*, t. TCXXXIII, p. 220; sent. del 08.05.1970, L. ROMERO, en *GJ*, t. TCXXXIV, p. 325.

²³⁵ Asumen una posición general: BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 296; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 165 y 166; GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 237 y ss.; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 1239; GÓMEZ MÉNDEZ, *Delito...*, *ob. cit.*, pp. 12 y 13; GÓMEZ PRADA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 263 y ss.; MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 211 y ss.; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 233; PÁEZ POLO, ESTEBAN, *Derecho Penal colombiano*, Parte General, Barranquilla, Mejoras, 1977, p. 207; PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 192; PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 407; REYES ECHANDÍA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 143; *id.*, *La tipicidad*, *ob. cit.*, p. 532; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 383 y ss. *Cfr.* CSJ PENAL, sent. del 20.08.1992, en *JD*, t. XXI, Bogotá, Legis, 1992, pp. 923 y ss., y sent. del 13.09.1995, en *JP*, II sem., 1995, Medellín, Ed. Jurídica Colombiana, 1995, pp. 481 y ss.

²³⁶ *Cfr.* ARENAS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 134: “el concurso es, por consiguiente material, ya que las dos violaciones del derecho a la vida son separables; separables subjetivamente, porque el agente quiso producir dos resultados; separables objetivamente, porque para la ley es indiferente que se produzcan con varias acciones o con una sola”. En la doctrina española, *cfr.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et.al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 305; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 772 y 774, cita núm. 44.

de cualquier orden, todos ellos perseguidos de forma voluntaria como contenidos específicos de uno o varios tipos penales, de tal forma que las infracciones homogéneas o heterogéneas sean de verdad separables (separabilidad natural).

En este orden de ideas, según esta postura pueden distinguirse desde una perspectiva “tópica” las siguientes modalidades de concurso real²³⁷: (i) unidad de acción, pluralidad de lesiones simultáneas (pluralidad de hechos) e infracciones personales *heterogéneas* separables jurídicamente; (ii) unidad de acción, pluralidad de lesiones simultáneas (pluralidad de hechos) e infracciones personales *homogéneas* separables jurídicamente; (iii) pluralidad de acciones, lesiones sucesivas (pluralidad de hechos) e infracciones personales heterogéneas separables de manera efectiva; y (iv) pluralidad de acciones, lesiones sucesivas (pluralidad de hechos) e infracciones homogéneas de verdad separables (en algunas variantes como delito continuado unificado).

Por el contrario, habría que imputar un concurso formal cuando la realización de una acción ontológica produzca una unidad de resultado material como manifestación voluntaria del sujeto (y, por ello, un solo “hecho como presupuesto normativo”), siempre que ésta concorra desde las perspectivas intelectual, valorativa o “ideal” con un resultado jurídico, para tipificar dos o más infracciones diferentes inseparables de manera efectiva²³⁸. También, habría lugar a un concurso ideal —y en este punto de forma discutida—, cuando la unidad de acción produzca de forma simultánea varios resultados personales o materiales, pero sólo uno de ellos voluntario y el otro imprudente (una sola intencionalidad).

En el primer caso, el ejemplo usual es el de las lesiones a funcionarios públicos para obligarlos a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales [CP, Arts. 111 y ss y 429],

²³⁷ Sobre el tema, *cfr.* ARENAS, *Compendio...*, *ob. cit.*, 1982, pp. 55 y ss.; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 231 y ss.

²³⁸ Así, ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 165; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 427; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 1238; MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 205; REYES ECHANDÍA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 143. Respecto a las diferencias entre el concurso real y el ideal, *id.*, *La tipicidad*, *ob. cit.*, p. 537.

donde existe una unidad de acción y lesión material (unidad de hecho) e infracciones heterogéneas inseparables desde el punto de vista natural, pero separables en forma ideal o intelectual frente a la integridad personal (las lesiones) y la administración pública (la violencia), o el acceso carnal violento y el incesto. En este punto, valga la pena recordarlo, ESTRADA VÉLEZ sostuvo que el concurso ideal era una figura excepcional para delitos especiales que requerían para su adecuación típica una determinada cualidad en el sujeto activo, en el pasivo o en ambos²³⁹.

A su turno, en el segundo caso se afronta una unidad de acción, una pluralidad de lesiones materiales simultáneas y varias infracciones inseparables desde el punto de vista jurídico por la existencia de una sola intencionalidad dirigida, como sucede cuando se quiere matar a un sujeto pero el disparo realizado a tal efecto también ocasiona de forma culposa y accesoria la muerte de otro [CP, Arts. 103 y 109]²⁴⁰. Desde luego, sobre el particular no faltaron voces disidentes que consideraron tales supuestos como una hipótesis de concurso real²⁴¹, no solo por otorgar más importancia a la objetividad real que, se supone, “prohíbe” la norma —los resultados—, sino por negar cualquier relevancia al contenido de la voluntad del sujeto: una sola intencionalidad dirigida a causar varias muertes²⁴².

En fin, cualquiera sea la versión asumida, cuyos resultados son muy similares, se trata de posturas legitimadas con base en criterios ambiguos como la necesidad de pena en abstracto, que no pueden compartirse por varias razones:

²³⁹ Cfr. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 161.

²⁴⁰ Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 810; CÓRDOBA RODA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 30; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 703.

²⁴¹ El tema de la concurrencia de resultados imprudentes y dolosos como forma de concurso ideal, por la presencia de una sola intencionalidad, no es pacífico en la doctrina colombiana. Así, consideran estos casos como un concurso real, a partir de la teoría del resultado: MENDOZA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 128 y 129; MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 207 y 208: “admitido que es la unidad de hecho lo que caracteriza el concurso ideal, no la unidad de acción o intención, síguese de ahí que no es ideal sino real el concurso que resulta cuando con una acción u omisión culposas se producen plurales efectos delictuosos, con objetividad o materialidad independiente [...]”; PÁEZ POLO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 207, le denomina concurso material *simultáneo* (*un hecho y dos resultados*); PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 407 y 408.

²⁴² Crítico: REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, *ob. cit.*, p. 524.

En primer lugar, porque al construir el “concurso de delitos” sobre el número contingente de resultados o afectaciones al bien jurídico, los supuestos de unidad de acción o acción única pueden ser configurados de manera ambivalente como supuestos de concurso real o ideal, por la multiplicación del objeto de valoración. Tal difuminación de los límites materiales es lo que posibilita a esta tendencia teórica: no sólo limitar de forma total o parcial el concurso ideal homogéneo²⁴³ al aplicar la pena del concurso real en casos de unidad de conducta —sin que para ello exista un incremento del desvalor personal de acción—, sino también aplicar una penalidad genérica a ambas instituciones jurídicas²⁴⁴, tal y como lo dispone el CP en el Art. 31, inc. 1º, con fundamento en los modelos de asperación y acumulación material.

Como ya se planteó, el número y la clase de resultados jurídicos —materiales o ideales— o de lesiones jurídicas, lo único que permiten definir es el supuesto de hecho realizado y la cantidad de veces que éste ha sido infringido pero todavía no decide, ni puede decidir, la unidad o pluralidad de acciones²⁴⁵. En fin, no se puede olvidar, como lo advierten MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que “[a] todas luces, lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (*quod actionis, tot crimina*), ya que, entonces, la distinción entre concurso ideal y concurso real, y su incidencia en la determinación de la pena no tendría sentido”²⁴⁶.

²⁴³ Así, REYES ECHANDÍA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 586, quien advierte que al refundirse el concurso ideal con el material termina, dada su infrecuente aplicación, por convertirse en una figura sólo académica. Así mismo, en el acta núm. 56 del Anteproyecto de CP 1980, manifestó la necesidad de abolir el concurso ideal, que entendía injustificado por no poder hallar de él más de uno o dos ejemplos; PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 196. Incluso, PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 408, afirma: “al fusionarse las actividades concursales quedan por fuera las disposiciones teóricas para identificar la categoría [...] Inútil resulta revisar notas diferenciales porque han desaparecido las variaciones en el tratamiento [...]”; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 295 y 304 y ss.

²⁴⁴ La doctrina española también reclama un sistema unificado de penas para el concurso de tipos. En este sentido, *cfr.* CUELLO CONTRERAS, “La frontera...”, *ob. cit.*, pp. 72 cita núm. 84, 74 y ss.; MORILLAS CUEVAS, *La punición...*, *ob. cit.*, pp. 484 y 485; VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 42 aunque por otras razones dogmáticas.

²⁴⁵ *Vid.* GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 944; de hecho, JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1080, afirma que a partir de dicha postura “la unidad de acción sería imposible”.

²⁴⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 463.

Por supuesto, ello corrobora que esta concepción fundamenta el concurso en un peligroso desequilibrio valorativo, que privilegia de forma desproporcionada el desvalor de resultado en la valoración del injusto concursal, en perjuicio de la importancia que le corresponde al desvalor personal de acción, de acuerdo con el verdadero número de conductas realizadas por el autor²⁴⁷. Con todo, la médula del concurso ideal, como modalidad de pluralidad de tipicidades, radica en la unidad de conducta, con independencia del número de resultados materiales producidos, de tipos adecuados o de objetos sobre los cuales ésta recaiga.

No es, pues, lo mismo —ni puede serlo de cara a la valoración del injusto— que la pluralidad de tipicidades sea el producto de una sola conducta, a la par que el autor conserva una voluntad ejecutiva representada por la decisión de causar múltiples resultados, a que ello sea el resultado de varias conductas diferentes, para las cuales el autor tomó un número plúrimo de resoluciones independientes dirigidas a afectar los bienes jurídicos, cada una de las cuales provoca un resultado distinto, aunque de la misma intensidad lesiva. Con lo cual, téngase en cuenta, el injusto es mucho más intenso en el concurso real que en el concurso ideal, en razón de la pluralidad de conductas voluntarias que atentan contra el bien jurídico (mayor desvalor de acción subjetivo)²⁴⁸.

Así mismo, en segundo lugar, al anularse de forma arbitraria la distinción entre los supuestos concursales o al hacerla teórica en la individualización de la pena²⁴⁹, se facilitan clasificaciones heterodoxas que dependen desde el

²⁴⁷ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 577, reitera que estos criterios olvidan que la unidad de hecho sólo puede radicar en la unidad de acción, en tanto que los delitos son la exteriorización de una determinada subjetividad valorada; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 77; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, p. 178.

²⁴⁸ De este modo, ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 856 y 858, sostienen que el concurso ideal representa por definición una menor pena por un menor contenido de injusto que el concurso real, en cuanto una sola acción (o la misma) es común a varios tipos de injusto, no pudiendo ser valorada varias veces en virtud del *ne bis in idem* y la proporcionalidad, deduciendo efectos múltiples.

²⁴⁹ Así, RAMÓN ACEVEDO BLANCO, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1983, p. 53; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, p. 425, señala que debe mantenerse la diferencia conceptual entre concursos real e ideal, para distinguir al tiempo entre concurso aparente y efectivo; PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 197, considera que todas estas clasificaciones carecen de importancia legal, solo teórica en la individualización de la pena; PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 408, va más allá e indica que estas clasificaciones no existen

punto de vista metodológico de la justicia pragmática del resultado punitivo, al considerar elementos como, por ejemplo, el tiempo de realización del resultado —simultaneidad o sucesividad [CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383]—, la naturaleza del bien jurídico afectado —personal, material o ideal— y la separabilidad o inseparabilidad de las infracciones —jurídica o natural—. Criterios que, si bien pueden resultar adecuados para verificar la existencia de una unidad delictiva —aparente concurso de tipos— o una pluralidad de tipicidades en concurso efectivo²⁵⁰, en general resultan inadecuados para fijar las modalidades concursales atendidos el desvalor de acción o la unidad o pluralidad de acciones que les preceden.

En tercer lugar, resulta contradictorio que en el delito continuado se sustente un elemento subjetivo como el dolo de continuación, que unifica diversos propósitos realizados bajo diversas acciones en una unidad subjetiva (motivacional) continuada, para aglutinar la acción y la infracción; y, al mismo tiempo, se afirme que en materia concursal la multiplicidad de propósitos realizados mediante una sola conducta que produce varios resultados materiales, implica una pluralidad de acciones e infracciones independientes (no vinculadas objetiva o subjetivamente entre ellas) constitutivas de un concurso real. Es decir, parece existir una cierta incongruencia en los autores que asumen la teoría de la realidad jurídica del delito continuado y, de forma simultánea, sostienen la tesis del número de resultados en materia de unidad o pluralidad de acciones.

dado que fueron repudiadas, sin que sea válido traer a los debates judiciales las viejas confusiones. Por su parte, PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Comentarios al nuevo Código Penal sustancial: Análisis comparado Ley 599 de 2000 y legislación anterior*, 2ª ed., Doctrina y ley, Bogotá, p. 84, indica que “[...] tanto el artículo 26 del estatuto de 1980, como el artículo 31 del nuevo Código, construyen el concurso sobre la base de la moderna distinción doctrinal de la pluralidad de adecuaciones típicas, simultánea, sucesiva, homogénea y heterogénea [...]”; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 231 y 232.

²⁵⁰ Precisamente, la diferencia entre el aparente concurso y el concurso efectivo debe ser considerada a partir de la naturaleza del bien jurídico y la necesidad político-criminal de abarcar el injusto total de la conducta, separando o no las infracciones típicas. De este modo, la lesión de dos bienes jurídicos personalísimos implicará generalmente una pluralidad de tipicidades, mientras que la lesión de dos bienes materiales o ideales puede conllevar la aplicación de un concurso ideal o de un delito único. Por otra parte, lo antecedente, simultáneo o consecutivo de las infracciones será importante para verificar los casos de aparente concurso, bien bajo el principio de especialidad en casos de simultaneidad, de subsidiariedad en los llamados actos copenados previos (Vortat), o de consunción en los casos de actos copenados posteriores impunes (Nachtat).

En fin, en cuarto lugar, “la teoría concursal del número de resultados materiales” no explica con claridad los casos en los cuales el sujeto no quiere de manera directa uno de los resultados causados con la conducta²⁵¹, pues según se opine en el plano teórico, estos serán casos de concurso real o ideal conforme a las clasificaciones vistas, por ejemplo, en sede de la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las acciones. Es más, las teorías subjetivistas que requieren unidad de resolución dolosa para cada hecho-resultado²⁵², por oposición a las teorías objetivas, tendrían la necesidad de erigir una concepción dual frente a la unidad y a la pluralidad tipicidades: una, para los delitos dolosos directos; y, otra, que abarque los comportamientos dolosos indirectos o eventuales —según el sujeto dirija el dolo a la acción o al resultado²⁵³—; además, otra para los imprudentes²⁵⁴ y, según se opine, para los delitos omisivos²⁵⁵. Todo lo cual genera, si se mira el asunto desde la perspectiva del conjunto del sistema de punibilidad, una serie de excepciones punitivas que tornan más complejas las relaciones entre las especies concursales.

²⁵¹ Vid. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Akal, 1990, p. 426; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 108 y 109; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 858.

²⁵² De este modo, REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, *ob. cit.*, p. 524, indica que el fenómeno de la unidad de hecho tiene una triple limitación: “unidad de conducta, unidad de intención y unidad de resultado”.

²⁵³ Así, las SSTS 788 del 29.05.2003 (RJ. 2003-4388) y 187 del 11.02.1998 (RJ. 1998-1980): “[s]i la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con “dolo directo”— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de “varios hechos” punibles en concurso real. [...] Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, más no al resultado —previsto pero no directamente perseguido—, es decir, cuando se actúa con «dolo eventual» —como sucede en el caso de autos— estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso”.

²⁵⁴ Por ejemplo, ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 393, advierte que la exigencia de propósito único impide hablar de concurso ideal de delitos imprudentes, pues “... en estos, la intención no puede predicarse del resultado final, por cuanto este no es querido por el culpable, sino de un resultado, que a la postre se produjo [...]”. Por su parte, respecto al sistema de *crimen culpa* utilizado antes en legislación española de 1983, *vid.* VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, pp. 21 y 22.

²⁵⁵ *Vid.* VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, pp. 19 y 20.

Más allá, las teorías “subjetivistas” tendrían que considerar el concurso ideal como un verdadero caso de concurso de delitos y no como una situación de concurrencia de tipicidades, pues la posibilidad de advertir dicha figura, según se ha expuesto, tendría que esperar hasta que se logre verificar la “forma de culpabilidad” dolosa exigida para todos los injustos realizados.

2. Requisitos del concurso ideal. Hechas las precisiones anteriores, resulta fundamental abordar las exigencias necesarias para configurar el concurso ideal de tipos; ellas son los siguientes²⁵⁶:

a) Unidad e identidad de conducta. Como se advirtió, esta figura requiere una conducta única o una unidad de conducta comisiva u omisiva que en sentido objetivo se ajuste a varias tipicidades diferentes [STS 522 del 19.09.1996 (RJ. 1996-6925)]. No se trata de una unidad subjetiva, es un concurso de delitos en el que las distintas infracciones deben ser realizadas en forma dolosa o culposa mediante una unidad de acción [STS 1133 del 11.06.2001 (RJ. 2003-2460); 1550 del 10.10.2000 (RJ. 2000-8764)]; dicha unidad de ejecución por identidad de los tipos abstractos realizados — *Teilidentität der abstrakten tatbestandsverwirklichung/Teilidentität der Willensbetätigungsakte*²⁵⁷— se puede fundamentar de dos maneras diferentes:

En primer lugar, parte de la doctrina sostiene que la identidad de la acción en el ámbito del concurso ideal sólo puede ser total, nunca parcial, es decir, debe darse una coincidencia material completa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción realizada por el sujeto, con los componentes o elementos de los diversos supuestos de hecho infringidos²⁵⁸, por ejemplo: cuando alguien le causa la muerte a dos personas con un instrumento

²⁵⁶ Vid. SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB, ob. cit.*, Vor § 52, pp. 36.1-36.4

²⁵⁷ Vid. KINDHÄUSER, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 368; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK, ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1841; PUPPE, *Funktion..., ob. cit.*, pp. 151 y ss.

²⁵⁸ Vid. CEREZO MIR, *Curso..., ob. cit.*, pp. 304 y 305 cita núm. 5: “la coincidencia parcial de los procesos de ejecución [...] no es suficiente [...] para fundamentar la existencia de un concurso ideal, pues este requiere que un solo hecho (es decir, una sola acción) constituya dos o más delitos”; *id.*, *Derecho..., ob. cit.*, pp. 1024 y 1025, cita núm. 5; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho..., ob. cit.*, p. 772; GARCÍA CAVERO, *Derecho..., ob. cit.*, p. 852; REYES ALVARADO, *El concurso..., ob. cit.*, pp. 326 y ss.; VIVES ANTÓN, *La estructura..., ob. cit.*, p. 17.

explosivo, o cuando mediante la penetración carnal se realizan los tipos de acceso carnal e incesto. Sin embargo, tiene razón GARCÍA ALBERO²⁵⁹ cuando advierte que la identificación total entre “identidad del hecho e identidad del total presupuesto objetivo de las infracciones concurrentes” resulta inadecuada, por varios motivos: (i) porque hace irrealizable el concurso ideal de delitos; (ii) porque dicha concepción no se compadece con el tratamiento legal del concurso medial, la *aberratio ictus*, el error en la persona y la preterintención; y, (iii) porque varios resultados imprudentes deberían ser castigados conforme a las reglas del concurso real.

Y, en segundo lugar, por la identidad parcial material —no simplemente temporal— de los elementos objetivos de la acción (*teilweise Identität der Ausführungshandlungen*), en relación con los componentes que estructuran varios tipos penales como, por ejemplo, cuando mediante un cheque falsificado se logran adquirir víveres en un almacén. Identidad de ejecución que, aun cuando carece de criterios fiables para determinar los elementos relevantes para fundamentar la unidad de acción, sí resulta suficiente desde el punto de vista interpretativo, porque al menos una parte de la misma acción voluntaria causa la infracción (consumada o tentada) de diversas tipicidades penales²⁶⁰. Como es evidente, no se trata de una multiplicidad de acciones idénticas —concurso real—, sino de la misma acción única o la unidad de acción que implica una idéntica realización (implementación) de varios tipos penales. Postura que parece la más adecuada en este ámbito.

En este sentido, parte de la doctrina alemana extiende desde el ángulo objetivo tal relación de identidad parcial, al considerar que es suficiente verificar —para configurar la unidad de acción que precede al concurso

²⁵⁹ GARCÍA ALBERO, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 422 y 423.

²⁶⁰ Vid. BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 813; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 368; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1103; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 720 (*Tratado*, p. 776); KINDHÄUSER, “Normverstoß...”, *ob. cit.*, pp. 104; KÜHL, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 705; SIGMUND MARTIN, “Tateinheit zwischen Prozeßbetrug und Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage”, en *JuS*, 38 Jahrgang, Heft 8, 1998, pp. 761-762; MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 367; MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 386; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 821 y ss.; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 87; WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, p. 231 (*Derecho*, p. 273); WESSELS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 234; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 296; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 405 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 853; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 856.

ideal— la realización de las ofensas mediante una triple relación homogénea de naturaleza metodológica, motivacional y relacional, que fundamenta el llamado concurso ideal por abrazadera —*verklammernden Delikte* o *Idealkonkurrenz durch Klammerwirkung*—.

En fin, se asume una postura que reclama un elemento normativo de identidad material (total o parcial) entre los diferentes actos parciales de la conducta y las tipicidades infringidas, que pueda llevar a predicar la unidad de acción, desde el punto de vista de la interpretación objetiva de la ejecución de los tipos penales, a partir de la finalidad del autor, aunque ello pueda presentar algunos inconvenientes frente a los tipos permanentes o de duración²⁶¹.

b) Múltiple desvaloración penal de la conducta. Ello se debe a que la conducta debe encajar de manera efectiva en varios tipos, o en el mismo supuesto de hecho varias veces, de tal forma que puedan ser considerados como conductas punibles. Preciso es decirlo, esto diferencia la figura en estudio del aparente concurso de tipos y del delito continuado, porque en ellas —aunque por motivos diferentes— las ofensas seriadas del mismo bien jurídico son susceptibles de ser consideradas como la infracción de un único tipo penal (y un único injusto jurídico)²⁶². En este sentido, es indiferente que las tipicidades sean de peligro o de resultado material, como en el caso de un homicidio con dolo eventual y en la conducción temeraria con desprecio por la vida de los demás en unidad de conducta [STS 1464 del 17.11.2005 (RJ. 2006-225)]. Así las cosas, el punto de partida para comprender esta exigencia radica en la distinción entre conducta y tipicidad, de tal suerte que la pluralidad de unas y otras se determine con base en criterios distintos, sin que sea afortunado considerar una relación de proporcionalidad directa entre ambas categorías.

²⁶¹ Sobre el particular, *vid.* GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 368.

²⁶² Al respecto, CSJ PENAL, sent. del 31.10.1996, e9282, J. GÓMEZ.

De igual forma, es posible la concurrencia ideal entre supuestos típicos dolosos y dolosos e imprudentes entre sí²⁶³, lo que no resulta viable en el delito continuado por la exigencia de homogeneidad de realización de la unidad relativa típica. Lo que parece difícil en el concurso ideal es la concurrencia simultánea de un tipo omisivo impropio y otro comisivo en unidad de conducta, de supuestos de hecho comisivos y omisivos propios²⁶⁴ [en contra: STS 169 del 08.04.2008 (RJ. 2008-2958), CPE, Arts. 148.1º y 195.1º]. No así la concurrencia de un tipo omisivo propio y otro impropio respecto del mismo bien jurídico, del cual son titulares distintos sujetos pasivos, porque en el último evento —frente al mismo sujeto pasivo— es probable que el dolo del tipo omisivo propio quede consumido por el dolo del tipo omisivo impropio.

Así mismo, tanto la legislación penal española de 1995, Art. 77, como la colombiana de 2000, Art. 31, admiten la concurrencia ideal de “infracciones” como delitos o faltas —contravenciones especiales—²⁶⁵, por lo cual las reglas penológicas se pueden aplicar a todos los supuestos allí comprendidos²⁶⁶.

²⁶³ Vid. SSTS 239 del 20.03.2007 (RJ. 2007-2276) y 1278 del 22.12.2006 (RJ. 2006-7997), en la última de las cuales “[s]e declara la existencia de un concurso ideal de delitos pues hubo un solo hecho constitutivo de dos infracciones penales, una dolosa, consistente en la deformidad producida en la ceja por el impacto en el rostro con un objeto, y otra de imprudencia grave por pérdida del ojo, pues ésta, si bien no la previó el recurrente, no puede decirse que fue debida al azar ya que fue una actuación voluntaria del mismo la que ocasionó ese resultado tan grave, infringiendo el deber de cuidado al respecto”. En cualquier caso, la doctrina tradicional generalmente ha rechazado la posibilidad de configurar un concurso ideal entre tipos culposos que afecte a un mismo sujeto pasivo y ataquen un mismo bien jurídico. Así, SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 215: “[...] la causación de varios resultados típicos por imprudencia implica la existencia de una sola infracción de imprudencia punible [...]”.

²⁶⁴ Así, escéptico, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 506, porque entiende que es difícil que coincidan en forma parcial la acción y la omisión, sólo de manera temporal; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 996; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 412, asegura que el concurso ideal sólo se presenta cuando se trata de hipótesis de delitos permanentes omisivos, en los que el delito de acción permite mantener el estado antijurídico. A favor de dicha posibilidad, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 866.

²⁶⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 636; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 859.

²⁶⁶ En esta línea, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, *ob. cit.*, pp. 255 y 266. En contra: CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...ob. cit.*, p. 425, quienes confirman la posibilidad de concurrencia ideal entre tipos de delito y falta.

c) Uniformidad de sujeto activo. Ello, porque es inadmisibles la figura con sujetos activos intermitentes; de hecho, es indispensable que la unidad de acción, sobre todo desde su perspectiva subjetiva, sea el desarrollo del mismo sujeto desde el principio hasta el final. Desde luego, ello no significa que las infracciones no puedan ser realizadas en coautoría o mediante participación criminal —p. ej.: Los dos profesores que realizan el coito sexual enfrente de sus alumnos menores de 14 años²⁶⁷— [CP, Art. 209, adicionado L. 679/2001, Art. 33].

d) Unidad o pluralidad de sujetos pasivos. En el caso de verse afectados bienes jurídicos “altamente personales”, el concurso ideal homogéneo puede contar con unidad o pluralidad de sujetos pasivos. De igual manera, si se afectan bienes jurídicos no personalísimos y siempre que no se cumplan las exigencias del delito continuado, esta modalidad concursal —tanto si es homogénea como heterogénea— podrá soportar la pluralidad de sujetos pasivos. Ejemplos: el caso del sujeto que mediante una ráfaga de ametralladora asesina a dos policías y lesiona otro [CP, Arts. 103, 104, 111 y ss; CPE, Arts. 138 y 147 y ss.]; el deponente que imputa en un testimonio a varias personas como autoras de conductas punibles que, en verdad, no realizaron [CP, Art. 442; CPE, Arts. 458 y ss.].

Por lo último, debe anotarse que el concurso ideal no constituye una excepción a la unidad de proceso, pues su base es una única acción o una unidad de acción idéntica en forma parcial, cuyas consecuencias jurídicas deben ser juzgadas y sentenciadas en conjunto, aun cuando se manifiesten varias infracciones independientes de la ley penal²⁶⁸. Dicha necesidad de juzgamiento unitario, que no todas las legislaciones exigen como un hecho efectivo [CPE, Art. 76.2; CPP, Art. 470], tiene ocasión en virtud de un nexo o ligamen denominado conexidad sustancial. Por manera que resulta fundamental que, en el proceso penal, no se presente una absolución parcial —por alguno de los tipos concurrentes— y que la cosa juzgada impida

²⁶⁷ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 1013; id., *Manual...*, ob. cit., p. 505.

²⁶⁸ Vid. KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, ob. cit., (I. PUPPE: Vor §§ 52), p. 1851.

continuar el juzgamiento de las demás infracciones penales²⁶⁹. En principio, por las exigencias mencionadas, deberá verse una diferencia sustantiva en cuanto a este elemento con el concurso real.

e) En fin, no se puede olvidar que la doctrina, sobre todo la alemana a partir de la jurisprudencia del RG de principios del siglo xx (07.01.1911), pretende conglobar en esta modalidad de concurso, de manera expansiva, la figura denominada “concurso ideal por efecto de enganche o abrazamiento” —Klammerwirkung²⁷⁰—, que se presenta cuando existen dos tipicidades autónomas o asincrónicas entre sí (A y B) por lo general en concurso real, cada una de las cuales concursa en forma ideal con una tercera (C) que sirve como enlace conector sustantivo y teleológico entre ellas (Verklammerungslösung). Todo lo cual supone formar una unidad jurídica de acción que las cobije²⁷¹, porque se evidencia una relación metodológica y relacional de identidad común en la implementación de los tipos heterogéneos, asimilada en parte a la conducta que precede a los tipos de larga duración o de conducta permanente; p. ej.: cuando el sujeto violenta el domicilio de una dama para causarle unas lesiones que, a su vez, le permitan accederla carnalmente.

²⁶⁹ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., p. 725 (*Tratado*, p. 781).

²⁷⁰ Cfr. EBERHARD WAHLE, “Die sogenannte «Handlungseinheit durch Klammerwirkung»: Ein Beitrag zur Konkurrenzlehre”, en *GA*, 1968, pp. 97-112; GERHARD WERLE, “Die Beteiligung an kriminellen Vereinigungen und das Problem der Klammerwirkung”, en *JR*, Jahrgang 1979, Heft 3, p. 96. En general: BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 813; BLEI, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 320; BRODAG, *Strafrecht*, ob. cit., p. 162; ESER, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 25; GEPPERT, “Grundzüge...”, ob. cit., p. 370; HAFT, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 284; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., pp. 720-721 (*Tratado*, p. 777); KIENAPFEL, *Strafrecht*, ob. cit., p. 588; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, ob. cit., p. 369; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, ob. cit., (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1844 y ss.; KÜHL, *Strafrecht*, ob. cit., pp. 706-707; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, ob. cit., p. 571; MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 311-312; MITSCH, “Konkurrenzen...”, ob. cit., p. 389; ROXIN, *Strafrecht*, II, ob. cit., pp. 827-830; SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, ob. cit., Vor §52 pp. 36.4-36.5; CHRISTIAN SCHÖNEBORN, “Zum Problem der materiellrechtlichen und prozessualen Tateinheit durch «Verklammerung»”, en *NJW*, 1974, p. 734; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 451; WELZEL, *Das Deutsche...*, ob. cit., p. 232 (*Derecho*, p. 274); WESSELS, *Derecho...ob. cit.*, pp. 234 y 235; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 297; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, ob. cit., pp. 689 y 690; MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., p. 648, que lo entiende como uno de los eventos previstos en el CPE, Art. 77.2; GARCÍA CAVERO, *Derecho...*, ob. cit., pp. 853 y 854.

²⁷¹ Cfr. KÖHLER, *Strafrecht*, ob. cit., p. 689; OTTO, *Grundkurs...*, ob. cit., p. 320; SOWADA, “Probleme...”, ob. cit., p. 253; WARDA, “Grundfragen...”, ob. cit., p. 88.

Esta figura ha sido aceptada por la doctrina alemana, aunque de forma muy limitada, porque el BGH sólo permite la configuración de este concurso ideal en aquellas hipótesis en las cuales la tipicidad subordinada, que sirve de conexión sustantiva, cuenta con un contenido de injusto equivalente a los demás hechos principales colaterales valorados (annähernde Wertgleichheit), cada uno en concurso ideal con ella [BGHSt 1, 67, 70; BGH-MDR 1973, 556]. Según se afirma, sólo en tales hipótesis no resulta un contrasentido político-criminal sustraer las diversas conductas típicas de aquella pena que les corresponde asumir como fruto de la construcción de un concurso real de tipos [§ 53], en el caso en concreto. De este modo, no es correcto admitir un concurso ideal [§ 52] cuando un sujeto secuestra a una mujer en su auto particular, luego conduce sin licencia —infracción al tráfico y hurto— y, con posterioridad, la accede carnalmente²⁷². Así mismo, la doctrina cuestiona la figura cuando el delito medio es imprudente y los delitos extremos lo son dolosos, por ejemplo: el viajero realiza un delito de tráfico, lesiona a un peatón y, al fugarse del lugar ejecuta otro delito de tráfico diferente²⁷³.

De todas maneras, algún sector de la doctrina señala que en estos casos no se puede hablar, de forma adecuada, de un concurso ideal total²⁷⁴, porque los delitos extremos (A y B) conectados por “abrazadera” no tienen ninguna relación entre sí, aparte de la que cada uno tiene de manera autónoma con el tercer tipo (C) en concurso ideal; relación que, valga precisarlo, sí está precedida por una unidad de acción en sentido ontológico-normativo. En este orden de ideas, no parece lógico ni razonable sustentar un concurso ideal que privilegia desde el punto de vista punitivo al autor de diversos delitos con identidad ejecutiva parcial, mediante la regla del tercero incluido

²⁷² Cfr. WERLE, “Die Beteiligung...”, *ob. cit.*, p. 97. Críticos: ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 866-867, quienes no se explican ni ven razonable negar esta figura, cuando la tipicidad que sirve de conexión sea más leve y configurarla cuando sea más grave; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 415.

²⁷³ Sobre el tema, SEIER, “Die Handlungseinheit...”, *ob. cit.*, p. 133.

²⁷⁴ Sobre el particular, JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1106 y ss.; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 425; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1024 y 1025, cit. núm. 5; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 305, cit. 5; CÓRDOBA RODA et. al., *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 359 y 360.

o de transitividad²⁷⁵, para configurar una situación concursal causativa o contextual y no finalística o sustancial (porque el elemento subjetivo se degrada a una simple homogeneidad motivacional).

Más bien, estas hipótesis se deberían tratar como un concurso de concursos —siempre que este se regule en la ley y no se infrinja el principio de *ne bis in idem*—. En estos casos, la doctrina²⁷⁶ ha propuesto diversas alternativas, entre ellas: (i) la concurrencia de varios concursos ideales desglosados (*Zergliederungstheorie*), que termina por desmembrar en varias acciones la unidad típica de acción, con violación al principio de *ne bis in idem*; (ii) el abrazamiento parcial de un concurso ideal entre el primer delito y los demás concurrentes, a su vez en concurso real con los delitos restantes (*Teilklammerungslösung*), que no cobija por completo el alcance del concurso ideal respecto de los demás delitos en concurso real, aunque no supone infringir el *ne bis in idem*; y (iii), la configuración de un único concurso medial, que en realidad es una variante de la anterior. En fin, se debe reconocer que —en estas hipótesis— la aplicación de una penalidad adecuada resulta muy problemática, pues bien se aplique la pena del concurso ideal o se imponga la pena del concurso real, cualquier solución apareja una contradicción inherente, tal y como sucede en el ámbito del concurso medial.

C. EL CONCURSO MATERIAL O REAL (Realkonkurrenz). Existe concurso real, es decir, pluralidad de tipicidades pura y simple, cuando el agente realiza varias conductas independientes desde una perspectiva estructural y autónomas (no coincidentes en forma total o parcial con ocasión del proceso ejecutivo), que se adecúan a varios tipos penales excluyentes entre sí, que

²⁷⁵ Como lo advierte GARCÍA ALBERO, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 426: “[l]a teoría del «efecto abrazadera» desconoce, de este modo, que una relación transitiva sólo resulta viable [desde el punto de vista lógico] cuando se pregona la absoluta identidad de los distintos elementos” [...] La teoría infringe, además, un elemental principio jurídico, «la consecuencia jurídica de un hecho punible ha de ser una pena, y no una disminución de ésta”.

²⁷⁶ Sobre las distintas posibilidades de solución *cfr. ibídem* p. 426; el autor considera que la teoría del abrazamiento parcial constituye la menos mala de las teorías expuestas, porque a pesar de que desconoce la operatividad del concurso ideal, al menos, no comporta una ventaja punitiva injustificada para el autor.

pueden llegar a ser delitos dada su desvaloración jurídica individual, siempre que el autor haya creado los presupuestos necesarios para ser (o haber sido) acumuladas y juzgadas en un mismo proceso judicial²⁷⁷. Por ello, la descripción de NUVOLONE es precisa al afirmar: “es evidente que la categoría del concurso material —así como es concebida en la doctrina— es atípica, genérica, variable y ligada a eventualidades procesales del todo accidentales”²⁷⁸.

Lo que caracteriza esta figura, a diferencia del concurso ideal, es la ausencia de unidad de acción sustancial, es decir, la existencia de una multiplicidad de conductas independientes o “separadas” sin vínculo alguno entre sí en momentos diferenciables [CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383]. A su turno, el concurso real se distingue del delito continuado, en primer lugar, porque desde el punto de vista objetivo no subsiste ningún vínculo sustantivo (afectación progresiva del bien jurídico) entre las diversas conductas o entre los diferentes injustos realizados, salvo la unidad de autor. Y, en segundo lugar, porque el concurso real, en virtud de su estructura delictiva múltiple, carece del especial elemento subjetivo unificador que

²⁷⁷ Sobre el tema, BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 815; HAFT, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 284-285; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 726; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 372; KÖHLER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 686; KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN, *NK*, *ob. cit.*, (I. PUPPE: Vor §§ 52), pp. 1852 y ss.; KÜHL, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 710; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 453, exige que no se presente un hecho posterior impune; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 580; ROXIN, *Strafrecht...*, II, *ob. cit.*, p. 833; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, pp. 842 y ss.; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 298 y ss.; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 416, sostienen que “la esencia del concurso real radica en la realización de dos o más hechos punibles autónomos que se acumulan en la persona del autor”; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 769; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 694; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 581; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 652; QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 752; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...* (1976), *ob. cit.*, p. 720; ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 454; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 552; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 702; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 817; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1004; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 500; SAMPEDRO ARRUBLA et. al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 304, afirma que “su consagración legal sólo se justifica en razón de la regulación de la punibilidad o para efectos procesales”; en el mismo sentido, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 330 y 341. Regulan dicha figura: CP ARGENTINA, Arts. 55 y ss.; CP BRASIL, Art. 69; CP CHILE, Art. 74; CP COLOMBIA, Art. 31; CP COSTA RICA, Arts. 22 y 76; CP CUBA, Art. 56.1; CP ECUADOR, Art. 81; CP EL SALVADOR, Arts. 41 y 71; CP MÉXICO, Arts. 28 y 29; CP GUATEMALA, Art. 69; CP HONDURAS, Art. 35; CP NICARAGUA, Art. 82; el derogado CP PANAMÁ, Art. 64; CP PUERTO RICO, Art. 79; CP URUGUAY, Art. 54 y CP VENEZUELA, Arts. 86 a 96.

²⁷⁸ NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 382 (t1).

caracteriza y estructura el delito continuado y que, como se dijo, justifica su menor punibilidad²⁷⁹. El delito continuado es, entonces, un evento de delito unitario.

Ahora bien, si la pluralidad de conductas independientes realizadas por el agente encaja en varios tipos penales semejantes, el concurso material será homogéneo, por ejemplo: el agente realiza distintas conductas de homicidio en diferentes tiempos y lugares [CP, Art. 103; CPE, Art. 138]; por el contrario, si los supuestos de hecho infringidos son diferentes, el concurso será heterogéneo, como cuando el agente realiza un homicidio, un delito de pesca ilegal y una extorsión [CP, Art. 103, 335 y 244; CPE, Art. 138, 334].

1. Requisitos del concurso real. Para que se configure este instituto se deben reunir las siguientes exigencias fundamentales:

a) Pluralidad de acciones independientes. En este sentido, el concurso real implica la realización de una pluralidad de acciones u omisiones únicas o unidades independientes entre sí, que obedezcan desde el punto de vista subjetivo a planes delictivos autónomos; por ello, se pueden concursar acciones con acciones, omisiones con omisiones y acciones con omisiones; sean dolosas, preterintencionales o culposas. En cualquier caso, no se puede perder de vista que el concurso real exige una pluralidad de acciones independientes, mientras que el delito continuado requiere una diversidad de acciones u omisiones naturales dependientes que se puedan reconducir a una unidad ontológico-normativa de acción (unidad de acción en sentido amplio).

b) Multiplicidad de infracciones penales. En este caso, cada una de las acciones independientes debe adecuarse a un tipo penal diferente y lesionar o poner en peligro diferentes bienes jurídicos; o, también, adecuarse al mismo tipo penal y ofender varias veces el mismo bien jurídico tutelado, de manera repetida y autónoma, sin que se pueda predicar una lesión progresiva y final. De igual forma, en el concurso real pueden concurrir conductas típicas consumadas y tentadas. En definitiva, supone la existencia

²⁷⁹ Así, ZAGREBELSKY, *Reato continuato, ob. cit.*, p. 41.

de una pluralidad de injustos penales independientes, es decir, irreductibles entre sí.

c) Unidad de imputado (sujeto activo). En el concurso real propio, a diferencia del concurso ideal o de la aplicación posterior de las reglas concursales, lo importante es que el sujeto sea el mismo imputado durante el proceso judicial para todos los delitos, sin que sea necesario que actúe con el mismo título de imputación en todos ellos, por ejemplo: a título de autor, pues es posible que concurren conductas en las cuales sólo actúa como partícipe, cooperador necesario o cómplice; algo que no resulta viable en el delito continuado, que requiere uniformidad del título de imputación en relación con todos los actos seriados. Por lo demás, es necesario tener cuidado en este ámbito para no confundir el concurso real con la concurrencia de personas en la conducta punible; diferencia que no siempre resulta sencilla en la realidad, *verbi gratia*, como sucede en los casos de delincuencia organizada²⁸⁰.

d) Unidad o pluralidad de sujeto pasivo. En el concurso real una o varias personas pueden resultar afectadas como sujetos pasivos —titulares del bien jurídico—, por las diversas conductas independientes realizadas por el sujeto activo. Por ejemplo: si Andrés viola a Camila, incendia la casa de Berta, destruye el carro de Jorge y hurta el ganado de Antonio, realiza acciones independientes y autónomas que podrán ser concursadas para su juzgamiento conjunto o para la posterior imposición de la penalidad concursal, siempre que se presenten los presupuestos legales para ello.

e) Posibilidad de que se configure una unidad de proceso judicial para todos los delitos. Por lo general, las legislaciones exigen como presupuesto adjetivo obligatorio que las diversas infracciones delictivas realizadas por el autor en concurso real, sean juzgadas en un mismo proceso judicial²⁸¹. Por

²⁸⁰ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 501; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1003: “[e]n los casos de delincuencia organizada no es sencillo delimitar las conductas desplegadas por los diversos agentes, pero ello no significa que el concurso punible predicable de uno de los integrantes deba imputarse también a todos, porque ello equivaldría a confundir dos planos distintos de análisis: el del concurso material y el del concurso de personas en el delito”.

²⁸¹ Exigencia que hacía el RStrG en los §§ 73-79. En la actualidad, el StGB alemán regula la unidad de juicio en el § 53 I, como situación de hecho eventual, cuando expresa:

supuesto, como no todas las codificaciones plantean la discusión teórica de la misma forma respecto a esta exigencia, resulta pertinente examinar de forma individual las perspectivas colombiana y española, así se arribe a una conclusión similar.

En Colombia, la doctrina tradicional manifiesta que el concurso real demanda la unidad de juzgamiento efectivo, al punto que si se profieren sentencias independientes por los diversos hechos en distintos procesos, resulta descartada la figura sustantiva²⁸². Desde luego, es dudoso que dicho presupuesto se cumpla de manera exclusiva con el juzgamiento unitario de los delitos, al insinuar que este requisito contingente constituya un elemento esencial del concurso real con independencia de su tratamiento procesal. Sobre todo, cuando se advierte que la L. 906/2004 en su Art. 460²⁸³, permite que las normas regulatorias de la dosificación de la pena, en los casos de concurso de conductas punibles [CP, Art. 31] —y con ello también hace referencia al concurso ideal—, tengan aplicación cuando los delitos conexos se hubieren fallado de manera independiente o cuando se hubiesen proferido varias sentencias en diferentes procesos. De esta forma, se hace posible una

“si alguien ha cometido varios hechos punibles que son enjuiciados al mismo tiempo, y recibe por ello varias penas privativas de la libertad o varias penas de multa, se impondrá una pena global” (t/1). Cfr. BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 816; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, ob. cit., p. 373; JAKOBS, *Derecho...*, ob. cit., p. 1108, sobre el procedimiento *ibidem*, pp. 916 y 1110; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., p. 726 (*Tratado*, pp. 782-783); ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, ob. cit., p. 815, para quienes se trata de un supuesto en el que “[...] en el mismo acto jurisdiccional deban juzgarse varias conductas típicas del mismo o de distintos tipos [...]”.

²⁸² Así, GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, ob. cit., p. 241; GÓMEZ PRADA, *Derecho...*, ob. cit., p. 265; PÁEZ POLO, *Derecho...*, ob. cit., p. 209; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 1004; *id.*, *Manual...*, ob. cit., p. 501. En contra: PÉREZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 410, quien advierte que el juzgamiento en un mismo proceso no es elemento o condición del concurso, ni tampoco resulta una actividad previa ni indispensable sino, tan solo, posterior y accesoria. Desde luego, autores como JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Parte General, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1976, p. 720, extreman la importancia de este requisito y advierten que sin la posibilidad de enjuiciamiento conjunto de las infracciones penales, no puede plantarse el problema del concurso sino el de la reincidencia.

²⁸³ L. 906/2004, Art. 460: “Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en distintos procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer. / No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proveimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo en que la persona estuviere privada de la libertad”.

corrección de las penas impuestas para que las sanciones penales no se acumulen de forma aritmética, en contravía no sólo de los fines de la pena sino, también, del sistema de punibilidad dispuesto por el Art. 31 del CP. Al efecto, recuérdese que el CP, Art. 4.º, señala que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión [CSJ PENAL, sent. 11.03.2009, e31400, S. ESPINOSA]²⁸⁴.

Desde luego, que el concurso material se regula en el ámbito procesal con efectos penológicos posteriores no significa, ni mucho menos, que se prevea una regla penológica de ejecución o que el concurso pierda su naturaleza material. Por ello, es la naturaleza de los hechos la que permite, junto con los fines de la pena, legitimar la aplicación correctiva de los límites jurídicos previstos en el Art. 31 *ibídem* por fuera de la unidad de proceso. Es más, al considerar que las mismas reglas punitivas tienen aplicación en los eventos de juzgamiento unitario y en los supuestos de acumulación posterior, parece razonable reclamar que los delitos se fallen en forma conjunta.

En consecuencia, resulta suficiente que los hechos punibles se cometan con anterioridad al momento procesal efectivo en el cual se comienza a sentenciar de forma independiente, porque es de suyo evidente que los actos realizados con posterioridad a la primera sentencia en cualquiera de los procesos referidos a los delitos en concurso o en conexidad sustancial, no pueden haber sido juzgados en conjunto con los demás delitos sentenciados; por ello, el CPP, Art. 460 inc. 2.º, señala que no podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proveimiento de sentencia de

²⁸⁴ Al respecto, la jurisprudencia española señala: STS de 04.02.2009 (RJ. 273-2009): “[T]ales previsiones se orientan a reconocer la necesidad de evitar con carácter general que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su marginación, es decir, justamente lo contrario de lo que señala el artículo 25.2 de la Constitución como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad, (STS nº 1996/2002, de 25 de noviembre). Sin embargo, la resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución, no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como la retribución o especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial. /Por ello, la interpretación de los citados preceptos debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad y evitando que pudiera generarse una situación de impunidad respecto de posibles delitos futuros en aquellos casos en los que las penas impuestas en las primeras sentencias superasen los límites máximos establecidos en la Ley”.

primera o única instancia en cualquiera de los procesos [vid. en España: STS 216 del 28.04.2008 (RJ. 2008-1917)]. En síntesis: se podrán acumular aquellos delitos cometidos con anterioridad a la primera sentencia, aunque todos ellos estén sentenciados en debida forma; sólo los hechos punibles ejecutados luego de la primera sentencia no podrán ser acumulados. También, en ciertos casos²⁸⁵, procederá la acumulación cuando las penas hayan sido debidamente ejecutadas.

Desde luego, todo indica que la legislación colombiana vincula tal posibilidad de juzgamiento con la figura procesal de la conexidad [CPP, Art. 90], de tal manera que la normativa encargada de regular la pena imponible al concurso supone verificar, de forma previa, la existencia de un vínculo procesal entre los delitos —circunstancias exteriores o posteriores a la realización de las conductas punibles—, que justifiquen su penalización unitaria. Sin embargo, ello supone que el legislador colombiano, la doctrina y la jurisprudencia²⁸⁶ confunden los conceptos de conexidad procesal y de unidad efectiva de juzgamiento con los de conexidad sustancial —

²⁸⁵ Dicha expresión jurídica fue declarada exequible (condicionada) por la CCONST., sent. C-1086/2008, J. CÓRDOBA, pues esta expresión “no puede conducir a la exclusión absoluta de la posibilidad de acumulación jurídica de penas en eventos de conexidad, cuando una de las condenas ya se encuentre ejecutada, por cuanto se trata de hechos que debieron ser objeto de una sola sentencia. Así se hubiese producido una ruptura de la unidad procesal por razones autorizadas por el legislador (art. 53 C.P.P.) o una investigación y juzgamiento separados, la persona condenada conserva el derecho a la acumulación para efectos de la dosificación, en la fase de la ejecución de las condenas proferidas en distintos procesos. En este sentido, el único ámbito admisible para la aplicación del precepto que excluye la posibilidad de acumulación jurídica respecto de “penas ya ejecutadas” es el de las condenas proferidas en procesos independientes, en relación con hechos que no están ligados por un vínculo de conexidad (art. 51 C.P.P.)”.

²⁸⁶ El Art. 27 del CP/1980, condicionó la aplicación de las reglas concursales a que “[...] los hechos punibles se juzguen en un mismo proceso [...]”. En la doctrina anterior y posterior a dicha norma, *cfr.* GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 242 y ss., quien insinúa que “[...] el concurso formal o ideal, el delito continuado y el concurso material de delitos, son formas de conexidad objetiva. La conexidad exige, por razones prácticas, unidad procesal [...] Por ello siempre que haya conexidad debe hacerse un solo proceso y dictarse una sola sentencia. Tal es el espíritu de nuestra legislación”; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 167; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 424; MENDOZA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 126; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 247 y ss.; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 280 y ss. En cuanto a la jurisprudencia: *cfr.* CSJ PENAL, sent. del 20.08.1986, J. CARREÑO, en *GJ*, t. CLXXXV, núm. 2424, p. 164; sent. del 25.06.1996 J. CÓRDOBA, en *Compilación...*, *ob. cit.*; sent. del 05.08.1999, e12860, M. MANTILLA.

teleológica, consecuencial y ocasional²⁸⁷— y el concurso sustantivo; algo que no tiene por qué ser coincidente.

Además, la pena aplicable al concurso real depende de razones sustantivas, político-criminales y penológicas y no de forma exclusiva de factores de conexidad que, por lo demás, sólo alcanzan para exceptuar por economía procesal la regla adjetiva de la unidad de proceso —para cada delito una actuación diferente—. Por ello, las normas del concurso se aplican de forma posterior a hechos que no se juzgan de forma simultánea, no porque exista unidad de denuncia o comunidad de prueba sino porque se satisfacen los presupuestos sustantivos y adjetivos indicados. Lo anterior es todavía más evidente en los supuestos de concurso ideal en el derecho colombiano, en los cuales resulta desmedido no aplicar el sistema de asperación limitada cuando los delitos se hubiesen fallado, de forma independiente, con violación del principio de *ne bis in idem* que en algunos casos se considera como una causal de nulidad de la sentencia de primera sentencia.

En síntesis, que el sistema penológico imperante para el concurso de tipos se aplique de forma posterior, obedece a consideraciones referidas a los fines de la pena [CP, Art. 3.º]; ello es, impedir que en los casos de concurso y de delitos conexos se aplique el sistema puro de acumulación material de penas para ignorar, en consecuencia, el sistema punitivo ordinario o el modelo legal previsto por el Art. 31 CP.

Ahora bien. Una situación similar se puede advertir en la legislación penal española, pues la doctrina mayoritaria reconoce que la esencia del concurso real de delitos no se supedita a presupuestos procesales, como el juzgamiento unitario efectivo por razones de conexidad. De este modo, para satisfacer esta exigencia, se afirma que basta con la simple posibilidad abstracta de juzgamiento de los delitos²⁸⁸; es decir, que el agente haya

²⁸⁷ Sobre estos conceptos, referidos al homicidio, *vid.* CSJ PENAL, sent. del 26.03.1993, J. TORRES, en *GJ*, t. CCXXIV, p. 398.

²⁸⁸ *Vid.* ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 508; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 768, quienes indican que dicha exigencia abstracta constituye la diferencia entre el concurso real y la figura de la reincidencia; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 697; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 58; VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, pp. 31-42. En contra: SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 211.

creado los presupuestos necesarios para que los diversos atentados punibles —en concurso real— puedan ser enjuiciados y sentenciados en el mismo proceso judicial como una situación compleja. Lo cual significa que todos los delitos realizados por el sujeto deben ser anteriores al momento en que se sentencie cualquiera de ellos²⁸⁹, del modo ya explicado.

Ello permite al juez aplicar, de acuerdo con el CPE, Art. 76.2 mod. LO 7 del 30.06.2003, los límites del concurso real [CPE, Art. 76.1] a los demás delitos en concurrencia objetiva que todavía no se hayan sentenciado o hayan sido fallados de forma independiente en distintos procesos²⁹⁰. Por ello, no tiene sentido material exigir un juzgamiento efectivo e independiente en el concurso real de delitos, cuando la legislación procesal permite aplicar sus disposiciones en materia punitiva en un momento posterior o adicional para morigerar, así, la acumulación material de penas en cumplimiento del mandato constitucional de resocialización, reinserción social y reeducación [STS del 25.04.2000 (RJ. 2000-5192)].

Ahora bien, del texto del Art. 76.2 se desprende la exigencia de que los delitos cuenten con una relación de conexidad procesal (subjctiva, objetiva o mixta), pues sólo será posible aplicar dichas limitaciones al sistema de acumulación material de penas, cuando se cumplan los supuestos previstos en los Arts. 17, 300 y 988 de la LECr. Por ello, con base en dicho marco la doctrina y la jurisprudencia proponen —de manera razonable— negar toda sujeción del concurso real posterior a la conexidad procesal, no sólo porque ello implica confundir el concurso de delitos con la conexidad procesal²⁹¹

²⁸⁹ Sobre el particular, CHOCLÁN MONTALVO, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 71.

²⁹⁰ El Art. 76.2 dice así: “2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.

²⁹¹ Así, CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 420; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1030; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, vol. 3, p. 310: “la restricción a los delitos conexos es, sin embargo, censurable, pues hace depender la aplicación de las reglas del concurso real, que están en función de los fines de la pena, de un concepto de Derecho procesal”; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 71; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 249, califica dicha limitación como un criterio jurídico-procesal que altera, sin razón, el sistema de acumulación jurídica de las penas seguido por el Código Penal; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 652; VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 417. Mitigan las exigencias de conexidad: SSTS del 27.05.1988 (RJ. 1988-3841), 11.04.1991 (RJ. 1991-25999), 29.09.1992; 30.05.1992; 04.11.1994 y 27.01.1995; 14.10.1999 (RJ. 1999-8125); 23.03.2000 (RJ. 2000-4148) y 30.04.2001 (RJ. 2001-10299).

sino, también, porque no existe ninguna razón de peso y con fundamento en el Derecho penal material, para inaplicar los límites concursales a los eventos de acumulación de penas impuestas por delitos inconexos.

Así lo expone ampliamente el TRIBUNAL SUPREMO, en la STS 605 del 06.10.2008 (RJ. 2008-5377): "Por su parte el *artículo 988 de la LECrim.*, regula el trámite que debe de seguir el juzgador al que corresponda refundir las condenas: "Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo prevenido en el *art. 17 de esta Ley* ". Es doctrina reiterada de esta Sala que para proceder a la acumulación de condenas se requiere que los delitos sancionados hayan podido ser enjuiciados en un solo proceso, y procederá siempre que la acumulación no se convierta en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior. En consecuencia, solamente se deben excluir cuando los hechos de la sentencia posterior hubieran ocurrido con posterioridad al juicio oral, no ya a la firmeza de las sentencias anteriores (véase nuestro Acuerdo Plenario de fecha 29 de noviembre de 2005), y cuando las penas ya fueron objeto de acumulación, pues en este caso no puede volver a acumularse en refundiciones sucesivas. Lo relevante, por tanto, más que la analogía o relación de los delitos entre sí, es la conexión temporal, es decir, que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo a la fecha de su comisión. [...] hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (SSTS 15.4.1994 y 27.4.1994), decantándose por un sentido hermenéutico de la llamada "acumulación de condenas", que responda a las reglas del concurso real, y es por ello, por lo que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido), objeto de enjuiciamiento conjunto (en su solo proceso), abriendo la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones. Únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y

rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente de impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la ley, y así, el *art. 76.2 del vigente Código penal, tras la modificación operada por LO 7/2003*, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico. Hemos acordado recientemente (Pleno no Jurisdiccional, de 29 de noviembre de 2005) que la fecha a tener en cuenta para cerrar ese ciclo cronológico no es la fecha de la sentencia firme, sino la fecha de la sentencia condenatoria definitiva, y hemos mantenido también que, por no poderse juzgar en un mismo proceso, no es posible materialmente la acumulación de ciertos delitos (como el quebrantamiento de condena, respecto a la sentencia en ejecución), o los delitos cometidos en el seno de la propia institución penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa”²⁹².

²⁹² En un mismo sentido *vid.* STS de 04.02.2009 (RJ. 273-2009): “[p]or ello, como hemos dicho en la STS. 91/2008 de 18.2, es cierto que la doctrina de esta Sala (SS. 1249/97 de 17.10; 11/98 de 16.11; 109/98 de 3.2; 216/98 de 20.2; 328/98 de 10.3; 1159/2000 de 30.6; 649/2004 de 12.5, entre otras) ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen los *arts. 988 LECrim. y 76 CP.* para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad "temporal", es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (SSTS. 548/2000 de 30.3, 722/2000 de 25/4, 1265/2000 de 6.7, 860/2004 de 30.6, 931/2005 de 14.7, 1005/2005 de 21.7, 1010/2005 de 12.9, 1167/2005 de 19.10) a cuya doctrina se ha ajustado la LO. 7/2003 de 30.6, al ampliar la posibilidad al momento de su comisión en el *apartado 2 art. 76 CP.* [...] Como señalan, entre otras, las sentencias números 328/98, de 10 de marzo, 1586/98, de 21 de diciembre y 754/2000, de 8 de mayo , lo que pretendía el *art. 70.2 "in fine"* (y hoy reitera el *art. 76.2 del Código Penal de 1995*) es que a todos los supuestos de concurso real de delitos se les dé el mismo tratamiento, con independencia de que los hechos se hayan enjuiciado o no en un mismo proceso, siempre que el enjuiciamiento conjunto hubiese sido posible, pero no constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante la misma tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión, esto es para aquellos delitos que sin ser susceptibles de acumulación, rebasarán el límite del *art. 76* , lo que sería injusto y atentaría a los

Con razón, pues, ESCUCHURI AISA sostiene que en virtud de esta exigencia legal formal “[s]e confunde [...] un concepto penal (concurso de delitos) con un concepto procesal (delitos conexos), sin que se pueda encontrar motivo alguno para restringir las reglas del concurso a los delitos conexos (primero porque el Código no alude a la analogía o relación de los delitos entre sí para poder apreciar concurso *real*; segundo porque político-criminalmente no se entiende por qué se han de establecer límites al cumplimiento para los delitos conexos y no cuando no se trate de delitos no relacionados entre sí, y tercero, por los resultados arbitrarios que pueden producirse según si el hecho es descubierto cuando se comete o es

principios que rigen el proceso penal (STS. 798/2000 de 9.5), insistiéndose en que tales límites no pueden operar como garantía de impunidad para el futuro, cuando se hayan agotado los límites máximos establecidos por la Ley para las penas privativas de libertad (STS. 135/99 de 8.2). [...] Por lo tanto lo relevante, según la STS. 317/2007 de 4.4 , más que la analogía o relación de los delitos entre sí, es la conexión temporal, es decir, que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión, tal como se recoge expresamente en el *artículo 76 del Código Penal, tras la reforma operada en el mismo por la LO. 7/2003*. En definitiva, los límites máximos de cumplimiento señaladas en el *art. 76 CP.*, son aplicables cuando, los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, pero no suponen que los delitos cometidos con posterioridad a la fecha de la última sentencia condenatoria o al establecimiento de tales límites máximos hayan de resultar impunes por la imposibilidad de cumplimiento de las penas que, en su caso, se impusieran. (STS nº 729/2003, de 16 de mayo). Por último, es necesario señalar que en Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 29.11.2005, se acordó que no es necesario atender a la firmeza de la sentencia para establecer el límite de la acumulación”. También la STS 826 del 01.07.2009 (RJ. 4881-2009): “[e]fectivamente la doctrina de esta Sala ha establecido que para que proceda la acumulación de condenas solo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión, la cual se apreciará siempre que los delitos mencionados hayan podido ser enjuiciados en un solo proceso atendido el momento de su comisión, de manera que no se transforme la acumulación en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior, por lo que solo se debe excluir la misma cuando los hechos de la sentencia posterior hayan ocurrido después de la fecha de las anteriores, fecha de la sentencia y no de su firmeza como ha acordado esta Sala en Junta General el 29/11/05 : “no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación”. Por ello lo relevante, más que la analogía o relación de los delitos entre sí, es la conexión temporal. También hemos acordado en el Pleno de esta Sala de fecha 27/03/98, que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia, deberá asimismo acordar lo que proceda respecto a las acumulaciones entre sí de las penas correspondientes a las restantes causas que, atendiendo a las fechas de las sentencias y de realización de los hechos, no se consideran acumulables a las que emanen de la causa propia del Tribunal que dictó la última sentencia. Igualmente, la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impiden un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles de acumulación (S.T.S. 1327/05 y las recogidas en la misma). Como resume expresivamente la S.T.S. 281/07, solo cabe acumular entre sí, aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria, o expone la S.T.S. 109/08 deben únicamente excluirse de la acumulación los hechos ya sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado o los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso”.

considerado conexo, en cuyo caso se aplicarán los límites, o no, ya que entonces podrá agravarse la pena por aplicación de la agravante de reincidencia²⁹³.

En síntesis, para predicar el concurso real sólo se exige que la pluralidad delictiva haya sido realizada por el mismo autor —presupuesto sustantivo—, y que los diversos delitos hubiesen podido ser juzgados “por el momento de su comisión” en el mismo proceso judicial —presupuesto adjetivo temporal— [SSTS del 24.07.2000 (RJ. 2000-6774); 16.10.2000 (RJ. 2000-8771); 02.11.2000 (RJ. 2000-8771) y 15.01.2002 (RJ. 2002-1067)].

2. El Concurso Material Posterior. Esta institución opera en algunos ordenamientos jurídicos cuando el legislador permite una nueva individualización de la pena para dar cabida a una sanción unitaria correctiva, en atención a las diversas infracciones realizadas por el autor²⁹⁴, si coexisten varias sentencias condenatorias independientes emitidas por la realización de diversas conductas punibles a las cuales no se les aplica de manera simultánea la normativa concursal correspondiente, o algunas de ellas está pendiente de condena [L. 906/2004, Art. 460; CPE, Art. 76.2 mod. LO 7 del 30.06.2003; § 55 StGB en concordancia § 460 StPO y CP italiano, Art. 80²⁹⁵]. Para ello, la doctrina diseña dos posibles metodologías: (i) la

²⁹³ ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 363.

²⁹⁴ *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1004; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 501 y 502.

²⁹⁵ En otros ordenamientos penales: COLOMBIA (L. 906 de 2004), Art. 460. — “Acumulación jurídica. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer. / No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutoriadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad”. FRANCIA (L. 2003-495 du 12/06/03/JO 13/06/03), Art. 132-4: “Cuando, con ocasión de procedimientos separados, la persona contra la que se dirige la acción penal haya sido declarada culpable de varias infracciones en concurso, las penas impuestas se ejecutarán acumulativamente hasta el límite del máximo legal más elevado. No obstante, podrá ordenarse la fusión total o parcial de las penas de la misma naturaleza o bien por el último órgano jurisdiccional llamado a resolver, o bien en las condiciones previstas por el código de enjuiciamiento criminal”. ARGENTINA, Art. 58: “Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado

dosificación de una nueva pena que se refunda con la pena anterior, o (ii) la imposición de una pena adicional, siempre que no se superen los límites dispuestos para garantizar la acumulación jurídica de penas.

Como es apenas natural, las legislaciones impiden que diversas penas sean acumuladas en provecho del procesado más allá del beneficio punitivo que le reporta ser juzgado de forma simultánea por los diversos hechos cometidos, antes del momento procesal de dictar sentencia condenatoria por alguno de ellos. Por tal motivo, esta institución no resulta aplicable si el sujeto es condenado por un hecho delictivo posterior luego de dosificar la pena de nuevo.

D. EL CONCURSO MEDIAL, INSTRUMENTAL O TELEOLÓGICO. Esta figura propia de la legislación española [CPE, Art. 73: “[I]o dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio

la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso”. PARAGUAY (L. 1160), Art. 71: “Determinación posterior de la pena unitaria. 1.º Cuando una pena establecida en sentencia firme todavía no haya sido cumplida, prescrita o indultada, y el condenado sea sentenciado posteriormente por otro hecho realizado antes de la sentencia anterior, será fijada una pena unitaria. [...] 4.º La pena unitaria principal posterior deberá ser mayor que la anterior. Cuando la sentencia anterior contenga una medida o una sanción complementaria, ésta mantendrá su vigencia salvo que, en base a la sentencia posterior, ya no proceda su aplicación”. PERÚ, Art. 51: “Descubrimiento de otro hecho punible. Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado de igual o de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la impuesta, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos al proceso, solicitarán copia certificada del fallo ejecutoriado y en mérito de la misma, el órgano jurisdiccional dictará el sobreseimiento definitivo de la causa y ordenará archivarla. Si el hecho punible, descubierto mereciere una pena superior a la aplicada, el condenado será sometido a un nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente”. *Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Único de la Ley 26832; publicada el 3.07.97.* VENEZUELA (GO. 5.494 Ext. del 20.10.2000), Art. 97: “Las reglas contenidas en los anteriores artículos se aplicarán al caso en que, después de una sentencia condenatoria, haya de ser juzgada la misma persona por otro hecho punible cometido antes de la condena o después de ésta, pero mientras esté cumpliéndola. Mas sí la pena se hubiere cumplido o se hubiere extinguido la condena antes que la nueva sea ejecutable, se castigará el nuevo hecho punible con la pena que le corresponda”.

necesario para cometer la otra”²⁹⁶], cuya naturaleza jurídica en la actualidad se explica como un “*tertium genus*” punitivo entre el concurso ideal y el concurso real de tipicidades, se presenta cuando varias conductas se ajustan por separado a varias infracciones típicas vinculadas por una relación subjetiva de medio a fin o teleológica²⁹⁷, cuya ejecución se asimila a una unidad de acción en sentido amplio por la identidad típica [en los casos de falsedad en documento (mercantil) para cometer estafa: SSTS 1538 del 27.12.2005 (RJ. 2006-1268), 03 del 17.01.2005 (RJ. 64-2005), 1556 del 30.12.2004 (RJ. 8542-2004), 232 del 27.02.2004 (RJ. 2004-1973), 1670 del 18.12.2002 (RJ. 2003-2226) y CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383. También, las hipótesis de allanamiento de morada y robo con violencia e intimidación en las personas: SSTS 1520 del 12.12.2005 (RJ 2006-2567), 858 del 26.05.1999 (RJ. 1999- 4673) y 479 del 31.03.2003 (RJ. 2003-4070). O, cuando se reclutan mujeres colombianas y se les traslada a España con el pretexto de trabajar en el servicio doméstico [CPE, Art. 188.2 *ibídem*] sin detención ilegal y, una vez allí, se les obliga a ejercer la prostitución en obediencia al plan original del autor [CPE, Art. 188.1; SSTS 297 13.04.2007 (RJ. 2007-2397) y 297 del 13.04.2007 (RJ. 2007-2397)].

Dicha relación subjetiva es lo que permite distinguir esta institución de los concursos real e ideal por abrazadera, porque en ellos las infracciones típicas carecen de un vínculo sustantivo diferente al haber sido realizadas por el mismo autor; además, es lo que la asimila en forma parcial al concurso ideal aunque éste supone la identidad total o parcial de la conducta que realiza de manera objetiva diversas tipicidades. Por lo demás, esta

²⁹⁶ También es regulada por los CP GUATEMALA (D. 17-73), Art. 70; CP HONDURAS (D. 144-83), Art. 36; CP NICARAGUA (L. 641), Art. 84; CP SALVADOR (D. 1030), Art. 40; CP PUERTO RICO (L. 149 del 18.06.2004), Art. 78; CP CHILE, Art. 75.

²⁹⁷ *Vid.* STS 123 del 03.02.2003 (RJ 2003-991), reitera: “[...] el fundamento de tal asimilación punitiva, de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción”. Por su parte, PAGLIARO, *I reati connessi, ob. cit.*, p. 52, al tratar el tema de “las hipótesis individuales de conexión sustancial”, dice que ella “[s]e caracteriza por la unidad del proceso finalístico en el que dos momentos sucesivos son asumidos como “fines” contrarios al derecho” (t/l). Para la CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383, el concurso medial es una “[...] modalidad de concurso real, con la particularidad que entre los delitos existe una estrecha relación, como es el caso de una falsedad que se ejecuta con el propósito de estafar”.

figura se distingue del delito continuado, porque se trata de un evento inequívoco de multiplicidad de tipicidades y no de una situación especial de realización del supuesto de hecho que comporta una progresiva afectación del bien jurídico que, al final, pueda ser apreciada como el injusto unitario de una infracción única.

Por supuesto, es posible concebir la existencia de un concurso medial en el cual el delito medio, que abarca desde el punto de vista teleológico los hechos punibles extremos, sea continuado en relación con varios delitos en concurso ideal, el último de los cuales sea un medio para la realización de un delito continuado y, en fin, dos delitos continuados en concurso medial [así, *vid.* SSTS del 22.01.2005 (RJ. 27-2005); del 17.01.2005 (RJ. 03-2005); del 30.12.2004 (RJ. 1556-2004) y 146 del 06.02.2004 (RJ 2004-2136), que consideran un concurso medial entre estafas y falsedades continuadas; STS 357 del 19.03.2004 (RJ. 2004-1848) que examina un uso ilegítimo de “denominación de origen” del Art. 275 en concurso ideal con el delito de falsedad de certificados del Art. 399 y ambos, al tiempo, en concurso medial con otro más de estafa consumada continuada; STS 1680 del 11.12.2003 (RJ 2003-9405) delito de fabricación de moneda falsa, otro continuado de falsedad en documento oficial y mercantil en concurso medial con otro de estafa; STS 1735 del 24.10.2002 (RJ. 2002-9608), que condena por un delito de falsedad mercantil y estafa; y SSTS 2328 del 04.12.2001 (RJ. 2002-1989), 219 del 12.02.1999 (RJ. 1999-855)].

1. Naturaleza. En realidad existen dos posturas sobre la razón de ser de este instituto. En primer lugar, un reducido sector doctrinal entiende, con fundamento en posturas italianas o alemanas, que constituye una manifestación “impropia” de la concurrencia ideal, porque en el momento en el que una de las conductas típicas es la causa próxima de la otra o resulta un medio necesario concreto para su realización, la unidad de designio o el plan criminal del autor que abarca los medios genera un proceso ejecutivo finalístico, una conexidad sustancial irrefutable que surge desde la realidad misma y que abarca dicha sucesión temporal de acciones como una unidad

compleja²⁹⁸. En realidad, el sujeto solo desarrolla una única exteriorización de su voluntad (aspecto teleológico), no empero dirigida a la producción de varios resultados ligados entre sí de forma causativa.

En otras palabras: para esta concepción el concurso medial es una forma de conexión sustancial final, una unidad objetivo-subjetiva en cuya virtud las conductas típicas se encuentran entre ellas en un determinado orden de precedencia ideológico y de sucesión temporal²⁹⁹, con lo cual, no resulta razonable configurar un concurso real por razones de justicia material, sino un concurso ideal con base en el principio de *ne bis in idem*. Desde luego, es fundamental que la ley no prevea de forma expresa ambos delitos como un evento de concurso material.

Esta postura es criticada porque, para predicar la unidad de acción en sentido amplio, no basta la existencia de una conexión subjetiva (elemento ontológico)³⁰⁰; por el contrario, es fundamental la presencia de un factor normativo que, a partir de la interpretación situacional de acción u omisión que denota el correspondiente tipo penal, permita concluir que los diversos actos parciales realizados por el autor comportan la existencia de un proceso ejecutivo unitario, y, en estos supuestos, la interpretación de los tipos no supone ni permite tal cosa. Desde luego, tampoco falta la razón a esta teoría por lo que se refiere a la necesidad de una menor penalidad en estas hipótesis, en comparación con aquellas de concurso real, pues es evidente que el desvalor personal de acción representado por la conexión final implica una menor carga punitiva al considerar el hecho, en su conjunto, en la individualización judicial de la pena.

En segundo lugar, la doctrina mayoritaria sostiene que no se trata en rigor de un caso de unidad de acción —o de hecho—, sino de un supuesto evidente de concurso real [SSTS 504 del 02.04.2003 (RJ. 2003-4204), 1837 del

²⁹⁸ Vid. FRANCESCO CARRARA, *Reminiscencias de Cátedra y Foro*, Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, Temis, 1988, p. 1988; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 862; STS del 24.09.1980 (RJ. 1980-3316). En Colombia: vid. GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, ob. cit., p. 239, que la basa como una modalidad de concurso ideal.

²⁹⁹ Así, PAGLIARO, *I reati conessi*, ob. cit., p. 56.

³⁰⁰ Vid. MEZGER, *Tratado...* (1933), ob. cit., p. 368: “[t]ampoco fundamenta la unidad el solo hecho de que un delito sirva para cometer otro [...] Los fines subjetivos del autor no poseen aquí fuerza bastante para crear la unidad”.

19.10.2001 (RJ. 2001-10176), 29.07.1998 (RJ. 1998-5855); 522 del 19.09.1996 (RJ. 1996-6925) y del 22.03.1993 (RJ. 1993-4250), entre otras; CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383]. Se trata —como se ha dicho— de “un rosario de infracciones”³⁰¹ que, en virtud de la estrecha relación teleológica de medio a fin entre las diversas conductas o por el sentido único que les confiere la dirección final de la voluntad, recibe un tratamiento punitivo más benigno con la aplicación de las reglas del concurso ideal de tipos. Según la doctrina dominante, se trataría de un concurso ideal impropio.

Vale la pena repetir que la conexión teleológica sólo tiene una aplicación práctica en función de la única penalidad atenuada, porque la diversidad de delitos y bienes jurídicos lesionados que implica la figura, no permite considerar, en ningún caso, una unidad real de acción —el elemento teleológico no basta para determinar la unificación de las infracciones—, ni una única tipicidad, aspectos que permiten distinguir esta figura del delito continuado. Por eso, dado que el concurso medial no supone ni permite configurar una unidad de conducta que mute la independencia de los diversos tipos penales infringidos, algún sector de la doctrina considera que el tratamiento punitivo dispensado por la ley española al asunto resulta forzado e injustificado desde el punto de vista político-criminal³⁰². De esta forma, esta modalidad intermedia entre un concurso real por naturaleza y un

³⁰¹ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et.al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 306; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 810; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 772; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 689; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 463: “[...] más que un problema teórico, de si hay o no unidad de acción, de lo que se trata es de una cuestión práctica de si se debe tratar con un procedimiento (el del concurso ideal) u otro (el del concurso real)”; CÓRDOBA RODA et. al., *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 360 y ss.; GARCÍA ALBERO, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 424; JOSHI JUBERT, *Unidad de hecho...*, *ob. cit.*, pp. 634-636; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 250; QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 755; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 223; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 862; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 16; GÓMEZ PRADA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 266; MENDOZA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 128, MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 208; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 248; PÁEZ POLO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 211; ROMERO SOTO, *Derecho...*, vol. II, *ob. cit.*, p. 404; VON LISZT, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 185. El TS asume dicha figura como modalidad intermedia en SSTS del 07.07.1992 (RJ. 1992-6142) y 02.03.1998 (1998-1757).

³⁰² En sentido crítico cfr. CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1026; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 306; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss., advierte que “[...] la independencia de los distintos hechos punibles no se ve afectada por la por la circunstancia de que el plan del autor prevea un delito como necesario para cometer otro”.

concurso ideal por sus consecuencias se torna, en principio, inapropiada. Es más, esta figura debería desaparecer del ámbito legislativo español, para permitir al juez determinar la penalidad correspondiente en la individualización de la pena con base en los elementos concretos que se presentan en la estructura del concurso de delitos y atenuar, si es del caso, la condigna sanción por la conexión sustancial.

A su turno, debe señalarse, el ordenamiento penal colombiano no prevé de forma expresa esta construcción, por manera que debe ser entendida como un concurso normal de delitos tal y como lo hace la doctrina mayoritaria³⁰³, al predicar la aplicación en estos casos de las reglas penológicas dispuestas por el Art. 31 CP, en concordancia con los factores de individualización previstos en el inc. 3.º del Art. 61 *ibídem*. Por ello, la solución correcta de estas hipótesis en el derecho colombiano pasa por determinar dos grupos de supuestos: en primer lugar, aquellos eventos en los que existe relación medial, más no se puede establecer —al menos— una relación de identidad parcial entre los tipos penales realizados; estos casos deben ser sancionados por ausencia de identidad, como hipótesis de concurso real de delitos, con la atenuación de la pena por el menor grado de injusto que implican. Y, en segundo lugar, se deben punir como verdaderos casos de concurso ideal aquellos supuestos en los cuales existe, además de la conexidad teleológica, la identidad parcial de la acción, como acontece en los eventos de homicidio agravado “para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad” y las conductas de verdad realizadas [CP, Arts. 103 y 104, num. 2]. Por supuesto, ello tiene lugar con ocasión de la prohibición de doble valoración que supone tal identidad³⁰⁴.

2. Requisitos del concurso medial. Las siguientes son las principales exigencias del concurso medial.

a) Multiplicidad de conductas e infracciones penales (presupuesto material). Para predicar la conexidad sustancial teleológica se requieren dos o más

³⁰³ Cfr. PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 192, quien clasifica los delitos conexos como un concurso real en los que hay diversos resultados producto de varios actos en conexidad teleológica.

³⁰⁴ Vid. CUERDA RIEZU, “El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990”, en *ADPCP*, vol. XLIV, fasc. III (sep.-dic.), 1991, p. 860.

conductas constitutivas, a su vez, de dos o más infracciones penales, siempre y cuando todas ellas sean una sucesión temporal ligada de forma causativa. He aquí la diferencia entre el concurso medial y el delito complejo, pues en el último caso no se está en presencia de dos tipos autónomos unificados por el elemento finalístico, sino de un solo supuesto de hecho modificado de manera circunstancial, en el que la unidad de fin es impuesta por el injusto unitario legal. En cualquier caso, varias acciones que dependen de otras no fundamentan todavía una pluralidad de acciones. Esta pluralidad, desde luego, tiene semejanza con el fenómeno de la continuación de delitos heterogéneos que plantea la ciencia penal italiana a partir de la reforma de 1974.

b) La unidad de fin o conexidad teleológica (aspecto subjetivo). El agente debe dirigir su voluntad —a modo de preordenación psíquica— a la realización ejecutiva de los diferentes comportamientos, de tal forma que estos queden comprendidos por su plan criminal; no obstante, se sostiene que el sujeto activo debe configurar su voluntad dolosa, al menos, antes de realizar el delito medio³⁰⁵. Así mismo, parte de la doctrina afirma que no es posible predicar la unidad de fin cuando el “delito final” sea imprudente³⁰⁶, lo cual no tiene razón de ser dado que en estas figuras punibles sí existe un fin concreto desvalorable por el Derecho penal, consistente en la voluntad de infringir el deber objetivo de cuidado medio debido que, en la imprudencia consciente puede, sin duda, concurrir con otro propósito de igual naturaleza para constituir la conexión teleológica³⁰⁷.

c) La necesidad medial concreta (elemento objetivo-normativo). Una de las características particulares de esta especial forma de “conurrencia” en sentido amplio es que, además de la conexión subjetiva o teleológica

³⁰⁵ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 864.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 864. Así, indica: “habría que rechazar la figura del concurso medial en quien entra en vivienda ajena con intención de robar y produce la muerte imprudente del morador en un forcejeo dirigido a impedir su resistencia o en (sic.) cuando se atropella imprudentemente a un peatón con un vehículo de motor del que el sujeto se ha apropiado ilegalmente”.

³⁰⁷ A favor de la conexidad teleológica culpable PAGLIARO, *I reati connessi*, ob. cit., p. 59: “[...] también en los delitos culposos el objetivo perseguido puede ser considerado como un momento, contrario a Derecho penal, de un proceso finalístico. De la inmersión de varios de tales “fines” en el mismo proceso finalístico podría ser configurada una forma de conexión teleológica” (t/1).

derivada del plan del autor, es imprescindible que del análisis normativo de la situación fáctica entre dos infracciones penales que no poseen vínculos típicos entre sí, se desprenda el carácter instrumental o real de una de ellas, para la realización ejecutiva idónea de la segunda infracción como delito fin. Por manera que, desde una respectiva “*ex ante*”, la segunda infracción no se hubiese podido realizar de manera exitosa —desde el punto de vista objetivo y funcional— de no haberse realizado la primera, tal y como se llevó a cabo en el caso concreto [SSTS 814 del 22.07.2009 (RJ. 4853-2009), 587 del 25.09.2008 (RJ. 2008-5642), STS 892 del 11.12.2008 (RJ. 2008-7080), 1290 del 17.11.2005 (RJ 2006-1299) y 504 del 02.04.2003 (RJ. 2003-4204)]³⁰⁸. Ello, desde luego, debe verificarse a modo de juicio hipotético negativo, sin olvidar la forma en que ocurrieron los hechos en la realidad y el fin último perseguido por el autor.

Desde este punto de vista, no basta la mera oportunidad, voluntad teleológica o facilidad de realización de las infracciones, o la simple necesidad medial abstracta, ni tampoco la simple inclusión de los distintos hechos en el plan criminal del autor, porque el sujeto crea que dicha necesidad se presenta en la realización del delito [STS del 09.02.1990 (RJ. 1990-1361)]. Por el contrario, resulta fundamental que la necesidad del delito medio sea demostrable en forma empírica, para justificar el beneficio atenuante previsto en el Art. 77 del CPE, que excluye las reglas del concurso real de delitos [STS 1290 del 17.11.2005 (RJ. 2006-1299)].

Así mismo, tal y como lo advierte la jurisprudencia, dicha necesidad medial concreta puede advertirse casi de manera automática en aquellos casos en cuales los tipos penales cuentan con cierta identidad parcial de conducta o con una conexión típica sin que se produzca una absorción, expresada en

³⁰⁸ Vid. SSTS 1705 del 15.10.2002 (RJ. 2002-8896), 1632 del 09.10.2002 (RJ. 2002-9161), 1837 del 19.10.2001 (RJ. 2001-10176), 1107 del 23.06.2000 (RJ. 2000-4751), 522 del 19.09.1996 (RJ. 1996-6925), del 09.02.1990 (RJ. 1990-1361), del 20.11.1984 (RJ. 1984-5422). En la doctrina *vid.* GARCÍA ALBERO, en AA.VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 425: “[...] el juicio objetivo acerca de la necesidad, en esa concreta situación fáctica, de la infracción medial, debe efectuarse *ex ante*, valorando, sobre la base del plan del autor, la viabilidad —y su mayor o menor dificultad de realización— de otras alternativas que no pasen por la realización del delito medio”. También, MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 648-649; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 463; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 224.

uno o varios elementos comunes de naturaleza lógica, temporal o espacial. En estos eventos, el juzgador debe verificar si se presentan las circunstancias y vínculos necesarios para aplicar el concurso medial de tipicidades [SSTS 474 del 13.04.2004 (RJ. 2004-3260) y 123 del 03.02.2003 (RJ. 2003-991)]³⁰⁹.

También, algún sector de la doctrina demanda, en primer lugar, la existencia de una cierta lógica conexión temporal entre las infracciones de medio a fin [SSTS del 22.11.2000 (RJ. 2000-8945), 15.11.1999 (RJ. 1999-8938) y del 22.05.1993 (RJ. 1993-4248)]; en segundo lugar, una relación de idoneidad entre los medios punibles empleados para realizar el fin propuesto por el autor; en tercer lugar, se exige que la conducta del autor no vulnere bienes jurídicos “eminentemente personales” e incluso, en cuarto lugar, que la relación medial se circunscriba a aquellas hipótesis en las cuales los actos realizados por el sujeto se subsuman en un tipo delictivo que sirva a la realización de los elementos de otra figura, siempre que estén animados por una voluntad única³¹⁰.

Para terminar, debe decirse, en el concurso medial resulta fundamental la homogeneidad del sujeto activo que desarrolla la finalidad unitaria perseguida mediante distintos hechos delictivos concurrentes; sin embargo, no se puede afirmar que ello excluye la coparticipación criminal —como lo sugieren algunos autores³¹¹— siempre que todos los partícipes actúen en la ejecución del plan criminal con dicho cometido.

³⁰⁹ En la doctrina, GARCÍA ALBERO, en AA.VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 423: “[l]a conexión medial es inherente a las hipótesis de coincidencia parcial entre actos ejecutivos típicos, reclamada como presupuesto del concurso ideal de delitos. Cuando los diversos resultados lesivos obedecen a una misma acción, es obvio que ninguno de ellos hubiera podido realizarse de no existir el otro”.

³¹⁰ *Vid.* ESUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 443. De igual manera, sobre el tema de las conexiones mediales encadenadas, *ibidem*, pp. 444 y ss.

³¹¹ *Vid.* PAGLIARO, *I reati conessi*, *ob. cit.*, p. 64, quien exige unidad de sujeto activo de forma estricta, por tratarse de una figura unificada en forma teleológica para la cual la finalidad es una característica personalísima.

IV. EL CONCURSO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El CPE/1995, mod. LO 15/2003, se caracteriza por efectuar distinciones legales ampliamente regladas y, por supuesto, el ámbito de los concursos no es la excepción. En efecto:

En primer lugar, los Arts. 73, 75, 76 y 78 del CPE regulan los eventos de concurso real. El Art. 73 indica lo siguiente: “al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”. Como es notorio, en realidad esta norma plantea una regla general de punibilidad en el caso de la pluralidad de infracciones, que resulta deficiente como definición del instituto del concurso real porque no incluye un elemento que es neural a la hora de caracterizarlo: la diversidad de conductas independientes³¹². Desde luego, que esta regla no prevé una noción de dicha construcción académica se advierte, con claridad, después de hacer una atenta lectura del texto del Art. 77 que plantea la figura del concurso ideal como una excepción material al sistema de acumulación de penas, como lo indica la norma al referirse a los Arts. 75 y 76.

Ahora bien, desde el punto de vista de la punibilidad no cabe duda en el sentido de que la legislación española asume un sistema mixto entre la acumulación material y la acumulación jurídica³¹³, mediante el cual se imponen al procesado en la sentencia condenatoria, para su cumplimiento simultáneo si ello es posible, todas las penas que correspondan a las diversas infracciones penales (por el efecto de declaración de culpabilidad de todos los delitos en la sentencia), siempre y cuando no se superen ciertos límites jurídicos [Arts. 76 y 78 *ibídem*]. Por manera que, si no es posible el cumplimiento simultáneo de las penas imponibles atendida su naturaleza (dos penas privativas de la libertad, dos penas de multa en su modalidad de días multa) o su contenido y efectos (dos penas privativas de derechos

³¹² Vid. VALLE MUÑIZ, en *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 408; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 75.

³¹³ Vid. CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1033 y 1034; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, pp. 314 y 315; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 692 y ss.; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 649; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 867.

incompatibles o una pena privativa de libertad y una privativa de derechos incompatible, como sucede entre la prisión y la privación de conducir vehículos automotores o ciclomotores, la prohibición para la tenencia y porte de armas o la privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares)³¹⁴, el Art. 75 *ibídem* dispone que éstas se deben imponer de acuerdo con su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo³¹⁵. Ello, según el orden de jerarquía previsto por el Art. 33 *ibídem*, es decir, se aplican en orden sistemático las penas graves y luego las menos graves y leves.

Este sistema, en principio de acumulación material, encuentra dos límites que pretenden garantizar la finalidad de prevención especial positiva prevista en la Constitución española, Art. 25.2, mediante la aplicación efectiva de una pena proporcional; tales límites son de carácter absoluto y relativo³¹⁶. En virtud del primero, esto es el absoluto, se impide que en abstracto la sanción sobrepase el tiempo máximo de veinte años de prisión previsto por el ordenamiento jurídico, según el Art. 76.1 *ibídem*, al declarar extintas aquellas penas que sobrepasen dicho monto³¹⁷; sin embargo, ese límite ordinario puede variar así:

A) Es de veinticinco años [CPE, Art. 76.1. A) cuando el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley —en la norma penal correspondiente— con una pena de prisión hasta de veinte años. B) Es de treinta años, cuando el sujeto es condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años. C) Es de cuarenta años, cuando el agente ha sido

³¹⁴ Crítica tales criterios LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 246, por resultar muy generales.

³¹⁵ El Art. 75 dice así: “[c]uando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo”.

³¹⁶ El Art. 76.1 dice así: “[n]o obstante lo dispuesto en el Artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo que no podrá exceder de 20 años [...]”.

³¹⁷ Así, CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 421, niegan con razón que la no aplicación de las sanciones excedentes se basa en la irrelevancia penal de las conductas punibles, pues la sentencia condenatoria ha declarado culpable al autor por todos los delitos. La razón está en que el exceso punitivo resulta contrario a los fines de la pena; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 248 y 249.

condenado por dos o más delitos y, al menos dos de ellos, estén castigados con penas de prisión superiores a 20 años. D) También, es de cuarenta años de prisión si el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos de terrorismo [Sección 2ª, capítulo V, título XXII del Libro II del CPE] y alguno de ellos es castigado por la ley con una pena de prisión superior a veinte años.

A su turno, el límite relativo, que en realidad constituye el mecanismo ordinario de tasación de la pena para el concurso real, implica que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no pueda exceder del triple del tiempo por el cual se le impone al condenado la sanción más grave correspondiente a las infracciones realizadas [CPE, Art. 76.1]; para mayor claridad: si Pedro realiza cuatro delitos diferentes, cada uno sancionado con: A 5 años, B 2 años, C 3 años, y D 2 años, la pena total correspondiente según el Art. 73 *ibídem* es de $(5+2+3+2=12)$ 12 años de prisión. Ahora bien, el límite máximo dispuesto por el Art. 76 *ibídem* parte de determinar, en primer lugar, la pena imponible a la infracción más grave que, para el caso, es de cinco (5) años de prisión por el delito A; luego, en segundo lugar, se establece el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable, que no puede exceder del triple del tiempo contemplado para la pena más grave $(5+5+5= 15)$, es decir, 15 años. En conclusión: la sanción atribuible no puede superar los 12 años de pena privativa de la libertad³¹⁸.

Por supuesto, la doctrina no ha sido pacífica al interpretar los límites jurídicos mencionados. En efecto, algunos autores entienden que ellos implican un beneficio punitivo injustificado para los delincuentes, en especial en los supuestos de concurso real homogéneo, en los cuales la aplicación de la sanción puede reducir la pena incluso por abajo del grado de injusto o culpabilidad que el autor merece. Basta advertir que estas reglas suponen inaplicar las penas previstas para los delitos incluidos en la sentencia condenatoria, cuando excedan los límites absolutos o relativos previstos para los casos de concurso, de la mano de la prevención especial positiva; pero, también, incentiva la comisión de delitos a gran escala al

³¹⁸ Vid. GÓMEZ DE LA TORRE et.al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 303.

hacer inefectivas las previsiones propias de la prevención general íncitas en las normas penales³¹⁹.

Otros, por el contrario, consideran estos montos en materia de cumplimiento obligatorio de la pena como excesivos, pues tales cláusulas de flexibilización —que, entre otras cosas, buscan garantizar la constitucionalidad de los preceptos punitivos conforme a la CE, Art. 25.2— no consiguen matizar las pretensiones retributivas o preventivo generales del legislador, a todas luces orientadas hacia una exasperación punitiva frente a los delitos más graves³²⁰.

Como corolario de tal discusión, algún sector de la doctrina propone acudir a una pena única para todas las clases de concurso³²¹ que, con el respeto cabal del principio de resocialización del condenado, satisfaga las demás exigencias preventivas —generales y especiales— y permita valorar de forma global el merecimiento de pena del autor a partir del número, la gravedad de las conductas, la culpabilidad del autor y las infracciones concurrentes en el caso concreto. Por supuesto, ello sólo sería viable desde la perspectiva de los principios de *ne bis in idem*, igualdad y proporcionalidad, si se consagran escalas punitivas que distingan la pena concreta —en sede de individualización— para cada modalidad de concurso.

Ahora bien. Como se advirtió antes, la normativa del concurso real podrá aplicarse conforme lo indica el Art. 76.3: “[...] aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”; ello es, siempre y cuando se cumplan los requisitos de conexidad previstos en el Art. 17 de la LeCrim.

³¹⁹ Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, ob. cit., p. 85; más adelante *ibidem*, p. 92, analiza la ambivalencia del límite relativo, e indica que produce efectos desiguales según la gravedad y el número de delitos realizados por el autor. Así, si se realizan dieciséis delitos castigados con penas de un año cada uno, sólo se condena por los tres primeros y quedan los otros tres impunes; mientras que si el más grave tiene señalada una sanción de 8 años, quedan comprendidos todos ellos. En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, ob. cit., p. 248.

³²⁰ Vid. CEREZO MIR, *Derecho...*, ob. cit., p. 1035; *id.*, *Curso...*, ob. cit., p. 315; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 867.

³²¹ En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, ob. cit., p. 576, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, 2ª ed., ob. cit., p. 553; QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...*, ob. cit., p. 756, califican dicha posibilidad como un auténtico avance.

Para concluir, el Art. 78 *ibídem* señala como restricción a los límites absolutos y relativos previstos en el Art. 76, que “si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el Art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente”. De conformidad con este artículo, el Juez de vigilancia penitenciaria puede tomar como base para calcular los beneficios penitenciarios y la libertad condicional [CPE, Arts. 90 y ss.] la suma total de las penas impuestas, siempre que la pena de verdad aplicada en la sentencia condenatoria sea inferior a la mitad de esa suma, con lo cual las penas concretas podrán alcanzar límites desproporcionados. Esta sanción se individualiza con base en criterios ilegítimos e inconstitucionales como “la peligrosidad del condenado”.

De otra parte, el Art. 77.1 *ibídem* regula el concurso ideal en sus dos modalidades: homogéneo y heterogéneo³²², cuando emplea las locuciones “que un solo hecho constituya dos o más infracciones”; en esta disposición, recuérdese, se regula también el concurso medial, cuando una de las infracciones concurrentes sea el medio necesario para cometer otra en sentido teleológico. Como es apenas evidente, en estos casos no se aplica — en principio— la acumulación matemática de penas, ni tampoco su cumplimiento sucesivo. Dice así el Art. 73: “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. /2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se

³²² A favor de admitir ambas modalidades: ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., pp. 858 y 859.

penaran separadamente las infracciones. /3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”³²³.

Desde el punto de vista de la punibilidad, la legislación española castiga los concursos medial e ideal mediante un sistema cercano a la absorción agravada (acumulación jurídica-exasperación)³²⁴, de tal suerte que la pena prevista para la infracción más grave se aplica en su mitad superior sin superar el límite máximo del marco penal concreto [SSTS 228 del 11.02.2002 (RJ 2002-2352) y 1706 del 28.09.2001 (RJ. 2001-8103)]; esta penalidad resulta aplicable cuando la cuantía de la pena no perjudique al procesado, es decir, cuando no sea más grave que aquella sanción imponible al acudir a la regla de acumulación material de penas.

No obstante, existe una diversidad de posiciones para determinar la pena más grave en estos casos. Así, en primer lugar, se afirma que deben compararse las penas abstractas previstas en la parte especial del Código Penal con cada una de las infracciones concurrentes; sin embargo, este criterio desconoce los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa-complicidad) que concurran en una o en varias de las infracciones realizadas, con lo cual la pena más grave vulneraría los principios de legalidad y culpabilidad. Esta postura, pues, sólo es posible en aquellos casos en los que se castiguen las distintas infracciones penales concurrentes por separado, según lo establece el par. 2.º del Art. 77.

En segundo lugar, se indica que deben compararse las penas concretas individualizadas para cada delito sin olvidar las circunstancias genéricas que modifican la responsabilidad y las circunstancias propias de la individualización judicial de la pena a que haya lugar. Desde luego, la sanción más grave no se puede individualizar en forma completa, pues luego se debe agravar en su mitad superior lo que, como es obvio, supone la existencia de un marco penal concreto y no una pena puntual. En este sentido, la STS 11 del 05.01.2004 (RJ. 2004-2134), afirma: “[I]a doctrina de

³²³ De hecho, la falta de comparación entre la aplicación conjunta de las penas y el hecho de penarse los delitos en forma separada, ocasiona una revisión de la sentencia, *vid.* STS 461 del 17.04.2006 (RJ. 2006-2832).

³²⁴ *Vid.* MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 649; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 251; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 865.

esta Sala ha entendido que para realizar los cálculos que resultan obligados a consecuencia de esta previsión legal, debe partirse de la individualización de la pena para cada uno de los delitos cometidos, de forma que debe tenerse en cuenta la pena concreta que correspondería a cada uno de ellos según los razonamientos del Tribunal en relación con el caso enjuiciado, prescindiendo de la pena asignada en abstracto por la Ley. De esta forma, el Tribunal debe precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los Arts. 61 y siguientes del Código Penal, y, una vez determinada, aplicar las normas especiales del Art. 77, pues no resulta posible saber si la pena correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior excede o no de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente ambos delitos hasta que estas últimas no están adecuadamente precisadas en el caso concreto” [también en STS 745 del 16.06.2005 (RJ. 2005-5316)].

En tercer lugar, se afirma que las penas imponibles a las infracciones concurrentes se deben comparar una vez aplicados los factores modificadores del marco penal genérico como, por ejemplo, el grado de ejecución, las reglas de autoría y participación, y las circunstancias que modifican el marco penal con relevancia excepcional para cada hecho³²⁵; sin embargo, algunos autores consideran que dichas circunstancias incluyen las eximentes incompletas, las atenuantes muy calificadas y el error de prohibición vencible³²⁶.

En cuarto lugar, se sostiene que las penas concurrentes solo deben compararse una vez verificado el grado de ejecución del delito (tentativa) y el grado de participación criminal (complicidad)³²⁷; ello, pues la tarea de

³²⁵ Cfr. GARCÍA ALBERO, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 430, considera que las circunstancias modificadoras solamente deben incluir las agravantes específicas previstas en la parte especial del Código penal, las reglas de autoría y participación y las reglas sobre el grado de ejecución. Consulta de la Fiscalía del TS núm. 6 de 1978, en *ADPCP*, 1979, pp. 791 y ss.

³²⁶ Vid. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 427; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 313 y ss. Crítico: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 253, afirma que en esta postura las eximentes incompletas se consideran circunstancias excepcionales que permiten individualizar la pena en concreto, lo que resulta contrario a la norma.

³²⁷ De esta opinión, CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1028; *id.*, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, p. 308; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et.al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 305; MIR PUIG,

individualización requiere tener como criterio de comparación el de la mitad superior del marco penal correspondiente, sin llegar a precisar todavía la pena puntual en él.

Incluso, en quinto lugar, algún sector doctrinal sostiene —desde un punto de vista formal— que la redacción de la norma transcrita no admite la modalidad homogénea del concurso ideal, porque se requieren infracciones concurrentes de diversa gravedad, toda vez que la individualización punitiva remite a “la pena prevista para la infracción más grave”³²⁸. Como es evidente, este argumento carece de relevancia, porque la más grave entre las infracciones de igual gravedad será cualquiera de ellas, según los presupuestos típicos concurrentes que rodeen la figura como circunstancias genéricas [STS del 02.11.1984 (RJ. 1984-5422)]. De lo contrario, de forma desproporcionada, habría que aplicar a estos casos las reglas punitivas del concurso real de delitos.

Ahora bien, determinada la pena más onerosa (límites máximos) para el procesado tal y como lo advierte la STS 513 del 05.05.2006 (RJ. 2006-3148), en la que se indica que “no procede realizar el cálculo sobre los mínimos que legalmente pudieran ser posibles” pues “se trata de establecer un límite máximo a la pena tipo según la regla del Art. 77 CP de 1995, sin perjuicio de aplicar después las reglas de individualización de la pena”, se procede a incrementarla en su mitad superior y, a continuación, se individualiza la sanción concreta atendidos el grado de injusto, de culpabilidad y todas las circunstancias específicas del caso, según los Arts. 65 y ss. del CPE, como por ejemplo: las eximentes incompletas, las

Derecho..., *ob. cit.*, p. 650, corrobora que “[h]abría que estar a la pena que corresponda tomando en consideración la necesidad de acudir a la *pena superior o inferior en grado*, pero sin concretarla en su *mitad superior o inferior* en atención a las circunstancias modificativas concurrentes o al posible uso del arbitrio judicial, ya que la ley remite a la mitad superior de la pena más grave y ello parece presuponer que se refiere a la pena que corresponda *antes* de considerar si debe aplicarse en su mitad superior o inferior”.

³²⁸ Sigue esta postura MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 646 y 647. Críticos: *vid.* GARCÍA ALBERO, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 430; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 219; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 858; PAGLIARO, *I reati conessi*, *ob. cit.*, p. 9, plantea que “el requisito de la distinta punibilidad es, pues, abiertamente superfluo” (t/1).

atenuantes muy calificadas y el error de prohibición³²⁹. A título de ilustración: si Pedro realiza una acción que se adecua al tipo A que se castiga con prisión de 2 a 8 años, y al tipo B que se sanciona con prisión de 1 a 3 años, la sanción se individualiza así: la pena más grave —la imponible al delito A— se aplica en su mitad superior, es decir, de 5 a 8 años.

Por supuesto, la agravación de la pena en los concursos ideal y medial no es absoluta, pues encuentra tres límites en el principio de acumulación jurídica de penas, que impiden exceder el castigo aplicable según las reglas del concurso real:

En primer lugar, según el Art. 77.2 *ibídem*, la pena imponible no podrá superar la suma aritmética de las sanciones concurrentes debidamente individualizadas³³⁰, cualquiera sea su naturaleza y duración: “[...] sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones”. Por ello, el Art. 77.3 *ibídem* indica que si el castigo supera la suma aritmética en perjuicio del procesado se aplican, de forma subsidiaria e independiente, las penas correspondientes a las distintas infracciones (acumulación jurídica) según las reglas del concurso real dispuestas por los Arts. 75 y 76 *ibídem*.

En efecto, la norma privilegiada dice: “cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado” [SSTS 11 del 05.01.2004 (RJ. 2004-2134), 366 del 15.03.2003 (RJ. 2003-5158), 1534 del 18.09.2002 (RJ. 2002-8155), 644 del 22.04.2002 (RJ. 2002-7013), 2084 del 13.12.2001 (RJ. 2002-1991) y 1582 del 18.10.2000 (RJ. 2000-10638), entre otras]. Por tal motivo, a la par que se sigue el procedimiento anterior, es necesario verificar la pena aplicable conforme a la normativa del

³²⁹ Sin embargo, CEREZO MIR, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, pp. 308-309, afirma: “para concretar la pena dentro del marco de la del delito más grave en su mitad superior —que es el otro término de comparación— hay que tener en cuenta ineludiblemente las circunstancias del caso concreto, dentro del arbitrio judicial, pero sin sujetarse a las reglas de medición de la pena de los artículos 14.3, 66 y 68 del Código, pues la apreciación, en su caso de una eximente incompleta, de dos circunstancias atenuantes o de una sola muy calificada o de un error de prohibición vencible daría lugar a que no se aplicara ya la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior”; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1028.

³³⁰ Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 254; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 650.

concurso real de tipicidades como si las infracciones se penaran en forma separada. Sobre el particular, la STS 513 del 05.05.2006 (RJ. 2006-3009), afirma: “[...] [s]eñala la Sala al respecto que el Art. 77 del Código Penal, al regular el concurso ideal, dispone que la pena a imponer será la correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior, si bien con un límite máximo, constituido por la penalidad que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. A estos efectos es preciso determinar para cada caso, conforme a las reglas aplicables y teniendo en cuenta el margen discrecional del Juez o Tribunal, el máximo imponible penando separadamente las distintas infracciones. No procede realizar tal cálculo sobre los mínimos que legalmente pudieran ser posibles, pues no se trata de imponer al reo la pena mínima en todo caso, lo que supondría aplicar un beneficio injustificado, por desproporcionado, sino de establecer un límite máximo a la pena tipo que viene señalada con carácter general por la regla del Art. 77 , sin perjuicio de aplicar después las reglas de la individualización que prevén que el Tribunal tenga en cuenta no solo las circunstancias modificativas concurrentes, sino también las circunstancias del culpable y la mayor o menor gravedad del hecho”.

Respecto a la pena de multa proporcional, se debe remitir al Art. 33.3.h *ibídem*, en el cual se indica que —en todo caso— la multa proporcional es menos grave cualquiera sea su cuantía; así mismo, en caso de dudas, se debe atender la opinión del condenando aun cuando esta no sea vinculante para el Tribunal. En segundo lugar, la pena imponible no puede superar el monto total previsto por el ordenamiento jurídico para las correspondientes penas. Y, para concluir, en tercer lugar, la doctrina señala un límite tácito a partir del principio de declaración de culpabilidad de los delitos en la sentencia condenatoria, en virtud del cual la pena final imponible no puede ser inferior a los límites mínimos establecidos por los marcos penales de las infracciones concurrentes, siempre que estos sean más rigurosos que el mínimo de la pena más grave aplicable³³¹. En este sentido, tales límites

³³¹ Vid. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 428; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 865.

desempeñan una función oclusiva o de cierre del sistema —que no se puede confundir con el sistema de combinación de marcos penales ya estudiado—, para que la realización de varios supuestos típicos no favorezca al autor.

De igual forma, y con base en el mismo principio, el legislador señala que la pena propia de los concursos ideal o medial se puede complementar con las sanciones principales de diferente naturaleza y las accesorias privativas de otros derechos concurrentes [CPE, Art. 127 y ss]. También, es posible combinar la pena con las medidas de seguridad pertinentes a condición de que no resulten contrarias atendida su naturaleza jurídica.

V. EL CONCURSO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Si se observa el tenor literal del Art. 31 del CP/2000, mod. L. 890/2004, lo primero en advertirse es que el legislador prevé una norma jurídico penal incompleta que procura armonizar, de forma amplia y mediante una fórmula sustantiva unitaria, tanto la figura del concurso real o material de delitos como la del concurso ideal o formal de tipicidades, a cuyo efecto asigna una penalidad genérica unitaria para ambas instituciones, al estilo de lo que hacen legislaciones como las de Austria, Suiza y Portugal. El texto es el siguiente:

Art. 31. —Concurso de conductas punibles. “El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas./ En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años./Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente”.

Sin duda, desde el punto de vista de sus antecedentes históricos, esta previsión legal es el fruto de una continuidad legislativa cuya coherencia dogmática y político-criminal ha sido —por razones de autoridad o por efecto de la costumbre— poco cuestionada en el medio. De hecho, fue prevista de forma original por el Art. 26 del CP/1980³³² como un desarrollo pragmático de la interpretación mayoritaria sobre la naturaleza dogmática del “concurso de hechos punibles” vigente desde el CP/1936, conforme al concepto neoclásico del delito mayoritario en Colombia durante el siglo XX³³³.

Esta doctrina sólo atendía a una de las posibles relaciones entre las teorías de la unidad y pluralidad de conductas y tipicidades, apoyada en la estructura de un injusto con prevalencia objetiva fundamentado en el desvalor de resultado —teoría del número de resultados— que, sin duda, señalaba una cierta ordenación ideológica de las modalidades de multiplicidad de tipicidades, en lo atinente a los “hechos” que pueden o no ubicarse en ellas³³⁴. Postura que hoy no resulta afortunada en el medio colombiano, considerados los adelantos dogmáticos vinculados a la acción, la norma y el injusto penal acogidos en el CP/2000³³⁵.

³³² Art. 26. —*Concurso de hechos punibles*. — “El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición [...]”. No sobra advertir, que el Anteproyecto de Código Penal de 1974, arts. 28 y 29, apuntaba el deseo de legislar de forma parcialmente unificada los concursos real e ideal y el delito continuado. Sin embargo, la unificación propuesta fue desafortunada, pues afincaba la diferencia entre las modalidades concursales en la homogeneidad y heterogeneidad de las tipicidades resultantes. Sobre el particular *cfr.* ANTONIO VICENTE ARENAS, *La reforma del Código Penal*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1980, pp. 59 y ss.

³³³ Entre los más representativos *cfr.* ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 30; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal fundamental*, Teoría general del delito y punibilidad, 2ª ed., vol. 1, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995, pp. 112 y ss.; PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 116; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. XI y ss.; ALFONSO REYES ECHANDÍA, “Influencia del Derecho Penal Italiano en la legislación y doctrina colombianas”, en *Obras completas*, vol. 3, Bogotá, Temis, 1998, pp. 515-528.

³³⁴ La doctrina colombiana mayoritaria asumió una teoría del resultado, con independencia de que, como lo advierte REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 15, el legislador haya llegado al punto de asimilar los conceptos de hecho y acción sin inconveniente alguno, pues lo importante en sí era el concepto de acción que debía incluir el resultado en sentido jurídico.

³³⁵ Sobre el particular, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal”, en *NFP*, núm. 63 (abr.), Bogotá, Temis, pp. 15-43. Desde una perspectiva tradicional, NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Así las cosas, mientras que la pluralidad de tipicidades —desvalor de resultado— faculta al juez para imponer la pena concreta de forma pragmática —sin prejuzgar la gravedad de la multiplicidad de infracciones típicas con rigorismos absurdos e innecesarios (!)³³⁶— a partir de la pena individualizada para el delito más grave aumentada “hasta en otro tanto” bajo ciertos límites jurídicos “[...] de equidad y de justicia”, la existencia de diversos presupuestos fácticos (una conducta única, una unidad de conducta, una pluralidad de conductas —*desvalor de acción*) u otras diferencias típicas o circunstanciales, sólo alcanzan verdadero sentido sustantivo en la individualización judicial —*al buen juicio del juzgador*—, bien como desarrollo del grado de injusto o de culpabilidad como expresión de los fines de la pena, de las circunstancias genéricas o del número de hechos punibles. Por ello, PELÁEZ VARGAS indica que si bien se dispone de la misma penalidad para las formas concursales “[...] ello no significa obligación del juez para aplicarla en tal sentido, sino que bien puede el juez establecer y reconocer la diferente gravedad que pueda existir en virtud de tratarse de un concurso ideal, material o continuado”³³⁷.

Desde luego, si lo que se pretendía era alcanzar una pena proporcional y un sistema jurídico proclive a la seguridad jurídica, se trata de todo un contrasentido político-criminal pues tales límites de equidad y justicia, así concebidos, relegan a un segundo plano la verdadera importancia del desvalor personal de acción en la punibilidad legislativa concursal³³⁸. Con ello, sin duda, se consagra un sistema punitivo discrecional, que representa

³³⁶ Cfr. PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 190; PÉREZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 407, para quien el Art. 26 del Código Penal de 1980 es “[...] de gran sencillez y de clara redacción. Si se adopta, desaparecerán las frecuentes controversias que surgen para determinar cuando el concurso es real o material, y cuando ideal. Léase con cuidado y se verá que allí se comprenden las diversas hipótesis que pueden presentarse sobre concurso de hechos punibles, sin necesidad de hacer embrollantes clasificaciones. La fijación de la pena queda al buen juicio del juzgador, dado el amplio arbitrio judicial que se adopta”.

³³⁷ PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 196.

³³⁸ Al respecto, VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 42, afirma: “la diferencia existente entre las dos modalidades de concurso no tiene por qué traducirse en un distinto régimen penológico, desde el momento en que se trata de una diferencia puramente naturalística”. En el mismo sentido REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 326, señala: “no entendemos por qué razón merecen una punibilidad diversa el que lesiona dos bienes jurídicos diversos con una sola acción natural, y quien afecta los mismos dos bienes jurídicos con dos acciones naturalísticas, pues a nuestro modo de ver al derecho penal sólo debe interesar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos fundamentales para la armónica convivencia social, y no las formas que se empleen para afectarlos”.

el epílogo perfecto para la concepción dogmática que, por aquel entonces, imperaba en el ámbito del concurso de tipicidades pero que choca con las concepciones modernas sobre la materia.

Desde luego, lo dicho no implica que la estructura formal de la norma concursal no admita con validez una interpretación dogmática diferente a la histórica³³⁹, para recurrir a otras premisas político-criminales o considerar desde el punto de vista sistemático otros conceptos del delito distintos³⁴⁰. No en vano, esta pervivencia legislativa inclina a un respetable sector de la doctrina colombiana a asumir interpretaciones concursales diversiformes³⁴¹ lo cual permite, así, la fructificación de la estructura de la fórmula jurídica del Art. 31 que, sin duda, habilita cierta flexibilidad hermenéutica para incluir consideraciones referidas al desvalor personal de acción tal y como se expuso en este capítulo al tratar las diversas modalidades concursales.

Esas construcciones, obvio es decirlo, permiten racionalizar de forma apreciable la concepción sustantiva del “concurso de conductas punibles” como “pluralidad de tipicidades” pero, una vez agotadas en su propio margen dogmático, resultan limitadas para rectificar diversas paradojas político-criminales derivadas del sistema punitivo unitario propuesto en los Anteproyectos de CP de 1978 y 1979 —vigente en forma parcial— diseñado a propósito para la concepción dogmática tradicional del “concurso de hechos punibles” rediviva en 1980.

Dicho lo anterior, del Art. 31 *ibídem* se pueden extraer las siguientes exigencias dogmáticas: En primer lugar, se requiere un sujeto activo

³³⁹ Vid. CSJ PENAL, auto del 11.11.1986, G. GÓMEZ, en *JP*, 1986, *ob. cit.*, p. 16: “el elemento histórico de interpretación de la ley es únicamente un auxilio, tenido como tal por la doctrina, porque en ningún momento, obliga su consideración al intérprete, comoquiera que la norma positiva, una vez expedida y promulgada, se independiza totalmente de su propio creador, como que, si así no fuera, la voluntad del comisionado se encontraría en forma permanente condicionando la aplicación de la ley y, en estas circunstancias, el principio de permanencia de la ley en el tiempo y hacia el futuro perdería su sentido desconociéndose, además, la evolución del fenómeno social y la función del intérprete, quien debe aplicar la norma precisamente en tiempo posterior a aquél que se elaboró”.

³⁴⁰ Vid. CSJ, auto del 11.11.1986, G. GÓMEZ, *ibídem*, p. 16; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, 3ª ed., p. 331, rechaza la que él denomina una “teoría de la matrícula” que pretendió adscribir a un neokantismo sistemático el CP de 1980. En relación con el CP de 2000, *vid. id.*, *La teoría...*, *ob. cit.*, p. 43.

³⁴¹ En la doctrina, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1016-1018; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 506 y ss.

uniforme, pues la norma indica: “el que [...]”, con lo cual se alude a cualquier persona individual, sin perjuicio de que tales infracciones puedan imputarse y sancionarse a título de coautoría. En segundo lugar, se requiere unidad o multiplicidad de acciones u omisiones, con lo cual la norma permite distinguir en teoría los diversos requisitos de las distintas modalidades de concurso, a partir del concepto de unidad o pluralidad de conductas. Al respecto, la CSJ PENAL, en sent. del 25.07.2007, e27383, señala que el concurso real implica varios delitos que deben “[...] guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes [...]”. En tercer lugar, deben adecuarse varios tipos penales o el mismo tipo penal varias veces, para dar cabida a las diversas modalidades homogéneas y heterogéneas de la concurrencia de tipos, modalidades concursales que en ningún caso resultan intrascendentes porque son la clave para una adecuada individualización concreta de la pena³⁴².

De este modo, parte de la doctrina colombiana³⁴³ entiende, con razón, que cuando la norma prevé que puede ser realizada “una sola acción u omisión [...] que infrinja varias disposiciones de la ley penal”, se consagra la figura del concurso ideal heterogéneo. A su turno, cuando señala que puede ser realizada “una sola acción u omisión [...] que infrinja varias veces la misma disposición” —que no la misma disposición varias veces³⁴⁴— con la inclusión de los casos de unidad de conducta se regula la figura del concurso ideal homogéneo de tipos; es más, cabe admitir de forma estructural las figuras del delito continuado y el delito masa, previstas en el parágrafo del Art. 31 *ibídem* para consagrar un sistema punitivo autónomo al del concurso. Así mismo, es posible que el sujeto realice varias acciones u

³⁴² En este sentido, *vid.* ACEVEDO BLANCO, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 53. No obstante, la doctrina dominante sostiene tradicionalmente que las modalidades concursales resultan irrelevantes, salvo en sede de individualización de la pena; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 425, afirma que debe mantenerse la diferencia conceptual entre concursos real e ideal para distinguir al tiempo entre concurso aparente y efectivo; PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 197; CUELLO CONTRERAS, “La frontera...”, *ob. cit.*, p. 79.

³⁴³ *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1017; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 508 y 509; POSADA MAYA, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 90 y ss.

³⁴⁴ Frente al CP de 1936, *cfr.* REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, *ob. cit.*, p. 539. Incluso, por ello, el mismo autor demanda la desaparición del concurso ideal, *ibídem*, p. 560.

omisiones que infrinjan varias veces la misma disposición, con lo cual se hace referencia al concurso material homogéneo. Y, para culminar, cuando la norma apunta que pueden realizarse varias acciones u omisiones que infrinjan varias disposiciones de la ley penal, se regulan los casos de concurso material heterogéneo (con inclusión de los supuestos de concurso medial). Por supuesto, la pluralidad de tipicidades puede ser de diversa índole, conforme lo indica el CP en los Arts. 19 —delitos o contravenciones— y 21 —dolosa, culposa o preterintencional—.

En cuarto lugar, debe mediar posibilidad de unidad de proceso pues la ley procesal penal admite que el sistema punitivo del Art. 31 sea aplicado por el juez de ejecución de penas y de medidas de seguridad, cuando subsistan sentencias condenatorias independientes contra el sujeto por los diversos delitos contemporáneos en concurso real o ideal —CPP, Art. 460— [CSJ PENAL, sent. del 28.07.2004, e18654 —concurso posterior].

Y, finalmente, en quinto lugar, es fundamental que las penas concursadas sean privativas de la libertad o se puedan acumular atendida su naturaleza a aquéllas en la correspondiente individualización de la pena.

Ahora bien. A diferencia del CP/1936, Arts. 31 y ss., que dispuso un sistema punitivo diferenciador para las distintas modalidades concursales con base en el sistema de asperación (fundamentalmente)³⁴⁵, los redactores del CP/1980 estimaron que —una vez anulada la diferencia legal entre el concurso real e ideal con fundamento en la “teoría del resultado” — no existía ningún impedimento dogmático para estructurar en el Art. 26 del CP/1980, un sistema punitivo simplificado y unitario para el concurso de “hechos punibles”³⁴⁶.

³⁴⁵ Vale la pena anotar que el sistema concursal bajo la vigencia de los Códigos Penales de 1873, 1837 y 1890, fue considerado como un simple criterio dosimétrico de la pena. Precisamente, el Art. 131 del CP de 1890, acogiendo un sistema de acumulación material, indicó lo siguiente, “artículo 131. En caso de que algún reo haya de ser sentenciado por dos o más delitos, de los cuales el uno tenga señalada pena de muerte, y los demás otras diferentes, sufrirá solamente la mayor y las pecuniarias; pero siempre se determinarán las demás penas en el caso de que la de muerte fuere conmutada” (abolida por acto legislativo 03 de 1910, Art. 13).

³⁴⁶ La doctrina extranjera, aunque con otros fundamentos, no ha sido ajena a reclamar un sistema unificado de penas para el concurso de tipos. En este sentido, JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1046-1047; HANS-HEINRICH JESCHECK, “Die Konkurrenz, en *ZStW*, 5 Jahrgang,

En realidad, lo que se buscaba era corregir la —supuesta— inconsecuencia de aplicar una pena benigna con base en Art. 31 (la sanción más grave aumentada hasta en una tercera parte) al concurso ideal homogéneo que afecta bienes jurídicos personales —en esta postura verdaderos casos de concurso real—, en comparación con eventos de concurso real —dos muertes, dos lesiones, etcétera—, a los cuales se les imponía una sanción más grave con fundamento en el sistema de exasperación “hasta en otro tanto” [CP/1936, Art. 33]³⁴⁷. No por otra razón, el Art. 26 del CP/1980 equiparó la punibilidad de las diversas modalidades concursales por lo alto, es decir, consagró como sistema punitivo general el modelo dispuesto para el concurso real de delitos cercano a la pena global, por lo que se descartó el límite dosimétrico aplicado al concurso ideal e incluso, de forma caprichosa, para los supuestos menos graves de concurso ideal heterogéneo, situación que hoy no se sustenta sin cierta dosis de temeridad en la doctrina³⁴⁸.

Como es apenas evidente, en términos generales, dicho sistema punitivo concursal sigue vigente bajo los Arts. 31, mod. L. 890/2004 y 39 del CP/2000. Se trata, pues, como lo advierte la doctrina nacional, de un sistema atípico mixto como resultado de una mezcla compleja e imperfecta entre los sistemas de acumulación material, acumulación jurídica y asperación³⁴⁹; aunque no faltan autores y tendencias jurisprudenciales que afirman que se asume un sistema punitivo de combinación de marcos penales³⁵⁰, tal y como

67 Band, 1955, pp. 545 y ss.; GEERDS, *Zur Lehre...*, *ob. cit.*, pp. 423 y 522; CUELLO CONTRERAS, “La frontera...”, *ob. cit.*, pp. 72, cit. 84, pp. 74 y ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 649; MORILLAS CUEVAS, “La punición...”, *ob. cit.*, pp. 484 y 485. Aunque por razones contrarias, *vid.* VIVES ANTÓN, *La estructura...*, *ob. cit.*, p. 42.

³⁴⁷ CP de 1936, Art. 33: “Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se les aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”. Sobre este punto *cfr.* ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 171.

³⁴⁸ *Vid.* JESCHECK, *Die Konkurrenz*, *ob. cit.*, p. 42, indica: “la pretensión de asignar penas individuales (pena global) para cada uno de los tipos que concurren idealmente conduciría a la ruptura de sentido que forman un conjunto y llevaría al extremo, de una forma tremendamente complicada y teórica, la simple consideración de las consecuencias del hecho punible” (t/l).

³⁴⁹ *Vid.* CSJ, sent. del 10.07.1991, en *RJD*, t. xx, 1991, p. 743. Fórmula que, en realidad, no dista mucho de la empleada por el § 54 I (2) y II del StGB alemán, para los casos de concurso real de delitos (principios de exasperación y pena global); *vid.* dicho procedimiento en JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 728-731; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 89.

³⁵⁰ *Cfr.* CSJ, sent. del 15.12.1994, J. TORRES, en *GJ*, t. CCXXXIII, núm. 2472, p. 788; PABÓN PARRA, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 85; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 242. Sin embargo,

lo hace el StGB, §52 II³⁵¹, para los supuestos de concurso ideal heterogéneo. En cualquier caso, dicho sistema deja algunos vacíos importantes, sobre todo en el ámbito de las medidas de seguridad³⁵², frente a las cuales se asume de forma tácita un patrón de absorción pura.

Por lo demás, se trata de un sistema que opera siempre que el juez del conocimiento no prescinda de la imposición de la sanción penal, en aquellas hipótesis de eventos culposos cuyas consecuencias alcanzan de manera exclusiva al autor o sus familiares, según lo dispone el Art. 34, inc. 2° del CP. Las notas más sobresalientes de ese modelo, son las siguientes:

1. Por lo que concierne a la pena privativa de la libertad [prisión, CP, Art. 37] o penas privativas de otros derechos acumulables por su naturaleza [CP, Arts. 43, 51 y 52], se establece la siguiente fórmula:

En primer lugar, según reiterada jurisprudencia de la CSJ, el operador jurídico debe individualizar todas y cada una de las penas previstas para las conductas punibles concurrentes —así todas tengan la misma cantidad punitiva— [CSJ PENAL, sent. del 07.10.1998, e10987; sent. 06.10.2004, e16066; sent. 18.11.2005, e20005 y sent. 09.06.2004, e20134]. Una vez realizado dicho procedimiento [CP, Arts. 60 y 61], se procede a determinar la sanción operativa más grave según su naturaleza y duración —para lo cual se tiene como referente la pena de prisión³⁵³—. Dicha pena operativa

todo indica que el sistema colombiano no le permite al juez crear un marco judicial para individualizar el concurso, mediante la combinación del límite penal más elevado entre los mínimos y el más elevado de los máximos de las infracciones típicas concurrentes; pues, según el Art. 31 CP, el límite mínimo será la pena individualizada del delito más grave y el máximo consistirá en su asperación limitada desde el punto de vista jurídico. Así mismo, resulta dudosa la vigencia del efecto de clausura —como criterio adicional extralegal—, por el cual deba imponerse de forma obligatoria una pena total no menor que la mínima más elevada de los delitos concurrentes —o que el límite mínimo más grave—, pues ello vulneraría de forma inaceptable el principio de legalidad de los delitos y de las penas (CP, Art. 6°) o desconocería los beneficios punitivos aplicables a la pena final (confesión, sentencia anticipada, etcétera).

³⁵¹ “(2) 1. Si se quebrantaran varias leyes penales, entonces la pena se determinará de acuerdo con la ley que conmina con la pena más grave. 2. La pena no puede ser inferior a lo admitido por las otras leyes penales aplicables” (t/1). Modelo que daría lugar al sistema punitivo de pena única, distinto al sistema de pena global.

³⁵² Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 1020; id., *Manual...*, ob. cit., p. 509.

³⁵³ Sobre el tema, vid. CSJ PENAL, sent. del 10.07.1990 E. SAAVEDRA en *GJ*, núm. 2446, t. CCVII, pp. 95 y 702 y ss.: “[...] el primer paso se debe realizar en el examen de los topes punitivos establecidos para la pena privativa de la libertad, atendiendo en primer

conforma, a su turno, el límite mínimo del marco penal concreto del concurso real o ideal —inalterado—, mientras que su máximo se determina entre dicho quantum —la pena operativa individualizada en forma debida— más un día, porque si no podría aplicarse el sistema de la absorción pura y un máximo que implicará su posible incremento punitivo hasta en otro tanto —asperación—, según lo dispuesto por el Art. 60, num. 2³⁵⁴.

De forma concreta, el marco penal del concurso de tipos se forma de este modo: si la pena individualizada para el delito más grave X es de cuatro (4) años, éste representa el quantum del límite mínimo que resulta invariable según la regla punitiva prevista en el Art. 60, num. 2. Ahora bien, para determinar el límite máximo, el juez debe partir de iguales cuatro (4) años más un día, susceptibles de ser incrementados hasta en otros cuatro o, lo que es lo mismo, el límite máximo puede comportar un quantum punitivo discrecional desde 4 años y un día, hasta en 8 años de prisión. Una vez precisado ese límite y por imperiosas razones lógicas, con base en el número de conductas y tipicidades realizadas por el autor en el caso concreto —criterio derogado de forma errónea por el Art. 61, inc. 3.^o³⁵⁵—, por ejemplo: en seis (6) años de prisión, el marco penal concreto del concurso comprende un límite mínimo de cuatro (4) años y uno máximo de seis (6) años de pena privativa de libertad de prisión.

Para terminar, el juez individualiza la pena para el concurso respectivo —real o ideal— en el marco punitivo concreto ya indicado, con fundamento —¡de nuevo!— en los grados de injusto, culpabilidad y en las circunstancias genéricas de agravación y atenuación, señalados en los Arts. 56, 58 y 61 inc. 3^o y 4^o *ibídem*. Todo ello, previa advertencia de que no resulta aplicable otra vez el sistema de cuartos previsto por los incs. 1^o y 2^o del Art. 61 *ibídem*, ya

término al límite máximo y en segundo lugar al límite mínimo [...]”; CSJ PENAL, sent. del 15.12.1994, J. TORRES, en *GJ*, núm. 2472, t. CCXXXIII, p. 788.

³⁵⁴ Art. 60, num. 2: “Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica”.

³⁵⁵ Crítico y con razón de estas formas de proceder: CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 650, cuando advierte que no son de recibo aquellos sistemas unitarios de pena que impliquen que los “[...] los tribunales no contabilicen ni precisen suficientemente los tipos penales infringidos, armonizando sus marcos penales, pues sería catastrófico para la función de advertencia preventiva del derecho penal, además del peligro de desigualdad en el trato punitivo que acecha en todos los casos de implicación de una pluralidad de tipos penales”.

utilizado para determinar las sanciones en concreto de las cuales se parte para establecer la pena operativa.

Por supuesto, la fórmula del tratamiento punitivo conjunto debe entenderse limitada desde la perspectiva jurídica³⁵⁶. Primero, por la acumulación material —suma aritmética— de las penas individualizadas imponibles por todas las conductas punibles concurrentes, CP Art. 31, inc. 1.º; con ello, el límite punitivo resulta igual para ambas formas de concurso y debe, en teoría, ser menor para el concurso ideal. En su momento, la clásica CSJ al interpretar el sentido de la agravante «hasta en otro tanto», con muy buen sentido indicó que la agravación tampoco podría superar —en tratándose de un concurso entre dos delitos— la pena máxima imponible al otro delito en concurso, pues con ello se vulneraba el principio de legalidad de las penas³⁵⁷.

Y, segundo, por el recargado límite de 60 años dispuesto por el ordenamiento para la pena de prisión en los eventos concursales [L. 890/2004, Art. 1.º, inc. 2.º]; o, según el caso, por el límite de hasta 30 años para las penas principales privativas de otros derechos [Art. 51 CP en concordancia con la L. 890/2004, Art. 14]; salvo el caso previsto por la Const. Política, Art. 122, inc. 5.º mod. acto legislativo 04.2004 en concordancia CP Arts. 51, inc. 2º; 52, inc. 3.º y 93, num. 3, inc. 3.º. De igual manera, por deducción lógica, el quantum máximo para las medidas de seguridad es el de 20 años previsto en el Art. 70 del CP.

Así mismo, si el juez determina que las conductas punibles concurrentes implican la imposición de penas principales diferentes por naturaleza a la asperjada más grave, debe aplicarlas de manera simultánea por el efecto de declaración de culpabilidad de todos los delitos en la sentencia (Art. 31, inc. 3.º). Por supuesto, también debe imponer las penas accesorias privativas de otros derechos obligatorias —como sucede con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas cuando se aplica una pena de

³⁵⁶ Vid. CSJ PENAL, sents. del 07.10.1998, e10987 C. MEJÍA; sent. del 24.10.2002, e15562, H. GALÁN. Crítico: PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, ob. cit., p. 197.

³⁵⁷ Vid. CSJ PENAL, sent. del 30.07.1943, C. AGUIRRE, en *GJ*, t. LV, núm. 1998 y 1999, p. 680.

prisión, Art. 52 *ibídem*— y las discrecionales que sea posible y necesario aplicar al caso concreto, por razones preventivo—victimológicas. Dichas penas se ejecutan de forma simultánea con la pena total impuesta para el concurso [CP, Art. 53, inc. 1.º]; salvo el caso de la pena accesoria de expulsión del territorio nacional para extranjeros, que se impone de forma sucesiva [CP Arts. 43, nums. 9 y 52 (*principio de relación directa con el delito y prevención*); CPP, L. 906/2004, Art. 462, num. 5, y Dto. 1355/1970, Arts. 174 y 175 Dto. 2371 de 1996, Art. 199].

Para culminar, debe indicarse que el ordenamiento procesal penal [L. 906/2004, Art. 460³⁵⁸] permite aplicar esta fórmula jurídica en aquellos casos denominados por la doctrina como concurso real posterior, para efectos de impedir la simple acumulación aritmética de penas [CSJ PENAL, sent. del 10.07.1996³⁵⁹] acorde con las finalidades asignadas a la misma, en especial la prevención especial.

Por lo que respecta a la pena pecuniaria de multa, debe decirse que el legislador colombiano prevé un modelo especial para la concurrencia delictiva en cuya virtud el sistema de acumulación allí previsto se aplica al mismo tiempo “en caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas” (Art. 39, num. 4³⁶⁰). Sin duda, dicha previsión legal no sólo hace inaplicable de forma parcial el sistema de cuartos previsto por el Art. 61 incs. 1º y 2º³⁶¹ respecto de esta clase de penas, sino que también torna nugatoria en estos casos la aplicabilidad del Art. 31, incs. 1º y 2º. El texto

³⁵⁸ L. 906/2004, Art. 460: “Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en distintos procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer. / No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo en que la persona estuviere privada de la libertad”.

³⁵⁹ Vid. CSJ PENAL, sent. del 10.07.1996, e10208, C. GÁLVEZ.

³⁶⁰ El Art. 39, num. 4, dice textualmente así: “Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa”.

³⁶¹ Vid. RICARDO POSADA MAYA Y OTRO, *El sistema de individualización de la pena en el Derecho Penal colombiano*, Universidad Pontificia Bolivariana-DIKÉ, Medellín, p. 595.

del Art. 39 mencionado es claro en esta materia, pues la cópula “o” no es asimilativa sino alternativa.

Así las cosas, individualizadas las cuantías de las multas concurrentes³⁶², éstas deben sumarse de forma aritmética sin exceder —acumulación jurídica— el máximo fijado para cada clase de multa: de 75.000 s.m.m.l.v. si la multa es acompañante a la prisión³⁶³; o de 10 unidades, multa equivalentes a 15, 150 o 1500 s.m.m.l.v.³⁶⁴ en su respectivo grado, si la pena obedece al excepcional sistema progresivo de unidad multa [CP, Art. 39, inc. 2º]. Por supuesto, si existen otras clases de penas privativas de derechos concursadas, la multa se impone de forma conjunta con aquellas en la sentencia condenatoria.

³⁶² Sobre las clases de multa y tales procedimientos, *vid.* POSADA MAYA y OTRO, *El sistema...*, *ob. cit.*, pp. 557-559; RICARDO POSADA MAYA, “El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano”, en *Temas de Derecho Penal*, Ricardo Posada Maya (Coord.), Bogotá, Ed. Uniandes-Temis, Biblioteca Jurídica Uniandina, 2008.

³⁶³ Precisamente, la L. 890/2004, Art. 14, inc. 1.º, mediante una técnica legislativa cuestionable, aumentó las penas “*contenidas en los tipos de la parte especial del Código penal*” (SIC), en la tercera parte (1/3) del mínimo y en la mitad (1/2) del máximo, de conformidad con la regla prevista en el Art. 60, num. 1 del CP Con lo cual, quedó modificado tácitamente el límite general de 50.000 s.m.m.l.v. previsto en el Art. 39, num. 1 original. A título de ilustración, la pena de multa acompañante prevista como consecuencia para el tipo consagrado en el Art. 326, quedará de 666.66 s.m.m.l.v. a 75.000 s.m.m.l.v. *Vid.* POSADA MAYA, “*El concurso...*”, *ob. cit.*, pp. 100-101.

³⁶⁴ No obstante, una interpretación sistemática de los Arts. 39, num. 1 del CP y del Art. 14 de la L. 890/2004, da lugar a entender que la “*regla general*” del Art. 14, inc. 1.º *ibidem*, en principio, también puede aplicarse a la modalidad progresiva de unidad multa, porque estas penas también están “*contenidas en los tipos de la parte especial*” (sic.), aunque de forma menos precisa que la multa acompañante por lo que se refiere a su cuantía; de no ser así, tales sanciones vulnerarían el principio de legalidad. Por supuesto, mirado el asunto desde el punto de vista de la técnica normativa empleada, debe decirse que si bien la cuantía de esta modalidad de sanción pecuniaria debe dosificarse con base en el Art. 31, num. 2, ello no supone *ab initio* —porque esa es la función de las normas incompletas de la parte general del CP— la imposibilidad teórica de aplicar los respectivos incrementos punitivos en cada caso concreto, para complementar o modificar la regla de determinación (salvo que se exija la modificación expresa del Art. 39). Desde luego, el problema dogmático se traslada al *cómo* imponer los respectivos aumentos, cuando se advierte que el Art. 14 *ibidem* carece —en este punto— de la más elemental adecuación al principio de taxatividad y es fruto de una construcción poco previsiva que no tiene en cuenta los efectos que pueden producirse en relación con todas las penas que pretende abarcar. En cualquier caso, si esta posibilidad supera los enormes obstáculos político-criminales que tiene, según la lógica, los incrementos deberían afectar el marco de la multa progresiva en cada grado. Así, por ejemplo: en el tercer grado una unidad multa equivaldrá a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, y la multa oscilaría entre uno coma treinta y tres (1,33) unidades multa (1/3 del mínimo) y 15 unidades multa (1/2 del máximo); en consecuencia, los límites máximos en cada grado quedarían así: en el primer grado 15 salarios mínimos mensuales, en el segundo 150 y en el tercero 1500. *Vid.* POSADA MAYA, “*El concurso...*”, *ob. cit.*

Ahora bien, como se verá en su momento, el legislador colombiano crea un sistema especial de punibilidad para los delitos continuados y masa [CP, Art. 31, párrafo], en cuya virtud se aplica la pena del correspondiente tipo infringido agravada en su marco penal genérico en una tercera parte, según lo disponen los Arts. 60 y 61 *ibídem*. En fin, un sistema punitivo concursal así estructurado evidencia un desequilibrio punitivo en perjuicio de la verdadera naturaleza y alcance sustantivo de las modalidades concursales, por varias razones:

Primero. Cuando el Art. 31 del CP ordena determinar la sanción concreta imponible al autor, a partir de la pena individualizada más grave entre las concurrentes aumentada “hasta en otro tanto”, lo hace *in genere*, sin distinguir en forma previa si se trata de una concurrencia de tipicidades o de una conjunción procesal de delitos. Por ello, muchas veces la medida de la pena concreta impuesta para una determinada especie de “concurso”, comparada con la que deberían soportar las otras modalidades según su naturaleza jurídica, vulnera principios de rango constitucional tan importantes como el de proporcionalidad [CP, Art. 3.º], culpabilidad por el hecho, ofensividad material, igualdad [Const. política, Art. 13 y CP, Art. 7.º] y el *ne bis in idem*³⁶⁵ [Const. política, Art. 29, inc. 5.º y CP, Art. 8.º]; desde luego, la falta de seguridad jurídica que ello comporta no se puede justificar mediante argumentos pragmáticos, metodológicos o materiales referidos a la ventaja ficticia de la doble unificación normativa aludida.

En efecto, se trata de una ficción por equivalencia pragmática que, bajo una igualdad de trato formal e irrazonable, ampara desde el punto de vista político-criminal una autorización de exceso ilegítima en la intervención penal, en aquellos casos en los cuales el juez decida concebir el concurso ideal —en ejercicio de su discrecionalidad reglada— como si se tratase de

³⁶⁵ Sobre la trascendencia del *ne bis in idem* en materia concursal *vid.* CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos en el Borrador...*, *ob. cit.*, pp. 829 y 836 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *El principio...*, *ob. cit.*, pp. 9 y ss. En el ordenamiento colombiano es posible aplicar a un concurso ideal, una pena igual o superior a la que le correspondería a un concurso real en un evento similar desde el punto de vista de su desvalor de resultado. Así mismo, es posible imponer a una pluralidad de tipicidades (concurso ideal o real), una pena inferior cercana a la más grave de los delitos concurrentes en comparación con la que corresponda en forma legal (Art. 31, inc. Final) a los casos de delito continuado, entendido éste como una modalidad de delito único.

una figura que tuviese la misma entidad y grado de merecimiento de pena que un concurso real³⁶⁶ al aplicar, al primero, el sistema de exasperación mediante la agravación de la pena por arriba del límite máximo de la pena imponible al delito más grave —por la existencia objetiva de varios “hechos—resultados”—. Por supuesto, lo conveniente sería poder agravar la pena para el concurso ideal hasta el cuarto máximo del delito más grave (atendido al grado de coincidencia total o parcial entre la acción y el sustrato fáctico de los tipos penales involucrados³⁶⁷), sin superar la suma aritmética de las penas concurrentes con base en el sistema de absorción agravada [CP, Art. 61, incs. 1.º y 2.º].

Por supuesto, también cabría tal desproporción cuando a un caso de unidad delictiva, como puede acontecer con un delito continuado o masa —sea que se entienda como una ficción o una realidad jurídica—, se le aplique una penalidad superior a la imponible en casos de supuestos concursales. Por ejemplo, si existen dos hechos punibles de hurto (“A” con una pena de dos (2) años y, “B” con una de seis (6) años de prisión), puede acontecer lo siguiente: si ambos concurren en forma real, la sanción se puede individualizar entre seis (6) años —como límite mínimo— y un máximo fluctuante entre seis (6) años y un día hasta en 12 años, que bien se podría fijar en ocho años (8) —equivalente a la suma aritmética de las penas—; por ello, el castigo concreto podría ser de 7 años de prisión. Por el contrario, si en esas hipótesis se configura un delito continuado (unidad delictiva), la pena atribuible sería de seis (6) años agravada en una tercera parte, con lo cual —de manera indefectible— llegaría hasta ocho (8) años de prisión; es decir, a un caso de unidad delictiva se le impondría una sanción superior a la correspondiente a un evento de concurso real de tipos.

³⁶⁶ Vid. ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 250 y 251: “[...] a través del concurso ideal, se trata de dar una respuesta punitiva proporcionada a los casos en que las figuras concurrentes están en una relación tal (referida a la existencia de elementos comunes) que hace inadecuado el castigo conforme a uno solo de los preceptos (de forma que no se respetaría el principio de proporcionalidad en su aspecto positivo) y, al mismo tiempo, un castigo separado de las infracciones, siguiendo el modelo del concurso real, resultaría excesivo (se infringiría el principio de proporcionalidad en su vertiente negativa)”.

³⁶⁷ Vid. GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 949.

Por ello, no puede olvidarse que el propósito efectivo perseguido con la figura del concurso es precisar, conforme a la teoría de la unidad y multiplicidad de conductas y de acuerdo con criterios de política criminal [*ne bis in idem*, proporcionalidad, necesidad, igualdad material y racionalidad] (CP, Art. 3.º), cuál es la sanción punitiva adecuada acorde con el desvalor jurídico penal que se presente en las distintas situaciones de pluralidad tipicidades, desde una perspectiva social e individual (culpabilidad del autor).

Segundo. Si el número de conductas constituye el criterio idóneo para distinguir entre el concurso real e ideal, entonces, resulta incoherente desde un punto de vista político-criminal que éste no sea considerado en forma adecuada en la criminalización primaria, para ordenar una fórmula punitiva donde los desvalores de acción y de resultado cumplan de manera conjunta un significado valorativo equilibrado, en cuya virtud se incorpore una consecuencia proporcional para cada modalidad concursal; todo ello, con independencia de los malabares que el juez deba efectuar en la individualización de la pena, para tratar de distinguir sus penalidades en concreto. Esto porque, como indica BOSCARRELLI³⁶⁸, atenerse sólo a la acumulación de las penas significa no atribuir relevancia jurídica a algún nexo que conecte los delitos concurrentes.

Así las cosas, vale la pena repetir en relación con este punto lo ya expresado en el sentido de que la diversidad de base ontológico-normativa verificable entre estas estructuras de responsabilidad (*naturgegebene Unterschied*), supone admitir que la conducta inherente al concurso ideal involucra un menor desvalor personal de acción, que se debe traducir en una menor carga punitiva para el sujeto [CP, Art. 3.º], en comparación con aquella pena correspondiente al concurso real que entraña una pluralidad de conductas independientes³⁶⁹. Así y todo, la multiplicidad de tipicidades suponga

³⁶⁸ BOSCARRELLI, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 230.

³⁶⁹ Al respecto, ANTONIO CUERDA RIEZU, “*El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990*”, en *ADPCP*, vol. XLIV, Facs. 3 (sep.-dic.), 1991, p. 835; MORILLAS CUEVA, “*La punición...*”, *ob. cit.*, p. 479; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 856: “ha sido, precisamente esa obligatoria identidad —total o parcial— de las acciones típicas concurrentes la que ha servido para fundar la menor pena

admitir en ambos casos la existencia de resultados materiales o personales de igual semejanza externa.

Tercero. La ausencia de la distinción legislativa aludida, subraya además que el legislador pretende descargar en manos del juez —mediante discutibles y amplísimas facultades discrecionales— la tarea de ordenar de forma proporcional y justa la penalidad para los eventos de “concurso de delitos” con base en el grado de injusto y la culpabilidad del autor. Sin embargo, tal delegación no es sólo natural, pues exige la previsión de un procedimiento de individualización de la pena reglado y minucioso, que los Arts. 31, 39, 60 y 61 del CP de 2000 no logran alcanzar. Precisamente, por la carencia de factores “especiales”³⁷⁰ —cuantitativos y cualitativos— de individualización —tal cual el factor del “número de hechos punibles” consagrado en el Art. 61, inc. 2.º del CP de 1980—, que permitan garantizar un proceso razonable de valoración y de argumentación a la hora de determinar la pena imponible en la sentencia condenatoria y, por supuesto, un control judicial adecuado a ella, de acuerdo con las diferencias materiales que preceden dichas estructuras de responsabilidad penal.

Esa carencia, bueno es recordarlo, lleva muchas veces a los jueces penales a formar marcos punitivos judiciales artificiales mediante la utilización de criterios irracionales para morigerar la gravedad de la pena exasperada —incluso aquellos factores que traducirían el sistema en un reflejo del Derecho penal de autor—, todo ello como respuesta a la drasticidad del sistema. Algo grave, cuando se advierte que el sistema vigente sitúa al juez ante el deber constitucional de justificar la legitimidad de dicha ponderación punitiva, sin los factores lógicos necesarios [CP, Art. 59].

Además, debe criticarse un sistema de individualización que valora dos veces el hecho procesal mediante factores dosimétricos genéricos [CP, Art.

del concurso ideal en la prohibición de valorar dos veces las mismas circunstancias del hecho”; BOScarelli, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 228.

³⁷⁰ Vid. POSADA MAYA y OTRO, *El sistema...*, *ob. cit.*, p. 546, para quienes los factores especiales de individualización son aquellos que pretenden “[...] lograr una mayor precisión de la pena específica dentro del marco penal concreto, mediante una serie de conceptos que aparentemente fueron dejados de lado al momento de configurar las instituciones de la parte general del Código penal [...]”. A favor de dicha eliminación en el CP de 2000, *cfr.* PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 242.

61, inc. 3.º]: la primera, para determinar las sanciones individuales imponibles a las infracciones concurrentes —con inclusión de la pena operativa— y, luego, la segunda, para determinar el castigo concreto en el marco del concurso al comprometer, de esta manera, el “*ne bis in idem*” [CP, Art. 8.º].

Cuarto. De igual forma, el sistema punitivo unitario colombiano puede distorsionar de forma grave los fines preventivos [CP, Art. 4º] que debe cumplir la pena según cada modalidad concursal. Aún más, si de manera previa el legislador trastrocó las pautas básicas en el ámbito de la medición genérica para obtener una pena acorde con base en la defensa social en atención a la peligrosidad derivada de la comisión de uno o varios delitos, y, por supuesto, en atención a la alarma causada por los resultados en el ámbito social.

Y ello es así, porque tanto la equiparación como la imperfección del sistema de individualización colombiano, envían un mensaje criminógeno en el sentido de que desde el punto de vista retributivo puede resultar igual realizar varias tipicidades con una acción única o una unidad de acción, que realizar distintos delitos con una pluralidad de acciones independientes³⁷¹. De hecho, si la figura del concurso real se entiende como un supuesto más grave que el instituto del concurso ideal, es claro que no solo en sentido retributivo —medida de la pena—, sino preventivo general en la etapa legislativa y, en especial en las etapas de la individualización y la ejecución de la pena, la consecuencia para este concurso representa una mayor carga preventiva. No se puede olvidar que la justificación de las penas es un presupuesto ineludible para su imposición.

Quinto. A poco ver, la limitación jurídica prevista por el legislador para el sistema concursal de la pena de multa resulta muy compleja, pues tal y como está redactado el Art. 39, num. 4 —cuando advierte que “[...] no se

³⁷¹ En efecto, no puede ser lo mismo frente a la valoración del injusto, que la pluralidad de tipicidades sea el resultado de una sola conducta, a la par que el autor conserva una voluntad ejecutiva representada por la decisión de causar múltiples resultados, a que la pluralidad de tipicidades sea el resultado de varias conductas diferentes, para las cuales se toma un número plural de resoluciones independientes dirigidas a afectar los bienes jurídicos, cada una de las cuales provoca un resultado jurídico-típico distinto aunque de la misma intensidad lesiva.

podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa” —, da lugar a entender lo siguiente:

Si se trata de penas de multa de la misma clase, la acumulación aritmética no puede exceder de 75.000 s.m.m.l.v. en tratándose de penas de multa acompañantes. Por el contrario, si se hace referencia a las penas progresivas de unidad multa, no se puede superar el máximo fijado para cada clase de esta especie en su correspondiente grado, es decir, 15, 150 o 1500 s.m.m.l.v., sin que sea válido aumentar de forma automática el grado de la multa, para elevar dicho límite jurídico al límite máximo de los grados subsiguientes³⁷².

De todas maneras, el sistema implica que, cuando se impongan dos penas de multa de la misma clase en su cuantía máxima, se asuma un modelo de absorción pura en materia de multa que elimina el sistema de acumulación material³⁷³. Desde este punto de vista, el patrón adoptado es antinómico, aunque la elevada cantidad de los límites —cercana a la confiscación en algunos casos— haga que dicha auto-anulación del sistema punitivo aparezca aceptable desde el punto de vista político-criminal. En cualquier caso, no puede perderse de vista que los límites pecuniarios de la multa progresiva están relacionados en forma directa con los grados de la misma, atendidas razones preventivas especiales, en especial los ingresos de los procesados y su capacidad de pago [CP, Art. 39.3].

³⁷² Es una injusticia pensar que el límite máximo para la pena progresiva de unidad multa es —en general— de 15 unidades multa cada una de 150 salarios (1500 s.m.m.l.v.), pues ese es sólo el límite máximo de la multa progresiva de tercer grado. La desproporción se revela todavía más en materia de acumulación, pues, mientras que a quienes con ocasión de sus ingresos económicos se les ubica dentro del primer grado con lo cual podrían acumularse hasta 150 penas de multa distintas en su cuantía máxima de 15 unidades de multa cada una por un salario, a aquellos sujetos ubicables dentro del tercer grado no sería posible acumularles ninguna si se les ha impuesto una sola pena de multa progresiva en su cuantía máxima; de esta manera, para los primeros subsistiría una progresión geométrica de la pena y, para los últimos, quedaría impune del segundo delito en adelante.

³⁷³ En efecto, al acumular, por ejemplo, dos penas de multa progresiva (Art. 39, num. 1) cada una individualizada en quince (15) unidades multa (para un total de 30 unidades acumuladas), se tendrá que la pena total no podrá superar las diez (15) unidades, si se tiene en cuenta que ese es el límite máximo para dicha clase de sanción; o cuando se impongan de manera exorbitante dos multas de 75.000 salarios cada una, el total de la acumulación sólo podrá alcanzar una de las dos penas.

Ahora bien, también puede suceder que se presente la concurrencia de una pena de multa progresiva con una pena de multa acompañante de la prisión y, al ser ello así, no queda claro cuál es el límite jurídico para tal acumulación, salvo que se entienda que pueden sumarse tales cuantías sin que cada clase de multa supere su monto máximo permitido por la ley. En este sentido, el Art. 39, num. 4, no establece de forma taxativa un límite absoluto sino que el mismo tendría que deducirse desde una perspectiva lógica y por defecto de la suma de los totales máximos relativos dispuestos para las distintas modalidades de multa concursadas (75.000 + 1500 s.m.l.m.v.), con lo cual sería posible imponer penas hasta de 76.500 s.m.m.l.v. (?).

En fin, la norma en comento debió haber consignado una redacción como la siguiente: “En la acumulación no se podrá exceder el límite cuantitativo máximo fijado en este artículo para la clase de multa más onerosa entre las concurrentes”. Cuando se trate de la acumulación de penas progresivas de unidad multa del mismo grado, no se podrá exceder de 30 unidades multa. Si se trata de penas de multa acompañantes a la prisión, la pena no podrá ser superior a 75.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En síntesis: Lo dicho hasta ahora basta para verificar la enorme dificultad del tema analizado en estas pocas líneas. No obstante, resulta claro que la doble unificación que prevé el Art. 31 del CP/2000 no comporta en realidad ninguna ventaja. No es sencilla, pues el sistema adquiere una complejidad indiscutible en la individualización de la pena concursal, cuando de forma previa deben individualizarse las penas para los delitos concurrentes para determinar así la pena operativa. Tampoco es adecuado desde el punto de vista metodológico, pues los límites materiales de las formas concursales resultan poco claros, más aún, al preverse un marco genérico común, muy amplio para determinar en concreto las penas de sus distintas modalidades. Por lo demás, resulta evidente la enorme discrecionalidad judicial para determinar no sólo el límite máximo del marco del concurso sino, también, la pena concreta en dicho marco en perjuicio de la seguridad jurídica.

En este orden de ideas, resulta necesario replantear el sistema de punibilidad concursal, conforme a las normas rectoras de la ley penal colombiana, pues un sistema punitivo cercano a la pena global —propio del concurso real—, no parece legítimo para abarcar también los casos de concurso ideal menos graves, al ser ello incompatible con los principios de *ne bis in idem*, proporcionalidad e igualdad.

Por tal motivo, la punibilidad del concurso difícilmente puede tolerar su estandarización, sin que al menos se hayan previsto en la ley factores dosimétricos especiales referidos a la naturaleza de cada modalidad de pluralidad de tipicidades, según su propio desvalor de acción y resultado. Sin duda, sólo estos factores contendrían la necesidad político-criminal de legislar un sistema punitivo que distinga la penalidad para el concurso real e ideal, tal y como lo dispuso el CP/1936, Arts. 31 y 33, no obstante haber acogido la postura tradicional sobre el “concurso de hechos punibles”.

Ello podría hacerse si se consagra un sistema punitivo diferenciado para las modalidades concursales como lo hizo el CP/1936, de tal manera que se acuda a un sistema de absorción agravada para el concurso ideal, con la posibilidad de consagrar una exasperación cuantitativa facultativa para los casos donde se vulneren bienes jurídicos personalísimos (según la entidad de la acción delictiva), sin que en ningún caso dicha pena pudiera ser igual que la del concurso real; o, también —lo que es más adecuado—, si se introducen factores dosimétricos cuantitativos como límites jurídicos a modo de escalas punitivas, que le permitan al juez dentro de la determinación del límite máximo del marco concursal, dispensar un tratamiento punitivo proporcional y progresivo a estas estructuras de responsabilidad penal, lo que imposibilita aplicar el tope cuantitativo máximo de la agravación “hasta en otro tanto” —asperación—, a los casos de concurso ideal de delitos. En fin, los tratamientos de ambos concursos no deberían coincidir nunca.

Finalmente, es a todas luces necesario que el legislador determine factores de individualización cualitativos precisos en el Art. 61, para que el juez, una vez precisado el marco concreto del concurso —límites mínimo y

máximo—, individualice la pena correspondiente al autor; y, a su turno, limite su valoración de los factores dosimétricos del Art. 61, inc. 3.º, a aquellos hechos que correspondan a las sanciones concurrentes distintas a la pena operativa tomada como base —la del tipo delictivo más grave—, sin olvidar el principio del *ne bis in idem*.

VI. LA REINCIDENCIA

Esta figura jurídica se distingue del delito continuado o continuación delictiva, pues mientras éste representa una forma de realización progresiva del tipo penal (una modalidad de delito único) aquella comporta una simple agravación de la pena imponible al delito posterior, a condición de que el autor haya sido previa y ejecutoriamente condenado en firme por uno o varios delitos similares o de la misma naturaleza³⁷⁴. Además, la reincidencia se distingue del concurso real de delitos, porque en éste sólo se tienen en cuenta las infracciones que no hayan sido objeto de condena, prescripción o indulto³⁷⁵, mientras que en aquella se consideran los delitos que no puedan ser objeto de juzgamiento unitario o sobre los cuales no se pueda aplicar la acumulación jurídica de penas.

Tal figura aparece en el Art. 22.8 del CPE como una circunstancia agravante, de la siguiente forma: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. / A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales

³⁷⁴ Vid. WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 230-231 (*Derecho*, pp. 272-273) CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 411; MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 458 y ss.; ANTONIA MONGUE FERNÁNDEZ, *La circunstancia de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona, Bosch, 2009; NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, pp. 335-341; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 513 y ss.; LUÍS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1977, pp. 420 y ss., 426; DE ROSARIO VICENTE MARTÍNEZ, “La reincidencia en el Código Penal de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, t. 50, V. 1, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1997, pp. 169 y ss. En general: ADELA ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos Penales españoles del siglo XIX, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982.

³⁷⁵ Cfr. MERKEL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 274; ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 505.

cancelados o que debieran serlo”³⁷⁶. Agrega el Art. 66.1 regla 5 mod. LO 15/2003, denominada “hiperagravante”, que: “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes, las siguientes reglas: 5ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido”.

Como se puede ver, el ordenamiento español sólo consagra la reincidencia específica [SSTS 678 del 13.04.2002 (RJ. 2002-5280) y 2175 del 26.03.2003 (RJ 2003-2684), del 18.09.2008 (RJ 2008-4393)], no así la especie genérica que puede recaer sobre la realización de cualquier clase de comportamientos punibles sancionados, a condición de que estos no hayan prescrito en forma legal. Así mismo, no se requiere que el condenado haya cumplido de forma efectiva la condena anterior impuesta, para la aplicación efectiva de la misma³⁷⁷.

Estas consideraciones, bueno es advertirlo, han llevado a un importante sector de la doctrina penal contemporánea a subrayar, a la par que rechaza los fundamentos punitivos basados en la peligrosidad del delincuente, que

³⁷⁶ Sobre el particular, CARLOS MARÍA LANDECHO VELASCO y CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español*, Parte General, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 432.

³⁷⁷ Es notoriamente alto el número de países que aún conserva en vigencia esta discutible figura jurídica como, por ejemplo: CP FRANCIA (L. 2003-495 du 12.06.03/JO 13.06.03), Arts. 132-8, 9, 10 y 11 (personas físicas) y Arts. 132-12, 13, 14, 15 y 16 (personas jurídicas); CP GUATEMALA (D. 7-73), Art. 27 num. 23 (circunstancia agravante); CP HONDURAS (D. 144-83), Arts. 27-25 y 28 (circunstancia agravante); CP NICARAGUA (L. 641), Art. 36 (circunstancia agravante); CP HAITÍ, Arts. 40 y ss.; CP CUBA, Art. 55. mod. L. núm. 87, Art. 5.º (reincidencia y multirreincidencia); CP PUERTO RICO (L. 149 del 18.06.2004), Arts. 81 y 82 (personas naturales) y 90 (Personas jurídicas); CP COSTA RICA (L. 4573 del 04.05.1970), Arts. 39 y 78 (*Texto modificado por Resolución de la Sala Constitucional 796-92 del 24.03.1992, que aclara la Resolución núm. 88-92 del 17.01.1992*); el derogado CP PANAMÁ, Arts. 71 y 72; CP ARGENTINA, Arts. 50-53; CP BOLIVIA (L. 1768) Arts. 41 a 43; CP BRASIL, Arts. 61, I, a. y 63 y 64; CP CHILE, § 4. 1, Causales 15ª y 16ª; CP ECUADOR, Arts. 77, 78, 80 (Art. reformado por L. 47, RO 422 del 28.09.2001); CP URUGUAY (L. 9.155 del 04-12-1933), Art. 48.1 y 49 y CP VENEZUELA (GO núm. 5.494 Ext. del 20.10.2000), Arts. 100, 101 y 102. Que además es particularmente compatible con las circunstancias genéricas de los numerales 19 (vagancia) y 20 (Carácter pendenciero) del Art. 77; CP Italia, Art. 99, sobre el último *cfr.* CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, pp. 460-462.

esta figura arrasa con límites del *ius puniendi* tan importantes como los principios de *ne bis in idem*, de acto y de culpabilidad³⁷⁸, por agravar la pena imponible a hechos delictivos ya sancionados desde la perspectiva judicial. Por ello, tiene razón QUERALT cuando indica que “[l]a razón de esta agravación estriba, claro está, en la mayor peligrosidad que muestra el delincuente al ser inmune —independientemente de a quién o a qué haya que atribuir tal inmunidad— a la imposición y cumplimiento de las penas, aunque mayor peligrosidad no significa mayor culpabilidad”³⁷⁹. Se trata, pues, de una interpretación de la “peligrosidad” que considera la existencia de un mayor grado de injusto del hecho en función del bien jurídico y de la forma en que fue afectado; amén de una cierta manifestación de la personalidad del procesado por lo cual el cumplimiento de la sanción debe “[...] estar presidido por el intento de apartar al delincuente de la recaída delictiva, es decir, de mostrarle el camino para vivir al margen del delito, lo cual, evidentemente, no supone hacerle partícipe ideológico de los valores dominantes” (?)³⁸⁰.

En España, la evolución jurisprudencial de la reincidencia ha desarrollado criterios que —según cierto sector de la doctrina— suponen ajustar la figura conforme a las previsiones constitucionales y dogmáticas. En este orden de ideas, pueden consultarse la STS del 05.07.1991 (RJ. 1991-5545) y las SSTC 150 del 04.07.1991 (fto. 9.º)³⁸¹ y del 05.07.1991 (RJ. 1991-5545) las

³⁷⁸ Cfr. MONGUE FERNÁNDEZ, *La reincidencia...*, *ob. cit.*, p. 138: “[...] la agravante de reincidencia constituye a mi juicio, un grave quebranto de los principios inspiradores del Derecho penal de la culpabilidad, resultando además poco adecuado como instrumento de política criminal, si tenemos en cuenta que la reincidencia supone un estrepitoso fracaso de los efectos preventivos de la pena. Dada tal frustración, resulta poco operativo que el Derecho penal reaccione, a su vez «reincidiendo» en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención, precisamente a través de la misma sanción que fracasó anteriormente. Por consiguiente, lo más adecuado a tal fin no consiste en aumentar la cantidad de pena, dado el fracaso de la sanción retributiva, sino antes bien recurrir a una consecuencia jurídica de naturaleza distinta, a mi juicio, una *medida de seguridad inocuizadora*”.

³⁷⁹ QUERALT JIMÉNEZ, *El principio...*, *ob. cit.*, p. 21.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

³⁸¹ Dicha sentencia indica, de manera debatible, que: “[...] del propio significado del *non bis in idem* se desprende que la agravante de reincidencia del artículo 10.15 CP no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone [...] la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar —

cuales reconocen que la mencionada agravante implica tener en cuenta razones de prevención general y especial en la medida de la pena y en la ejecución punitiva, todo lo cual permite concluir que dicha figura no es contraria a la Constitución Española siempre que la medida de pena aplicable en virtud de ella no exceda el límite material que supone la culpabilidad por el hecho cometido en el caso concreto. Es decir, cuando la pena no supere el límite máximo del marco penal genérico previsto para cada figura delictiva.

En cualquier caso, que el sistema punitivo permita un incremento agravante en el margen de la pena —por razones preventivo generales o especiales³⁸² ajenas al grado de injusto y culpabilidad concretos— implica por sus efectos una quiebra del principio de culpabilidad que presume un refuerzo de la deliberación criminosa y una mayor peligrosidad del procesado³⁸³. Se debe, entonces, recordar que el principio de culpabilidad no sólo es una garantía que impide superar el límite punitivo máximo del delito, sino que la pena

discrecionalmente— la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados —artículo 10.15 CP— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*”.

³⁸² Así la STS 392 del 16.03.201 (RJ. 2001-1898), cuando indica que “[e]l fundamento de la agravación penal que supone la reincidencia es la inclinación del sujeto a persistir en la ejecución de la misma clase de delitos, por ello, la finalidad político-criminal que justifica la agravación de la pena es la prevención especial fundada en la personalidad del autor, aunque por paradójico que parezca, la reincidencia lo que realmente pone de manifiesto es el fracaso de la respuesta penitenciaria —STS núm. 917/2000 (RJ 2000\5236)—. (...) En tal sentido, y en relación a la agravante de reincidencia pueden citarse las SSTS núms. 335/1998 de 6 de marzo (RJ 1998\2808), 82/1998 de 30 de enero (RJ 1998\387), 1367/1997 de 23 de febrero (RJ 1998\1190), 678/1998 de 14 de mayo (RJ 1998\4991), 486/1999 de 26 de marzo (RJ 1999\2688), 293/2000 de 21 de febrero (RJ 2000\877), 306/2000 de 22 de febrero (RJ 2000\1144), 429/2000 de 17 de marzo (RJ 2000\3325) y 490/2000 de 16 de marzo (RJ 2000\3320), entre otras muchas” (negritas en el texto original).

³⁸³ Vid. FERRUCCIO MARINO, “La recidiva nel reato continuato”, en *Riv. Pen.*, 1970 vol.1, Roma, Temi, 1970, pp. 482 y 483.

impuesta se ha de ajustar de manera estricta a la gravedad del hecho injusto realizado y al juicio de exigibilidad dirigido al autor con ocasión de la realización del injusto (garantía normativa).

Además, no se puede olvidar que los fines de la pena son guías político-criminales que permiten tomar decisiones trascendentales en el momento de la imposición de la misma, para evitar la desocialización del sentenciado. Por ello, imponer la pena agravada por razones preventivo-generales o especiales sin referencia al hecho concreto realizado, implica no sólo una instrumentalización de la persona del procesado para proteger el ente social sino, también, que tal sanción no pueda justificar una decisión judicial racional frente a los fines admisibles de la pena y del Derecho penal bajo la óptica del ordenamiento constitucional³⁸⁴. En síntesis: sería una restricción personalista (ética) de los derechos de los condenados.

Ahora bien, en el caso colombiano también se han desarrollado diversas figuras que acogen la reincidencia, a partir de los postulados político-criminales propios de las corrientes de la seguridad nacional o de la seguridad democrática hoy en pleno apogeo. En este sentido, la legislación penal sustantiva consagra dos modalidades de reincidencia de dudosa constitucionalidad: la primera es de efectos procesales y excluye para el autor ciertos beneficios político-criminales y subrogados penales con base en una reincidencia genérica prevista en el CP, Art. 68A³⁸⁵; la segunda, es especial y está prevista como circunstancia de agravación del tipo penal de contrabando: CP, Art. 319, inc. 3.º: “[...] Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente”.

³⁸⁴ Vid. POSADA MAYA y OTRO, *El sistema...*, ob. cit., pp. 569 y 570.

³⁸⁵ CP, Art. 68A. Adicionado L. 1142/2007, Art. 32: “*Exclusión de beneficios y subrogados*. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o, libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores”.

Por supuesto, lo más preocupante del asunto es que una lectura rápida del Art. 319 da una impresión de conjunto muy complicada, pues todo indica que el legislador quiso consagrar la reincidencia relativa como una norma completa (supuesto de hecho genérico y consecuencia jurídica), más cercana a un verdadero tipo autónomo de “reincidencia” que a una circunstancia modificativa de la responsabilidad. Ello, desde luego, supone un análisis diferente de la figura que, al vulnerar los principios de ofensividad y de culpabilidad por el hecho, no supera los estándares político-criminales modernos propios de un Derecho penal de un verdadero Estado de Derecho social y Democrático.

En fin, debe decirse que esta figura jurídico penal, expresión inequívoca del más retardatario Derecho penal de autor del siglo XX que recoge en todas su extensión el concepto de culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida punible, debe desaparecer de los modernos ordenamientos jurídicos enmarcados dentro del paradigma de Estado social y democrático de derecho³⁸⁶. Su fundamento peligrosista, además de ser cuestionable por atender a la simple actitud de desprecio o rebeldía del sujeto frente al ordenamiento jurídico, sin denotar en realidad un mayor grado de injusto o culpabilidad, es inconstitucional porque castiga el fuero interno de las personas y genera consecuencias muy graves para un Derecho penal culpabilista reconocido en los textos constitucionales³⁸⁷.

³⁸⁶ Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, ob. cit., p. 47; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, en *PJ*, 2ª época, núm. 13, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, pp. 85-89.

³⁸⁷ Cfr. MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., pp. 630-631, quien advierte: “[...] Si se concibe la imputación personal como en este texto, como mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho, aquella actitud de desprecio y rebeldía sólo puede considerarse causa de elevación de lo injusto del hecho. Pero ello no obsta a que pueda reputarse constitucionalmente *inconveniente* la agravación de pena por reincidir. Es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando, por otra parte, tal actitud suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria”.

Capítulo Tercero

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DELITO CONTINUADO

I. EL ORIGEN DEL DELITO CONTINUADO

La moderna discusión histórica del Derecho penal afirma —de forma pacífica— que la figura jurídica del delito continuado tiene origen a partir del riquísimo desarrollo teórico, hermenéutico y práctico que se puede reconocer a las escuelas italianas del Derecho penal¹. Sin embargo, como ocurre muchas veces con aquellas instituciones jurídicas de cuyo linaje no perviven rastros muy claros en el tiempo tras largos períodos de aplicación práctica, en un primer momento, la doctrina penal discutió diferentes hipótesis sobre su origen y evolución. Diversas teorías sobre las cuales no existía, incluso hasta hace poco tiempo, un consenso que permitiera brindar claridad al tema.

Véanse a continuación algunas de aquellas tesis, con el propósito de establecer la importancia y las bases que rodearon la institución jurídica, de la cual se tratará a lo largo de la presente exposición.

Una primera postura, señala que el origen del delito continuado se remonta hasta los trabajos teóricos de los maestros glosadores italianos del Medioevo como ACCURSIO (1100-1250) y, más tarde, por cuenta de los postglosadores de los siglos XII y XIII (aprox. hasta el año 1450), como consta en los estudios jurídicos de BARTOLO DA SASSOFERRATO (1314-1357) en su obra: “*Additio I ad Librum Nonum Digest. Lex xxxii. Illud quaesitum*”² y BALDO DEGLI UBALDI (1327-1400) en sus “*Comentaria, in sextum Codices librum*”³. Sobre el particular, CARRARA sostiene que “los fundamentos de esta doctrina los asentaron los glosadores, que distinguieron cuando el hurto es uno sólo (*furtum est unum*), como en el caso en que un individuo roba

¹ Vid. MASSIMO PUNZO, *Reato continuato*, Padova, Cedam, 1951, p. 2.

² Sobre el particular CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 15.

³ *Ibidem*, p. 16. CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1979, p. 134, entiende que Baldo fue el precursor de la unificación del delito continuado.

muchas cosas en un mismo contexto de acción, y cuando diversos hechos se computan por uno, a causa de la continuación (*facta diversa pro uno computantur ratione continuationis*)⁴.

Por lo que respecta a DA SASSOFERRATO⁵, fue este autor quien precisó, desde una perspectiva objetivo-subjetiva, algunos de los elementos más importantes para «lograr unificar jurídicamente la penalidad» en las hipótesis de varias figuras delictivas concurrentes. Elementos como, por ejemplo: la pluralidad delictiva —*plura delicta*—, la tendencia hacia un mismo fin —*tendant ad eundem finem*— y el castigo unitario —*pro uno puniuntur*—. Por supuesto, sin olvidar la conexión temporal entre la comisión de los delitos de diversa especie, aunque otorga preferencia a la finalidad idéntica del agente. Criterios que le permitirían luego a la doctrina penal delinear con cierta solvencia los contornos del delito continuado⁶.

A pesar de ello, no se puede afirmar —con certeza— que la continuación delictiva fue desarrollada de forma cabal por este autor, porque en verdad no solo omitió considerar el elemento esencial de la unidad de norma infringida, sino que explicó esta figura como un recurso especial asemejado al delito complejo o polidelito —unidad de delito con pluralidad de ofensas disímiles—, que desde la perspectiva jurídica seguía las hipótesis del delito-fin consumiente del delito medio o los supuestos de delito progresivo y hechos previos impunes⁷.

Ahora bien, por lo que respecta al postglosador DEGLI UBALDI, tampoco se puede confirmar que el uso de la locución “continuación” empleada por él, se refiera a la figura de la continuación homogénea en sentido técnico y

⁴ Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, Parte General, José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero (trads.), VOL. I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p. 344, afirma que “[t]al es la sutilísima teoría de la *continuación*, cuyo origen está en la benignidad de los prácticos, quienes no ahorraron esfuerzos en hacer menos frecuente la pena de muerte que se infligía para el tercer robo”. Una referencia general a los sistemas procesales de la época en FRANCESCO CARRARA, *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. V, Santa fe de Bogotá, Temis, 2000, p. 24.

⁵ Vid. VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, Raccolta di studi di Diritto Penale, 2ª ed., Milano, A. Giuffrè, 1970, p. 10.

⁶ Vid. GIOVANNI LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Nicola Jovene, 1933, p. 182; DOMENICO PIASAPIA, *Reato continuato*, Napoli, C.E. Dott. Eugenio Jovene, 1938, p. 22; PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 6.

⁷ Cfr. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 182; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 10.

jurídico⁸; pues, más bien, alude a ella en un sentido empírico comparable al concepto de conexidad o continuidad temporal: “*tempus continuatum*”, como fue usual en el Derecho Romano [Ley XXV, del Tít. *De furtis*, y en la Ley VII § V del Tít. *De injuris*, del Digesto]. Un rudimento que aún se advierte sin cambios en las modernas concepciones sobre la unidad y pluralidad de conductas como, por ejemplo: en la teoría de la “unidad natural de acción”.

Dicho lo anterior, para este autor, cuando varias acciones homogéneas tuviesen en común cierta contextualidad temporal además del “*primus propositus*” psicológico del agente reiterado en el tiempo, deberían ser penalizadas por una sola vez. Por el contrario, si los actos delictivos individuales están separados por un “intervalo temporal” en el cual la identidad de propósito del autor no se presenta o se desvanece, se estará frente a varias acciones que lógicamente deberán castigarse con varias penas —un concurso material—⁹.

En cualquier caso, se debe advertir que DEGLI UBALDI entendió, al igual que DA SASOFERRATO, que en estos casos subsistía una modalidad de delito complejo o, por lo menos, una figura jurídica atípica con la capacidad de unificar ciertos delitos homogéneos que admitan una ejecución temporal ininterrumpida; aunque desde una perspectiva de alta tendencia objetiva como lo advierte ZAGREBELSKY¹⁰, al indicar que en el sistema de UBALDI no tiene ninguna relevancia el elemento subjetivo para el tratamiento punitivo unitario de varios delitos. Tendencia que, en verdad, ha demostrado una importancia práctica relativa en la aplicación jurisprudencial del delito continuado patrimonial en España y Alemania.

⁸ Vid. JUAN DEL ROSAL, “Sobre el delito continuado (hurto)”, en *Estudios Penales*, núm. 7, Monografías de Derecho Español, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos—Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948, p. 142, subraya que una expresión similar se utilizó en Portugal, pero que “[...] el empleo de aquella «expresión» no quiere decir que se haya visto el ámbito en que se desarrolla la actual problemática del «delito continuado»”. En fin de cuentas, el entendimiento de la «acción continuada» nunca pasó de ser, ni más ni menos, que un «delito único compuesto»”.

⁹ Vid. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 186; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 13.

¹⁰ Vid. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 16. También vid. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 187.

De este modo, resulta discutible que las escuelas escolástica y dialéctica hayan creado una institución de envergadura jurídica tan amplia. Más bien se trató de construcciones que de forma incipiente y práctica materializaron la necesidad de ampliar el concepto causal de acción, con el propósito de lograr una punición más justa contra ciertas formas de criminalidad. En forma precisa, SANZ MORÁN advierte que “[e]ncontramos así en los postglosadores una serie de bases firmes, desarrolladas con mayor claridad por juristas posteriores, que nos permiten cifrar en este período los primeros intentos de abordar un estudio diferenciado de las hipótesis de concurso de delitos. Es común a estos autores y a la doctrina jurídica del siglo XVI el esfuerzo por elaborar criterios que permitan excluir determinados supuestos de pluralidad delictiva del riguroso sistema de la acumulación material de penas”¹¹.

Por ello, el origen del delito continuado posiblemente tendría más sentido histórico contemplado como una reivindicación hermenéutica del movimiento renacentista, fruto de la influencia del estudio y la armonización de los principios del Derecho Romano¹² frente a los Derechos estatutarios italianos provinciales del Medievo tardío —lo que se ha denominado “la recepción”—. Ordenamientos caracterizados por la drasticidad punitiva aplicable a ciertos eventos de pluralidad delictiva económica: el *ter furatus*.

Por su parte, la doctrina mayoritaria atribuye el nacimiento del instituto a los prácticos italianos de los siglos XVI y XVII¹³, como se plasmó en los trabajos del consejero real GIULIO CLARO —*Receptarum sententiarum. Opera*

¹¹ ÁNGEL JOSÉ SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, D.L. 1986, p. 44.

¹² Al respecto LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 179; PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, pp. 12 y 13.

¹³ Vid. ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 462 (1991); LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 198; ANTONIO PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, 2ª ed., 1980, p. 589; PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 7; SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 539; ANTÓN ONECA, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 3; ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 498; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1012; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 292; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 228. En contra: DEL ROSAL, “Sobre el delito continuado...”, *ob. cit.*, p. 138, advierte que “[...] tanto el entendimiento como la punición de la noción continuada se circunscribió a la acción delictiva común, sin que para nada tocaran la esencia de la realización delictiva continuada”.

Omnia sive practica, civiles atque criminales, Venecia, MDCXXVI, Libro v¹⁴ (1525-1575)— al asumir de forma parcial la perspectiva objetivista del glosador UBALDI y, en especial, la del procurador fiscal Pontificio PROSPERO FARINACIO (1544-1618), padre “oficial” de la figura¹⁵ en la obra: *Praxis et theoricæ criminalis*, Lugduni, MDCVI, *quesito* CLXVII, núm. 71 y ss.

Es, en verdad, FARINACIO quien le otorga un sentido sistemático a los elementos preexistentes en la obra de SASOFERRATO, aunque hace hincapié en el elemento subjetivo unificador y en la unidad temporal entre los diversos delitos concurrentes, al afirmar que “[l]o mismo hay que decir de aquel que en una sola noche y continuadamente comete diversos robos, y en distintos lugares, aún de distintos objetos [...] a ese ladrón no se le puede ahorcar, como se le ahorcaría si hubiese cometido tres hurtos en tiempos distintos y no continuados”. Según la doctrina italiana, lo que se pretendió en realidad con dicha construcción fue, como conclusión de un largo desarrollo jurídico, dar aplicación al principio por el cual le corresponde una pena única —la más grave de las concurrentes— a varias infracciones de la ley penal que obedezcan *ædem loco et tempore* a una misma intención criminal del agente¹⁶. Principio que en realidad expresa la esencia de la

¹⁴ Vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 17 y ss., atribuye la siguiente cita a CLARO: “[s]e dice que el hurto es uno aunque se cometan varios en un día o en una noche, en una casa o bien en varias”/“Del propio modo, si el ladrón estuviera confeso de haber cometido varios hurtos en el mismo lugar y en distintos tiempos, esta confesión debe interpretarse para el ladrón favorablemente, esto es, que lo que hizo en distintos tiempos continuadamente es un solo hurto y no varios, excepto si se acepta, siguiendo a Baldo, la teoría del intervalo de los tiempos”; SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, p. 46.

¹⁵ CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 19, afirma que “[d]e todo lo expuesto se deduce que la idea de delito continuado fue desconocida para el Derecho romano y el germano; y si posteriormente se citan a este respecto los textos romanos, creemos es debido, más que otra cosa, a las necesidades del método que se utilizaba. Se atisba embrionariamente la idea en los postglosadores, y tiene su origen en los prácticos italianos, y principalmente en Farinacio, aunque su concepto no dista mucho del de CLARO, para evitar que como consecuencia de la dura penalidad existente en la época se impusiese la pena de muerte al autor del tercer hurto”.

¹⁶ Cfr. CARRARA, *Programa...*, *ob. cit.*, p. 354; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, pp. 14 y ss.

continuación delictiva desde la perspectiva de la teoría de la unidad real subjetiva¹⁷.

En otras palabras: no solo se buscó una aplicación más extensa sobre la perspectiva de la acción única o del “*hacer único*” en sentido natural, sino también del aspecto subjetivo del crimen, aun cuando ello ocurriera sobre diferentes lesiones de derechos semejantes a través de actos autónomos, siempre que tuviesen solución de continuidad. No en vano agrega ZAGREBELSKY que “[g]losadores y postglosadores ampliaron de este modo la noción de acción única con el fin de comprender aquello que sería una verdadera pluralidad de acciones autónomas. Con el límite no obstante de que la conducta del reo fuera realizada sin solución de continuidad”¹⁸. Así, el elemento subjetivo impedía considerar ulteriores infracciones independientes a la ley, en tanto que reflejaba el mantenimiento de los efectos del primer delito. Un elemento que marcó la evolución actual de instituciones tan importantes como el delito complejo y el delito permanente.

Por tal razón, DA SILVA CORREIA afirma que desde el punto de vista histórico se ha entendido que el desarrollo de la unidad de acción realizado por estos autores se confundió con la actual formulación del delito continuado, que nada tiene que ver con la continuación de los postglosadores italianos. Afirma dicho autor que “si se reconociera la filiación del crimen continuado en los juristas italianos de la Edad Media, sólo sería posible a base de llamar «continuación» a aquello que rigurosamente es pura y simple unidad criminal, a causa de los criterios comunes de distinción entre la unidad y la pluralidad de delitos”¹⁹. Adicionalmente, todo indica

¹⁷ Vid. SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, ob. cit., p. 46, indica que “[p]arrafo aparte merece la cuestión de si es en este período donde encuentra su origen la doctrina del delito continuado. El problema se conecta con la existencia, impuesta por la costumbre, del principio según el cual al autor de un tercer hurto se le impondrá la pena capital. Los doctores concentran su esfuerzo en poner trabas a dicha regla hasta hacerla impracticable en determinados casos. Fruto de estos esfuerzos es la aparición de una figura que cabe considerar como nítido antecedente del delito continuado”.

¹⁸ ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, ob. cit., p. 16 (t/l); GIUSEPPE SANTANIELLO y LUIGI MAROUTTI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Milano, Giuffrè, 1990, p. 578; SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, ob. cit., p. 44.

¹⁹ Vid. EDUARDO DA SILVA CORREIA, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra, s/e, 1945, pp. 219 y 220.

que tienen razón autores como FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y REYES ALVARADO²⁰, cuando apuntan que el delito continuado, al nacer como un comentario «primitivo» del Digesto 47, 2, 1 —más propio de la apariencia material del ser que a lo espiritual— y no como una propuesta de reforma de la ley vigente, se demuestra que la tesis de los prácticos italianos no pudo inspirarse en una ficción jurídica, sino más bien en un desarrollo de la realidad unitaria propia de la acción humana. Los “clásicos” no falsearon la Ley a la sazón vigente, sino que entorpecieron la injusticia que sobrellevaba la aplicación gramatical de la norma.

Contrario sensu, lo dicho significa que la tesis de la ficción continuada, tal y como se mantiene hasta nuestros días, hubo de ser concebida durante la recepción de los prácticos y la concepción *ius naturalista* ilustrada inclusive que, al final, influyó las legislaciones italianas decimonónicas que regularon la figura en la ley positiva. En efecto, si el derecho natural revelado por la razón era incapaz de explicar desde la perspectiva metodológica —por deducción— el delito continuado, como una realidad ontológica contextual unida por la misma intención criminal del agente, no existía otra alternativa desde el enfoque del deber ser, para configurar dicha institución como un ente jurídico abstracto, que usar una ficción jurídica ideal y racional. Así, debe sugerirse que el *mea culpa* de los “clásicos” por introducir ficciones en el Derecho penal, históricamente, se detrajo a los prácticos italianos por pura confusión del espíritu dada la letra aparente de la ley, bien bajo afirmaciones de imprecisión histórica en torno a la figura o bien por erigir cierta tradición científica en la fundamentación del instituto.

De hecho, el positivismo normativo y la técnica jurídica recondujeron el delito continuado a una realidad normativa para matizar la tesis de la ficción, mientras que el positivismo sociológico la recreó como una agravante de peligrosidad²¹. A su turno, en Alemania, conocidas las

²⁰ Vid. PEDRO ERNESTO CORREA, *El delito continuado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1957, pp. 13-20; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 15 y ss.; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 170 y 187.

²¹ El Proyecto de CP de Ferri incluyó el delito continuado como agravante de peligrosidad en el Art. 21, num. 15.

diferencias metodológicas frente a las escuelas italianas²², la figura se comenzó a explicar como un delito único natural —permanente o complejo— y, de forma paulatina, como una creación jurídica normativa o una figura ontológico-normativa.

En fin, vale la pena reiterar que la construcción teórica de este grupo de autores se vio animada por una clara necesidad práctica, pero también humanista, de reaccionar contra el enérgico sistema de punibilidad imperante en los estatutos italianos provinciales de la época como, por ejemplo: las legislaciones de VALSASSINA (1343)²³ y VALSOLDA (1388) que ordenaban la pena de muerte para el procesado reincidente por la comisión del tercer hurto consecutivo²⁴. O también, para medir los efectos de las sanciones aplicables a los casos de concurso de delitos según las reglas de la acumulación material, es decir, la imposición de tantas penas como cuantas conductas punibles se hubiesen realizado²⁵. Un enfoque que materializó correctamente el escepticismo frente a dichos sistemas de punibilidad en la modernidad. Por supuesto, no todas las legislaciones europeas fueron muestra representativa de esta perspectiva humanista, al menos de forma parcial hasta las reformas penales ilustradas del siglo XVIII, cuando en algunos países se eliminó por un tiempo la pena de muerte para el primer delito de hurto, fruto de las ideas de MONTESQUIEU (*Del espíritu de las leyes*, 1748 y el discurso sobre las penas, 1772), C. BECCARIA (*De los delitos y de las penas*, 1764) y LARDIZÁBAL (*Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, 1782). Así, por ejemplo: Rusia (1767) y España (1764, cuando Carlos III suspendió,

²² Sobre esta cuestión, SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2002, p. 153-250.

²³ Dicho estatuto estableció lo siguiente: “si autem fecerit tria furta vel tres robarias vel alias frequentaverit vel fuerit famosus latro vel rubator, furcis laqueo suspendatur et œdem modo furcis laqueo suspendatur qui robariam fecit aliqua de quantitate vel re valoris librarum quinquaginta tertiorum vel ab inde supra extra loca habitata”.

²⁴ Sobre el particular, LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, pp. 194 y ss.; PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 19; PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 5. Sobre lo último, *vid.* LUÍS PRIETO SANCHÍS, “La filosofía penal de la ilustración española”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Luís A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Dirs.), vol. 1, Cuenca, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 503 y ss.

²⁵ *Vid.* CARRARA, *Programa...*, *ob. cit.*, pp. 348 y 349; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos...*, *ob. cit.*, p. 57, advierte que el delito continuado en sus inicios fue consecuencia del aspecto negativo de la acumulación de penas.

en forma definitiva, la pragmática de Felipe II del 23.02.1734 y la pragmática del 12.03.1771 sobre el límite de la acumulación de penas por 10 años para delitos no cualificados)²⁶.

En cualquier caso, aun cuando la continuación propiamente dicha como ficción (distinta a la unificación de la acción continua de los prácticos) tiene origen o es un producto de los clásicos italianos, no se puede olvidar que la idea de restringir la duplicidad de las penas en ciertos casos de similitud de causa, de objeto del delito y de nexo temporal y psicológico, ya preexistía en los trabajos de los postglosadores y en algunos estatutos italianos de la época, como p. ej.: Padua (1236), Patavium (1329), Roma (1363), Olevano (1364), Narni (1371), Bassano (1392), Vincenza (1425), Fermi (1506), Lucca (1538, Lib. IV, Cap. 163 y 164), Ancona (1566), Ferno (1568), Monti Ribiano (1574) y San Elpidio (1575)²⁷.

Por lo que atañe al Derecho canónico, no se puede afirmar que esta figura haya sido ignorada, aunque en realidad fue consagrada con un fundamento jurídico diferente al anotado. De hecho, el delito continuado solo fue regulado en materia de prescripción y asimilado al delito habitual y al permanente. Así, cuando se constataban diferentes acciones de la misma naturaleza, al mediar una misma lesión jurídica frente al mismo objeto del delito, se castigaban las diferentes acciones como un único delito consumado²⁸.

Ahora bien, sólo en el siglo XIX se encuentran datos positivos ciertos en relación con el delito continuado. Lo que haya sucedido en aquel transcurso de tiempo es una incógnita que no deja de sorprender, porque, como se ha dicho, la diferencia técnica que existe entre las legislaciones y los trabajos doctrinales previos sobre la figura es francamente apreciable.

²⁶ Vid. PRIETO SANCHÍS, *La filosofía...*, *ob. cit.*, pp. 503 y ss.; CESARE BECARIA, *Dei Delitti e delle pene*, con note di diversi scrittori e ricerche intorno alla natura dello stile, Nova Ristampa, Torino, Utet, 1911.

²⁷ Sobre el particular ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, pp. 6 y ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 19, cita núm. 34, atribuye por ello el delito continuado a normas medievales. Descarta, con razón, una regulación tan antigua CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 21.

²⁸ Vid. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, pp. 189 y 190; PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, pp. 34 y 35.

Por tal motivo, muchos autores asignan su verdadero origen a la Ley Toscana del 30.07.1795 (Art. 19) circular del 29.01.1821, que reconoció como delito continuado varios hechos de hurto cometidos en diferente tiempo, modo y aun cuando se causare daño a diferentes personas, siempre y cuando los apoderamientos no superen el límite temporal de 20 horas. Lo anterior, sin perjuicio de advertir que la figura también fue regulada por el CP de Bavaria de 1813²⁹, entre otros, como el de Württemberg (1839, Art. 122), Hannover (1840, Art. 106), Braunschweig (1840, §56), Turingia (1848-1849, Art. 51), Hessen (1841, §§111 y 112), Sachsen (1845, Art. 78) y Baden (1845, §180); sin que se haya materializado al final en el RStrG-Código Penal del Imperio Alemán en su redacción del 15.05.1871.

Por supuesto, estas primeras previsiones positivas permitieron extender el delito continuado a otros ordenamientos italianos como el CP Toscano de 1853 (20.06.1854, Art. 80³⁰), al CP Sardo de 1859, aunque en este último ordenamiento solamente se menciona en el Art. 144 para efectos de la prescripción de la acción, y al CP de Zannardelli del 30.29.1989, Art. 79³¹. Y, en general, a otras legislaciones jurídico-penales en Europa y América Latina.

²⁹ Al respecto PIASAPIA, *Reato continuato, ob. cit.*, p. 17, considera excesiva desde el punto de vista histórico, aquella afirmación en cuya virtud se dice que el origen del delito continuado habría tenido lugar en el Derecho Penal italiano como una importación del Derecho alemán, en especial del Art. 110 del Código Penal Bávaro de 1813. El artículo mencionado expresó: “wird ein Verbrechen am demselben Gegenstände oder an einer un derselben Person mehrmals begangen, so sind die verschiedenen das Verbrechen fortsetzenden Handlungen für eine einzige Tat zu rechnen, doch als erschwerender Umstand [...] bei Ausmessung der Strafe zu berücksichtigen”.

³⁰ Dicho artículo precisó: “Varias violaciones de la misma ley penal cometidas en un mismo contexto de acción, o también en tiempos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado; pero la continuación del delito aumentará la pena dentro de sus límites legales” (t/l). Sobre el particular PUNZO, *Reato continuato, ob. cit.*, p. 6; ZAGREBELSKY, *Reato continuato, ob. cit.*, p. 17, confirma que el elemento unificador de tal normativa fue el elemento subjetivo —*de la misma resolución criminosa*— y no en el aspecto objetivo-temporal.

³¹ En efecto: “Varias violaciones de la misma disposición legal, aun cometidas en diversos tiempos, con actos ejecutivos de la misma resolución, se consideran como un solo delito, pero la pena se aumentará desde un sexto a la mitad” (t/l).

II. EVOLUCIÓN DEL DELITO CONTINUADO EN ESPAÑA

En España, la institución del delito continuado constituye una de las manifestaciones jurídicas más importantes del papel creativo o innovador cumplido por la doctrina y la jurisprudencia en el desarrollo material del Derecho penal; como es apenas natural, consideradas las necesidades prácticas de la justicia y del sistema punitivo y, desde luego, como aplicación de los principios generales del Derecho³².

Desde luego, su evolución en el ámbito cultural y jurídico ha sido delineada por una larga tradición, solo plasmada en la legislación penal sustantiva —al menos de forma lúcida³³— hasta la reforma urgente y parcial de 1983³⁴ [STS 279 del 01.03.1995 (RJ. 1995-1903)], modificatoria del texto refundido del CPE publicado por el D. 3096/1973, conforme a la L. 44/1971. Texto donde, en definitiva, se afianzó como una modalidad excepcional de la normativa del concurso real de delitos, por medio de un tratamiento punitivo asemejado legalmente a los supuestos de unidad delictiva. Considérense, a continuación, algunas de las etapas más

³² Respecto al fundamento de su origen en España *vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 184; STC. 89 del 02.11.1983 (RTC 1993-89). En general, *vid.* JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA y ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, Parte General, 18 ed., Madrid, Dykinson, 1995, pp. 857 y 858.

³³ Se debe anotar que el CPE/1928 (vigente desde el 01.01.1929) recogió una fórmula imprecisa de continuación en el Art. 164 —como excepción al sistema de acumulación material de penas—: “[t]ambién serán aplicables, cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser apreciados, a juicio del Tribunal, como una sola acción continua. / En estos casos sólo se aplicará la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados o la pena inmediatamente superior en el grado que se estime procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pueda ser aquella inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiere. / Si la aplicación de estas reglas resulta, a juicio del Tribunal, más dura que la imposición de las penas correspondientes a las dos o más infracciones, se impondrán todas estas penas, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo anterior”. Sin embargo, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 24, señala que “no parece que el artículo 164 del CP de 1928 llegara a tener vigencia efectiva”. También, fue recogido por la LO 07 del 13.07.1982, mod. LO 12 de 1995, referida a los delitos e infracciones administrativas en materia de contrabando.

³⁴ En este sentido, la STS 184 del 13.02.2001 (RJ. 2001-1271) sostiene que “[...] el artículo 69 bis no supuso la instauración «ex novo» de esta modalidad concursal, sino la sanción legal de una creación jurisprudencial de hondo arraigo en nuestro Derecho. Puede decirse que la formulación legal respondió en todo caso a la estructura general que, desde la jurisprudencia, venía señalándose en forma reiterada”.

importantes del desarrollo doctrinal del delito continuado, desde el período jurisprudencial o prelegislativo hasta la reforma de 2003 al CPE/1995.

A. EL PERÍODO PRELEGISLATIVO DEL DELITO CONTINUADO. Dicho lapso comenzó hacia 1872, cuando el TRIBUNAL SUPREMO, mediante un esfuerzo hermenéutico importante, concedió un lugar propio a la continuación delictiva en la jurisprudencia y en el ámbito del Derecho penal español, con base en las elaboraciones de la doctrina penal italiana y alemana de la época. Desde luego, es necesario convenir que en este período el delito continuado se caracterizó, debido a la ausencia de previsión positiva de la figura en los Códigos penales de 1822, 1848 y 1870, por una enorme inseguridad jurídica: una ambivalencia dogmática y punitiva que al final degeneró —en muchos casos— en una aplicación inconsecuente, intuitiva y errática de la institución en el ámbito jurisprudencial³⁵, incluso con consecuencias nocivas para los procesados.

Asimismo, la evolución del delito continuado fue impulsada por decisiones judiciales bastante discutibles. Ello no tanto por legitimar (de manera dudosa) la aplicación de una institución en esencia interpretativa que ampliaba la realización simple del tipo, al mediar la infracción de las garantías derivadas del principio de legalidad en su modalidad de “*nullum crimen sine lege*”, porque en realidad no se creaban nuevos delitos con su aplicación³⁶; sino, más bien, por comportar importantes transgresiones a la

³⁵ Así, ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 503; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 24 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 22 y ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 667; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en *REDC*, año 4, núm. 10 (ene.-abr.), 1984, p. 26; GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1057, afirma que “[...] cuando el delito continuado era una figura creada y aplicada por los Tribunales el efecto, atenuante o agravante, de su aplicación era distinto según el delito a que se aplicaba; en general resultaba beneficioso excepto en los delitos contra la propiedad[...]”; ANTONIO PELÁEZ DE LAS HERAS, *El delito continuado*, Salamanca, Publicaciones Universidad de Salamanca, 1942, pp. 37 y ss.

³⁶ En contra de la violación del principio de legalidad penal, previsto en el Art. 25.1 CNE, por la posible aplicación punitiva del delito continuado en favor del reo, aun cuando la figura no estuviese legalmente consagrada, *vid.* la STC 89 del 02.11.1983 (RTC. 1993-89), que legitima desde la perspectiva constitucional la aplicación de la figura, al considerar que “[n]i la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver cuándo, a efectos de determinación

garantía constitucional de punibilidad “*nulla pœna sine lege*”, dado que en muchas oportunidades la continuación se aplicó en perjuicio del procesado, al individualizar una penalidad analógica más severa —*in malam partem*— que la pena legalmente aplicable al caso concreto, con la distorsión de la pena prevista en la ley para el delito³⁷.

De igual forma, en ocasiones se atribuyó —sin habilitación legal— la penalidad propia del concurso real a los casos de delito continuado o viceversa, como consecuencia de la ausencia de criterios definidos respecto a la teoría de la unidad y la pluralidad de acciones³⁸. Con lo cual la institución se convirtió en un azar punitivo que impedía alcanzar el *desiderátum* de benignidad o *favor rei* que la caracterizaba; lo que vulneraba

de la pena aplicable, distintos hechos, penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único, subsumible dentro del mismo tipo en el que cabría incardinar cada uno de aquéllos, pero del que resulta un daño cuya magnitud le hace acreedor de una pena del mismo género, pero distinta extensión (menor o mayor) de la que correspondería al autor si separadamente se pensasen los diferentes hechos que el juez ha integrado a efectos penales en uno solo. No hay en esta manera de aplicar la Ley lesión alguna del art. 25.1 de la Constitución española, pues el Juez ni crea nuevas figuras delictivas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduados de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley”. También, las SSTS del 15.06.1953 (RJ. 1953-1515), 10.03.1971 (RJ. 1971-882), 09.10.1971 (RJ. 1971-3773).

Afirman la trasgresión legal sustantiva: CARLOS BLANCO LOZANO, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, La Ley, 2003, p. 597; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 30 y ss., indica (*ibidem*, p. 31) que “[u]na pluralidad de infracciones sólo pueden unificarse cuando así lo disponga la Ley, pues ante su silencio, al intérprete no lo queda más camino que penarlas individualmente”; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 888, quienes además consideran que con ella se creaba un nuevo título de imputación por analogía prohibida; ANTONIO CUERDA RIEZU, “El delito continuado”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Básica*, Alfredo Montoya Melgar (Dir.), vol. 2, Madrid, Civitas, 2001, p. 1995; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Principio...”, *ob. cit.*, pp. 30 y 31; ENRIQUE ORTOS BERENGUER, y JOSÉ GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal*, Partes General y Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 294; STS del 14.10.1947 (RJ. 1947-1154).

³⁷ Vid. CEREZO MIR, *Curso...*, vol. 3, *ob. cit.*, pp. 293, 294 y 295, para quien “el Tribunal supremo apreció en ocasiones el delito continuado aunque con ello se perjudicaba al reo, lo que podía suceder en los delitos contra la propiedad [...] El Tribunal Supremo se apartaba con ello de la teoría clásica, y además, al no estar regulado en la ley el delito continuado, cuando se aplicaba en contra del reo se infringía el principio de legalidad de las penas”; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1014; DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 185; JOSÉ MARÍA TOMÁS TÍO, “El Delito continuado en el Código penal (artículo 69 bis)”, en *CPCr*, núm. 31, Madrid, Edersa, 1987, p. 113, precisa que “no es que se vulnere el principio de que “no hay delito sin ley”, puesto que no se crean nuevos delitos con la aplicación de la doctrina del delito continuado, pero sí que se vulnera fundamentalmente el principio de que “no hay pena sin ley”, pues se modifica sustancialmente el régimen de aplicación penológica [...]”.

³⁸ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 25; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 27, indica que tal confusión fue constante en el desarrollo jurisprudencial del TS español.

también la garantía de certeza técnica que supone el principio de legalidad de la pena. De hecho, esta situación también tiene relación con la carencia de una base dogmática clara y precisa sobre esta figura jurídica. Justo es decirlo, en esta época se pueden advertir al menos tres justificaciones teóricas distintas sobre la naturaleza material del delito continuado³⁹:

En primer lugar, se consideró como una ficción jurídica asentada en profundos matices humanitarios, cuya finalidad inherente era favorecer desde el punto de vista punitivo al autor que había realizado una pluralidad de infracciones delictivas homogéneas, guiadas por el hilo conductor de un elemento subjetivo unitario⁴⁰.

En segundo lugar, se explicó como una realidad jurídica, en virtud de la cual se pretendían resolver, de forma práctica, los inconvenientes procesales y probatorios que acusaba el concurso material de delitos en estos supuestos. Los primeros provocados por la expansión y dispersión por competencia de procesos judiciales en los casos de pluralidad de infracciones delictivas seriadas. Y, los segundos, bien referidos al elemento subjetivo de la continuación, o para evitar la impunidad de ciertas actividades criminales valoradas de manera conjunta, lo que se solucionó de ordinario mediante el expediente político-criminal de la indeterminación de las acciones, que daba por demostradas las fechas, el lugar y las cuantías de las infracciones legales⁴¹.

Para terminar, en tercer lugar, el TS consideró —poco antes de la previsión legislativa de la figura en 1983— que el delito continuado constituía una realidad ontológica autónoma que obedecía a justificaciones mixtas; que de todas formas debía ser aplicada con base en su naturaleza jurídica. Posición jurisprudencial que se justificó con el propósito de poner punto final a la crisis interpretativa originada por el ámbito de cobertura del principio de legalidad, imperante en esta materia.

³⁹ Sobre la evolución jurisprudencial de la época, STS del 21.10.1991 (RJ. 1991-8856).

⁴⁰ Vid. PELÁEZ DE LAS HERAS, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 13.

⁴¹ Lo comenta con amplitud ANTON ONECA, “El delito...”, *ob. cit.*, pp. 8 y 9; TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, pp. 113 y 128.

Por supuesto, por fuera de las previsiones legales, dicha institución dogmática sólo era practicable desde la perspectiva constitucional, siempre que fuese entendida como una unidad delictiva natural o jurídica que, al adecuarse sin mayores inconvenientes a los supuestos de hecho de la parte especial del Código Penal, no implicara crear nuevos títulos de imputación jurídico-penales, y se sancionara según la gravedad exteriorizada por el único delito según la norma respectiva. Como es de suponer, la doctrina mayoritaria, luego de criticar severamente la evolución jurisprudencial anterior, como colofón, se lanzó en ristre contra esta postura al considerarla una mera construcción artificial con fundamento, primero, en una cuestionable interpretación del tipo penal proscrita por el principio de legalidad, y, segundo, por una jurisprudencia de valores inaceptable que derogaba la normativa concursal vigente para la época⁴², al tratar el concurso real como un supuesto de delito único natural continuado.

Sin embargo, lo que debe verificarse en este punto es si una vez autorizada la construcción legal del delito continuado, iguales argumentos expuestos entonces sirven hoy para conservar una continuación entendida como un ente jurídico derivado del concurso real de delitos, en el cual media una pluralidad de acciones naturales y delitos completos. Sea como fuere, se puede indicar que las diferentes concepciones teóricas en la evolución del delito continuado no son resultado del azar, pues es cierto que constituyen un reflejo de la evolución de la teoría del Derecho penal Europeo.

En efecto, (i) con el avance paulatino de la política-criminal en el ámbito de la punibilidad, (ii) a partir del desarrollo de las teorías de los fines de la pena y la consecuente crisis del modelo punitivo de la acumulación material para sancionar los casos de concurrencia delictiva, y (iii) con el progreso de las nociones dogmáticas de acción y bien jurídico, parte de la ciencia penal comprendió que el delito continuado no se podía explicar de forma satisfactoria como si cumpliera —*quad modus pœnam*— la misma función que en la actualidad desempeñan —en teoría— los sistemas punitivos de

⁴² Una perspectiva contraria en CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 32 y 33. Muy crítico con estos autores, a partir de la teoría de la realidad, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 20.

acumulación jurídica o de absorción en sus diferentes modalidades, ello es, la humanización y la morigeración de la pena propia del concurso real de delitos⁴³. Todo esto, porque tal asimilación constituye una falsa simplificación de la institución que incluso justifica el pleno abandono de la teoría de la ficción, pues como lo indica CHOCLÁN MONTALVO: “esta síntesis pone de manifiesto cómo la institución en su evolución va perdiendo su sentido histórico de derogación de las reglas penológicas de la pluralidad de hechos independientes, esto es, limitación favorable al reo, del principio de acumulación material previsto como sistema de punición del concurso real de delitos”⁴⁴.

Es más, parte de la doctrina penal consideró que el delito continuado no era una institución sólo punitiva porque si ello fuese así, como es lógico, su necesidad de aplicación práctica habría desaparecido con el cambio de los sistemas penológicos concursales a lo largo del siglo XX. Inclusive, se advirtió que muchas hipótesis de continuación delictiva no eran sancionadas en forma proporcional con aplicación de las reglas de los sistemas matizados de punibilidad, previstas para las hipótesis de concurso real. Como consecuencia de lo anterior, la doctrina comenzó a buscar sentido dogmático a la figura sustantiva en la teoría del delito, al retomar ciertas posturas ya elaboradas a partir de la acción, el bien jurídico y el injusto. De este modo, se reformulan las teorías de la realidad que, o explican la continuación desde un punto de vista jurídico, o lo hacen desde una perspectiva ontológico-normativa, distinta a la concepción subjetivista original de ALIMENA.

Importa manifestar ahora que el delito continuado se comenzó a perfilar como una unidad delictiva con sustantividad propia, que cuenta con determinados presupuestos objetivos, subjetivos y punitivos⁴⁵. Presupuestos

⁴³ Así, ANTÓN ONECA, “El delito..., *ob. cit.*, p. 3, señala que “en rigor, pues, el Código de 1928, más bien que un concepto del delito continuado, lo que establecía es la facultad concedida a los tribunales para sustituir en el concurso de delitos el principio de acumulación de penas por los de absorción o exasperación, sin más límites que el sumamente indeterminado de una “tal conexión” entre los hechos constitutivos de delitos y faltas”.

⁴⁴ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito..., ob. cit.*, pp. 23 y 24.

⁴⁵ *Vid.* STS 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580), advierte que, “[e]l artículo 74 del CP 1995 es sustancialmente igual al artículo 69 bis del CP de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL

que no justifican la penalidad por la pena menor, sino la sanción adecuada y proporcional por la existencia de cierta realidad de injusto material que encuentra, en las estructuras jurídicas del Derecho penal moderno, una enorme acogida político-criminal.

Como se puede observar, la evolución del delito continuado puede explicarse desde un punto de vista teórico. Otra cosa es que el TS haya sido consciente de (o coherente con) dicha evolución jurídica, habida cuenta de la imprecisión que rodeaba los presupuestos y los elementos de la figura; o que al aplicar la institución en comento, éste haya negado la obligatoriedad de ciertas reglas dogmáticas o la validez de determinadas ideas político-criminales, para resguardar el poder de configuración de los tribunales respecto a ciertos hechos delictivos seriados.

En igual medida, la complejidad del asunto está en que, aun cuando se aceptaron nuevas estructuras dogmáticas respecto al delito continuado, la doctrina y la jurisprudencia mantuvieron por tradición oral las justificaciones legitimadoras pragmáticas o benéficas expuestas por teorías anteriores e incompatibles, lo que generó complejas incongruencias y antinomias en el ámbito punitivo. Desde luego, lo dicho también se explica por la usual desatención que ha sufrido la punibilidad en la ciencia penal en comparación con la teoría del delito.

Por lo que concierne a los elementos que estructuran el delito continuado, vale señalar que el TRIBUNAL SUPREMO aplicó la figura, según lo dicho hasta ahora, sin la claridad dogmática deseada, bien con base en elementos cuya comprensión era contradictoria en aquella época⁴⁶ o con fundamento en elementos cuyo alcance se asignaba de manera discrecional, para negar o afirmar la aplicación de la figura en el caso concreto.

5670), al que se incorporó por LO 8/1983, de 25 de junio (RCL 1983\1325 y 1588), tras una larga evolución doctrinal y jurisprudencial en la que dejó de ser una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso y es considerado como un solo delito”. En sentido similar, *vid.* SSTS del 02.02.1998 (RJ. 1998-412) y 1313 del 25.06.2001 (RJ. 2001-5668).

⁴⁶ Para más detalles en la jurisprudencia histórica del TS, ANTÓN ONECA, “El delito..., *ob. cit.*, pp. 13 y 14; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 643 y 644.

Un claro ejemplo se puede observar con el elemento subjetivo, pues aunque el TS exigió de forma generalizada un dolo unitario o global que aglutinase con anterioridad las diversas infracciones realizadas por el autor con fundamento en la teoría de la realidad [STS del 10.03.1972 (RJ. 1972-882)], no es extraño descubrir en otras providencias de la época que, el máximo Tribunal, también acogió elaboraciones cognitivas italianas, que explicaron el elemento subjetivo como propósito, plan criminal, proyecto, ánimo o unidad de motivos [SSTS 22.10.1970 (RJ. 1970-4310) y 11.02.1972 (RJ. 1972-591)]. Es más, en esta fase también se admitió de manera excepcional la teoría criminológica alemana del dolo continuado, definido como un “caer en la misma tentación delictiva” [STS del 08.06.1967 (RJ. 1967-3050)], o la teoría causalista de la culpabilidad homogénea. En fin, la jurisprudencia española empleó como sinónimos todo un arsenal de conceptos disímiles sobre el mismo elemento del delito continuado, lo que generó confusión en la doctrina y en la jurisprudencia regional⁴⁷. De hecho, toda esta imprecisión teórica repercutió de forma negativa en la capacidad del TS para trazar con claridad la frontera jurídica entre la unidad y la pluralidad de acciones y, con ello, la diferencia entre la unidad y la pluralidad de tipicidades.

Del mismo modo, la jurisprudencia llegó hasta al punto de exigir desde una perspectiva objetiva, por un lado, que las múltiples infracciones delictivas continuadas conformasen una unidad de lesión de cara a un mismo título del Código penal y, por otro —de forma realmente contradictoria—, que las infracciones se realizaran con unidad de tipo básico. En el último caso, como es apenas evidente, con el propósito de negar el nexo de continuidad entre tipos básicos y circunstanciados agravados o entre actuaciones consumadas y tentadas.

En fin, se puede afirmar que uno de los rasgos característicos de la evolución del delito continuado en esta fase fue el comienzo de la desaparición de la exigencia de “unidad de sujeto pasivo” o “unidad de perjudicado” [términos que se utilizaron de forma indistinta, entre otras:

⁴⁷ Incluso, CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 694, advierte: “todas estas expresiones se emplean como sinónimas de unidad de intención o de dolo”.

STS del 11.04.1957 (RJ. 1957-1564)], al ser reconocido en la jurisprudencia el denominado delito-masa; figura que demanda en los supuestos patrimoniales una configuración plural de sujetos pasivos lesionados⁴⁸. Por supuesto, la desaparición parcial de esta exigencia resultó problemática frente a la continuación simple, justo es decirlo, porque el TS asumía un concepto de *dolus malus* en virtud del cual exigía que el sujeto activo del tipo tuviese un conocimiento efectivo inicial de todos los titulares de los bienes jurídicos afectados; algo que no resulta compatible —en todos los casos— con el *modus operandi* del delito masa. De este modo, el TS no solo tuvo que asumir un concepto de dolo global avalorado, que entre otras cosas asimiló de manera equivocada al dolo típico, sino que tuvo que ajustar su definición de sujeto pasivo para dar cabida a los conceptos de perjudicado, lesionado, víctima y ofendido⁴⁹.

Es más, no se puede ignorar que la pluralidad de sujetos pasivos tropezó con el tratamiento continuado que se buscaba aplicar a algunos casos que afectaban bienes jurídicos “eminentemente personales”, como el acceso carnal violento, con el fin de evitar su equivocada reconducción al delito único⁵⁰ o su injusto tratamiento como concurso real.

En cuanto a la punibilidad, la continuación se entendió —en muchos casos— como una modalidad de delito único que admitía la penalidad correspondiente a la infracción típica, sin que fuese posible aplicar —desde un punto de vista político-criminal— las reglas propias del concurso real de delitos o agravar la condigna penalidad. Por añadidura, en este período la doctrina comenzó a distinguir la punibilidad de las diferentes modalidades

⁴⁸ Sobre la renuncia jurisprudencial a la unidad de sujeto pasivo en este período, *vid.* SSTS del 23.05.1952 (RJ. 1952-1049); 20.03.1964 (RJ. 1964-1611); 25.11.1966 (RJ. 1966-5291); 08.02.1972 (RJ. 1972-519); 12.05.1972 (RJ. 1972-2766); 20.05.1972 (RJ. 1972-2221); 20.12.1972 (RJ. 1972-5496); 17.10.1973 (RJ. 1973-3847); 30.10.1973 (RJ. 1973-4000); 12.05.1975 (RJ. 1975-2217) y del 19.11.1976 (RJ. 1976-4825).

⁴⁹ *Vid.* TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 134.

⁵⁰ *Vid.* STS 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580): “[l]a primera [STS del 31.01.1986], recuerda que el delito continuado había sido recibido en la doctrina jurisprudencial con anterioridad al artículo 69 bis rechazando, por lo general, su aplicación a las agresiones sexuales, pero añadiendo que había de apreciarse la existencia de una sola acción punible en «los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los “mismos” sujetos y en el marco de una “misma” ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar».

de continuación patrimonial. De este modo, nace el criterio “jurisprudencial” de la suma de cuantías en la continuación de naturaleza patrimonial, que tanta polémica ha suscitado y suscitará en la concepción general de la figura en España, al producir de manera contingente beneficios punitivos injustificados para los hechos delictivos patrimoniales más graves⁵¹. Criterio que ha socavado aún más la reñida legitimidad de esta institución en el sistema de responsabilidad penal. ¡Toda una paradoja valorativa que se pudo evitar mediante una configuración adecuada del sistema general de penas!

De otro lado, por oposición al concurso de conductas punibles, la jurisprudencia vinculó la aplicación del delito continuado —a modo de *conditio sine qua non*— con el criterio empirista, decisionista y antitécnico de “la indeterminación procesal y probatoria de las acciones sucesivas realizadas por el agente”⁵². Criterio en verdad indefendible desde el punto de vista político-criminal y procesal, porque permite elegir como base punitiva a aquellas acciones en teoría más graves que, en realidad, no están demostradas plenamente en el expediente judicial. Como consecuencia de ello, la institución perdió mucho de su sentido dogmático o científico, pues la doctrina mezcló de forma indebida la resolución de los problemas probatorios en el concurso de delitos con la naturaleza dogmática del delito continuado.

Para terminar, la doctrina y la jurisprudencia distinguieron, con base en las construcciones teóricas alemanas sobre el bien jurídico, entre los casos que vulneran bienes tutelados no personalísimos —como sucede en los delitos contra la propiedad, en los cuales es perfectamente aplicable una pena única

⁵¹ Así, CUERDA RIEZU, Concurso de delitos y determinación..., ob. cit., p. 125; y MIR PUIG, Derecho..., ob. cit., p.645.

⁵² En este sentido, ANTÓN ONECA, “El delito..., ob. cit., p. 7; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., p. 27; TOMÁS TÍO, “El delito..., ob. cit., p. 112. En la jurisprudencia, de forma desafortunada, todavía se exige la indeterminación probatoria de las acciones, como sucede en materia de agresiones sexuales (violación) en las SSTS 578 del 26.04.2004 (RJ. 2004-3240); 31.01.1944 (RJ. 1944-399); 26.09.1955 (RJ. 1955-2621); 07.11.1955 (RJ. 1955-2987); 30.09.1958 (RJ. 1958-2981); 21.05.1960 (RJ. 1960-1961); 05.04.1965 (RJ. 1965-1419) y del 02.06.1972 (RJ. 1972-2911), entre otras. Por supuesto, el TS también admitió el delito continuado aunque pudieran individualizarse las diversas acciones: *cfr.* SSTS del 22.10.1970 (RJ. 1970-4309); 18.06.1973 (RJ. 1973-2830); 17.11.1975 (RJ. 1975-4782) y del 11.12.1975 (RJ. 1975-4782).

por la cuantía— y los casos en que se ofendían bienes jurídicos eminentemente personales —en los que se determinaba la pena con base en el delito más grave o con aplicación de la normativa del concurso real—. De este modo, muchos autores valoraron la continuación delictiva como un «*deus ex máchina*» para solucionar los últimos casos mencionados, porque, por una parte, se aplicaba un delito único sin la necesidad de reconocer la teoría de la unidad en el concurso ideal y, por otra, era factible imponer una pena similar a la concursal, desde luego más grave que la correspondiente a la infracción simple, sin llegar al extremo punitivo del concurso real. Una postura plasmada luego en la legislación y que, obvio es decirlo, resulta superable si se advierte que la unidad de conducta en el concurso ideal no obliga a considerar de forma necesaria un solo “delito”, si no varias tipicidades posiblemente delictivas, en las cuales media una conducta única o una unidad de conducta⁵³.

En fin, vistos los serios problemas dogmáticos y político-criminales que rodearon el delito continuado y sus variantes desde la perspectiva del principio de legalidad —*nulla pœna sine lege*—, del principio del *favor rei* y del principio de proporcionalidad, fue necesario adaptar la realidad jurídica a una situación fáctica ya aventajada en la jurisprudencia, mediante la consagración positiva de la figura analizada.

B. LA LO 08 DEL 25.06.1983 [BOE del 27.06.1983, RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 2364]. Mediante esta reforma legislativa urgente y parcial del CP, cuyo precedente inmediato fue el Art. 86 del proyecto de CP del

⁵³ Una visión particular del asunto en materia de delitos sexuales, en CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 281, cuando advierte: “[e]l examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída a propósito de la continuidad delictiva en el delito de violación revela la diversidad de soluciones que ofrece en atención a las distintas situaciones que contempla, pudiéndose resumir la doctrina jurisprudencial, en el frecuente supuesto de varios accesos carnales entre los mismos sujetos, en tres grandes grupos, 1) Apreciación de diversas infracciones autónomas e independientes entre sí, individualizando cada uno de los accesos carnales; 2) Estimación de diversos delitos de violación pero unificados en un solo delito continuado por darse los presupuestos de la acción de continuidad; 3) Apreciación de un solo delito de violación al considerar los diversos acontecimientos sexuales como un solo hecho —unidad típica de acción— aún compuesto de varias secuencias producto del fin unitario de satisfacción del placer sexual”.

07.01.1980⁵⁴, el legislador español introdujo la institución en examen en el Art. 69 *bis*, a pesar de la oposición de un importante sector de la doctrina que consideraba innecesario su reconocimiento. Dicha norma expresó en su apt. 1.º lo siguiente: “[n]o obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones, que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior”. Norma jurídica que también fue aplicada de forma analógica por el TS a los ilícitos administrativos [STS 21.03.1997 (RJ. 1997-2177: Sala de lo Contencioso—Administrativo, Sección 4ª)].

En este orden de ideas, la normativa transcrita fue consagrada en el ordenamiento penal positivo con la finalidad de brindar seguridad jurídica a los delitos continuado y masa, que ya reconocidos de forma amplia por la jurisprudencia del TS, no obstante habían causado importantes problemas prácticos en su aplicación, tanto frente a las figuras concursales como por lo que se refiere a la concreción de sus requisitos fundamentales. También, constituyó un hito importante para depurar las críticas a la figura, derivadas de la infracción del principio de legalidad.

Por lo demás, el delito continuado se introdujo con una finalidad en esencia agravatoria que, aparte de resultar contraria al *favor rei* original, pretendía evitar efectos punitivos favorables aleatorios respecto a “*lo que sea realmente más grave*”. Expresión ambigua que significa, como se expuso antes, que mientras en delitos como el acceso carnal continuado se buscaba suprimir la aplicación del delito único otorgando al juez la posibilidad de aplicar la alternativa: delito continuado-concurso ideal homogéneo según la naturaleza del hecho; en los delitos continuados patrimoniales esta finalidad

⁵⁴ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 869 y 870. En contra: DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 186, indica que el proyecto de CP de 1980 toma como base el Art. 165 del CP de 1928; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 226.

agravatoria, que es una especie del delito masa⁵⁵, buscaba evitar las insignificantes penas provistas por el concurso real en los casos de varias faltas patrimoniales que produjesen un daño total relevante.

Por tal razón, la STS 1276 del 29.06.2001 (RJ. 2001-5954), advierte que “[...] en la jurisprudencia de esta sala el nacimiento de la figura del delito continuado, que en el Código Penal no existió hasta 1983, se halla vinculado precisamente a las dificultades de prueba que se presentaban, en los delitos de contenido patrimonial, a la hora de concretar las diferentes ocasiones en que una persona se había apoderado de bienes muebles de otra. Se utilizó el delito continuado para sumar las cuantías de lo apropiado en tales indeterminadas ocasiones configurando así un delito único para sancionar por el total”. Sobre los requisitos fundamentales de la figura, *vid.* SSTS del 07.02.1996 (RJ. 1996-805) y 1366 del 11.11.1999 (RJ. 1997-7853), entre otras.

Una finalidad agravatoria artificial muy criticada⁵⁶ que, en realidad, no favoreció la seguridad jurídica: en el primer caso, porque no obstante que el juez tuviese la facultad para tratar o no dichas hipótesis como delito continuado, la diferencia punitiva entre ésta figura y el concurso ideal homogéneo era intangible, al contar éstas con una penalidad similar; una ilusión legal, pues, sin mayores deseos que satisfacer las preferencias dogmáticas del Juez en materia concursal, situación que hizo más confusa la relación entre las diversas figuras derivadas de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos. Y, en el segundo, porque se suscitaron fragosas polémicas debido al efecto punitivo denominado el “salto de tipo”, frente al principio sustantivo y punitivo de legalidad.

En todo caso, el legislador español reguló el delito continuado como una derivación excepcional del concurso real. Ello es, como una modalidad jurídica autónoma de delito único que a través de diversos elementos

⁵⁵ *Cfr.* DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 187. En efecto, el Acta de Motivos de la reforma de 1980 sostuvo, respecto al delito masa, lo siguiente: “tampoco será posible que las reglas limitadoras del concurso de delitos, o la cuantía mínima exigida en las infracciones patrimoniales para constituir delito, se tornen en beneficios para los autores de delitos masas”.

⁵⁶ Así, CUELLO CONTRERAS, “La frontera..., *ob. cit.*, p. 73.

subjetivos y objetivos, unifica de forma cuantitativa una pluralidad de tipicidades como un único injusto compuesto que representa la lesión del mismo bien jurídico. No otra cosa parece desprenderse de la locución “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior [...]” referida al concurso real, seguida por la exigencia de realización de una pluralidad de acciones u omisiones naturales u ontológicas.

Como se puede apreciar, el Art. 69 *bis* concertó de forma interesante, considerada la evolución de la figura en el período prelegislativo, un sistema de punibilidad autónomo y dual en materia de delito continuado que distingue: en primer lugar, los delitos continuados no patrimoniales, para los cuales estipuló aplicar la sanción siguiendo la regla penológica de la absorción agravada, al permitir al juez exasperar de forma facultativa el *quantum* punitivo al momento de individualizar la pena en concreto [RCL 1973-2255; NDL 5670]. Y, en segundo lugar, los delitos continuados de carácter patrimonial, con inclusión de las hipótesis de fraude colectivo con sujeto pasivo masa, para los cuales se dispuso una regla de determinación punitiva del siguiente tenor: “[s]i se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”. Sistema punitivo que se caracterizó por otorgar al juez una amplia discrecionalidad reglada en la materia [así lo sugiere la STS 184 del 13.02.2001 (RJ. 2001-1271)].

De igual forma, como expresión de una larga tradición jurisprudencial, el Art. 69 *bis* admitió de forma excepcional en el Párr. 2.º —mod. LO 03 de 1989—, la aplicación del delito continuado cuando resultaren afectados bienes jurídicos “altamente personales”, aun cuando se tratase de varios sujetos pasivos, de la siguiente forma: “[q]uedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la

libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”⁵⁷.

Una limitación político-criminal relativa con hondas raíces jurisprudenciales y dogmáticas que, no obstante ser inconveniente desde la perspectiva de su alcance material, por la innegable desnaturalización que comporta respecto a los bienes jurídicos personalísimos exceptuados (libertad sexual y honor), realmente constituye uno de los baluartes más importantes de la institución jurídica a lo largo de la evolución legislativa posterior a 1983. Dicho sea de paso, una excepción legitimada para asegurar la aplicación de la continuación —o en su caso el concurso real— y excluir en forma expresa: (i) la operatividad del concurso ideal homogéneo de tipos, cuando el mismo hecho hubiese causado dos o más resultados materiales, o (ii) la aplicación de un delito único en las hipótesis que afectan bienes jurídicos personalísimos, cuando se cumplieran los presupuestos teóricos de la continuación, especialmente en el ámbito de los delitos sexuales.

⁵⁷ Desde luego, el texto lo introdujo la LO 03 del 21.06.1989 (RCL 1989\1352), que sustituyó la palabra “honestidad” del tenor literal precedente por el de “libertad sexual”. Ello se tradujo en la imposibilidad de aplicar el delito continuado a los delitos sexuales deshonestos, tal y como se desprende de la STS del 10.12.1986 (RJ. 1986-7899) y, por supuesto, en la más reciente STS 76 del 31.06.2006 (RJ. 2006-490) que, textualmente, indica: “[d]os excepciones prevé nuestro C.P. (art. 69 bis) a tal exclusión de los bienes jurídicos de carácter eminentemente personal en la aplicación de la figura del delito continuado, sin duda por su menor importancia como tales, que son las infracciones que afectan al honor o a la honestidad. Por lo que aquí interesa, simplemente hemos de decir que los delitos de violación exceden de lo que son meras infracciones contra la honestidad, al afectar a la libertad de la persona, lo que ya ha reconocido nuestro legislador, el cual por L.O. 3/1.989, de 21 de junio, modificó la rúbrica del Título IX del Libro II del C.P., que ahora aparece designada como "De los delitos contra la libertad sexual. /Específicamente, con relación a estas últimas infracciones, las violaciones, que son las que ahora ocupan nuestra atención, reiteradamente la doctrina de esta Sala (sent. de 18-12-86, 27-3-87, 6-10-88, 24-1-89, 21-4-92, 28-4-92, 22-10-92 y 3-12-92, entre otras muchas) las viene excluyendo de la posibilidad de aplicación del delito continuado. Cada ataque a la libertad sexual en el máximo rango de ilicitud penal, que es el caso de los accesos carnales realizados mediante fuerza o intimidación o alguna de las otras modalidades previstas en el art. 429, es una ofensa personal que tiene estructura delictiva propia y merece su propia pena, y la repetición de estos actos lleva consigo una necesaria repetición de la punición para dar la debida respuesta al desvalor que cada acto en sí mismo contiene". *Vid.* al respecto SSTS del 21.04.1980 (RJ. 1980-1462); 25.06.1981 (RJ. 1981-2793), 27.10.1981 (RJ. 1981-3894) y del 28.05.1983 (RJ. 1983-2793), entre otras, en las cuales el TS negó la continuación delictiva en los supuestos de violación, al considerar la naturaleza del bien jurídico protegido como “eminente personal”. También, se permitió la continuidad durante la vigencia del Art. 69 bis, en las SSTS del 07.03.1988 (RJ. 1988-1585); del 27.05.1988 (RJ. 1988-3850); del 18.06.1988 (RJ. 1988-5043); del 06.10.1988 (RJ. 1988-7676); del 13.12.1988 (RJ. 1988-9504); del 24.01.1989 (RJ. 1989-1322) y del 05.05.1989 (RJ. 1989-4949).

De todas maneras, resulta indiscutible que el mencionado precepto recogió de manera generosa y amplia la tradición hasta el momento abonada por la doctrina y la jurisprudencia en materia de delito continuado. Por ejemplo: en el ámbito subjetivo el legislador configuró una fórmula compuesta por distintas concepciones jurídicas contradictorias, como lo son el dolo global, total o de conjunto y el dolo continuado que, se quiera o no, evidencian distintas concepciones sobre la naturaleza de la acción, justo es decirlo en el nivel de la unidad y pluralidad de tipicidades. En cuanto al sujeto pasivo, la norma se acomodó a la teoría general al precisar que las diversas acciones patrimoniales podían ofender a “a uno o varios sujetos”, para dar así cabida al denominado delito-masa (delito continuado con sujeto pasivo masa). Una técnica que, si bien moderó en parte la tesis jurisprudencial sobre la unidad de sujeto pasivo dominante hasta entonces, no empero le conservó por pura tradición para las hipótesis de delito continuado que afectan bienes jurídicos “eminentemente personales”⁵⁸.

En fin, resulta indudable que la norma era necesaria desde el punto de vista de la seguridad jurídica, si se tiene en cuenta la caótica situación jurisprudencial de la época, pero también se debe reconocer que trató de poner a tono la institución sin satisfacer por completo las expectativas de la doctrina penal, por lo que se refiere al cumplimiento del principio de legalidad en su modalidad de taxatividad y certeza. Según lo indican algunos autores, esta norma reflejó una concepción jurisprudencial sobre el delito continuado sin la evolución dogmática suficiente, por lo que se refiere a sus elementos básicos esenciales y a sus límites político-criminales⁵⁹.

⁵⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 187, tilda dicha variación como una “quiebra importante frente a la primitiva doctrina jurisprudencial”.

⁵⁹ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 41, advierte que “en suma, la regulación que se introduce es acreedora de notables disfunciones como lógica consecuencia de ser el artículo 69 bis un precepto destinado a plasmar legalmente una elaboración jurisprudencial insuficientemente precisa cuyo fundamento dogmático no aparece en absoluto clarificado”. Ya CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 697, había advertido la insuficiencia de la norma desde el Proyecto de Código penal de 1979, al afirmar que “[e]ste precepto, que suplirá en su día la falta de regulación legal del delito continuado y contribuirá a dar unidad a la Jurisprudencia, contiene numerosos defectos, siendo de lamentar su carácter objetivo, al prescindir de la *unidad de propósito*, que constituye el alma de la continuación delictiva y es su verdadero elemento unificador. También es de resaltar el error de intentar comprender en un concepto único el *delito continuado* y el *delito masa*, no obstante las profundas diferencias que [...] separan ambas figuras”.

Situación que se puede constatar porque el TS exigía, en cierta medida, el requisito inaceptable de la indeterminación procesal de las acciones.

C. LA LO 10 DEL 23.11.1995. EL CPE DE 1995 [RCL 1995\3170 y RCL 1996\777]. A su turno, la legislación penal de 1995 consagró el delito continuado en el Art. 74 —vigente hasta el 01.10.2004—, mediante una fórmula jurídica muy semejante a la anterior, salvo por lo que se refiere a la punibilidad, aunque como “una excepción a la aplicación de las normas generales de imposición de penas propias de los concursos reales de delitos” [STS 184 del 13.02.2001 (RJ. 2001-1271)].

Así, para los supuestos de continuidad delictiva que no supongan una infracción contra el patrimonio económico, apt. 1.º *ibídem*, el legislador precisó de forma mucho más técnica la regla penológica al asimilar estos casos a las hipótesis más atenuadas de concurso ideal de tipos, de la siguiente manera: “[n]o obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior”.

En relación con los delitos patrimoniales, las hipótesis de delito masa y la continuación en algunas figuras como la malversación de caudales públicos [*vid.* STS del 11.10.1999 (RJ. 7027-1999)], la norma precisó un sistema de individualización mucho más severo que el anterior, en cuya virtud la pena se determina según el apt. 2.º *ibídem*, así: “[s]i se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas”. Precepto cuyo espíritu resultó, al final, distinto al texto del Anteproyecto de 1994 que al contrario remitía a

la regla prevista en el numeral anterior, es decir, al canon punitivo general para el delito continuado.

Desde luego, esta fórmula punitiva fue muy criticada como sucedió con la anterior [Art. 69 *bis*], no sólo por su vaguedad y por no satisfacer los principios de taxatividad y de certeza⁶⁰, sino también por resultar demasiado drástica al autorizar la imposición de penas desproporcionadas en el ámbito económico. Así mismo, porque complicó aún más y desnaturalizó el delito continuado patrimonial hasta convertirlo en una institución disfuncional dentro del sistema general de punibilidad.

Es más, desde la perspectiva dogmática ya se distinguían los delitos continuados que afectaban bienes jurídicos no personalísimos, de los eventos delictivos que atentaban contra bienes jurídicos “eminente­mente personales”. Bajo esta fórmula punitiva tal distinción perdió sentido práctico, al constatarse que los casos de delito continuado que afectan bienes jurídicos no patrimoniales o la libertad sexual y el honor, y los eventos de concurso ideal homogéneo que atacan bienes jurídicos “eminente­mente personales”, conllevaban una pena genérica similar conforme a la más grave de las concurrentes impuesta en su mitad superior. Una situación que debió ser corregida mediante la reconducción de todos los supuestos que lesionan bienes jurídicos “eminente­mente personales” al concurso ideal homogéneo, para distinguir la pena prevista para ambas figuras. Por ello, en el apt. 3.º *ibídem* el legislador dispuso que “quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”. En verdad, una fórmula bastante compleja que, no obstante, merece ser analizada con mayor detenimiento más adelante; por ahora, baste lo dicho en el apartado anterior.

Ahora bien, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, se puede advertir cómo el legislador español quiso instaurar de nuevo el delito continuado como una excepción al concurso real de delitos; no empero, asimila su

⁶⁰ Vid. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 789.

punibilidad al sistema de absorción agravada dispuesto para el concurso ideal de tipos. Por supuesto, esta concepción supone partir de una cierta definición del concurso real que resulta dudosa, porque implica no precisar sus límites con el concurso ideal y otras modalidades de delito único, con base en la teoría de la pluralidad extrema (número de resultados, tipos o bienes jurídicos). El concurso real debe definirse de manera negativa, ello es, existirá un concurso real cuando no se presente una unidad de acción en cualquiera de sus modalidades o grados. No basta plantear su límite mínimo frente al concurso ideal a partir de la existencia de varias acciones u omisiones naturales u ontológicas, porque bajo las modernas concepciones de la unidad de acción, estas plurales acciones naturalísticas se pueden reconducir a una unidad ontológico-normativa de acción independiente (la misma acción). La letra de la ley no impide tal distinción obligada en materia dogmática y político-criminal.

Ahora bien, por lo que respecta al elemento subjetivo de la figura, cuando el Art. 74 *ibídem* se refiere a la “unidad de plan”, la doctrina mayoritaria afirma que resulta innecesaria la concurrencia de unidad de dolo o resolución de voluntad, porque basta —de modo asimilado— que el agente aproveche idénticas ocasiones con cierta unidad motivacional, temporal y espacial⁶¹. Eso sí, siempre que se dé unidad de lesión jurídica típica. Con ello, la doctrina afianzó la teoría criminológica del dolo continuado, que resulta cuestionable en esta materia por la expansión objetiva que le otorga a la figura.

De igual forma que en el CP anterior, en el ordenamiento de 1995 desapareció en cierta medida la exigencia de “unidad de sujeto pasivo”, pues el Art. 74 *ibídem* permitió que las acciones u omisiones pudiesen ofender “a uno o varios sujetos”⁶². Dicha exigencia sólo se mantuvo respecto de algunas hipótesis que lesionan bienes jurídicos eminentemente personales como la libertad sexual y el honor [STS 731 del 10.06.2005 (RJ. 2005-

⁶¹ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 188.

⁶² Sobre el particular *vid.* ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Código Penal 1994*, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, DL 1991, p.171.

3751)⁶³]. Así mismo, se mantuvo el denominado delito masa como una modalidad especial de delito continuado, cuya característica esencial sería la colectivización del titular del mismo bien jurídico menoscabado, desde la perspectiva del conocimiento aplicado del autor sobre los sujetos pasivos afectados. Elemento que en ningún caso se puede confundir con la indistinción de los sujetos perjudicados, como lo hace algún sector de la doctrina a partir de antiguas tesis sobre la materia⁶⁴.

En fin, como en el estatuto de 1983, la norma de 1995 no supuso cambios trascendentales que permitan afirmar un avance significativo en materia de delito continuado, pues se mantienen muchos de los prejuicios jurisprudenciales que rodean la figura, tanto desde la perspectiva de la unidad y pluralidad de acciones, como desde el ángulo de la unidad y pluralidad de tipos. La oscura relación que subsiste en el ordenamiento español de 1995 entre el delito continuado y las figuras concursales, sigue precedida por rigorismos inútiles y confusas definiciones en materia concursal que bien se podrían simplificar a pesar de las recientes reformas legislativas.

D. LA LO 15 DEL 25.11.2003, MOD. DEL CP DE 1995 [BOE NÚM. 123 DEL 23.05.2002]. Por medio de esta Ley penal —vigente a partir del 01.10.2004— el legislador español modificó parcialmente el Art. 74 del CP/1995, de la siguiente forma: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un

⁶³ Dicha sentencia advierte: “[e]sta sala, en múltiples sentencias, como las de nº 1002/2001, de 30 de mayo, 812/2003, de 3 de junio y 380/2004, de 19 de marzo, tratándose de delitos de la naturaleza de los aquí contemplados, ha resuelto que sólo es posible apreciar la continuidad en presencia de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo. Y ello en atención a que en supuestos de esa clase no es posible individualizar, con precisión bastante de datos y momentos, cada una de las conductas incriminables” (subrayado por fuera del texto original). Desde luego, esta decisión mantiene la triste exigencia de la indeterminación de las acciones.

⁶⁴ Así, ZUGALDIA ESPINAR et. al., *Derecho...*, 1ª ed., *ob. cit.*, pp. 893-896.

delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado./ 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. / 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten el mismo sujeto pasivo./ En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

A penas ver, la reforma legislativa citada solo modifica parcialmente los arts. 1.º y 3.º del referido Art. 74, con lo cual se desperdició una magnífica oportunidad para introducir modificaciones de fondo y corregir de manera satisfactoria las imperfecciones de la figura legal, algunas de ellas debatidas por la jurisprudencia y la doctrina a lo largo de casi una década de aplicación práctica de la figura. Así como otras tantas inconsecuencias en las relaciones existentes entre el delito continuado y las figuras concursales.

En realidad, la reforma sólo tiene que ver, por un lado, con la punibilidad, mediante la modificación del sistema de absorción agravada obligatorio imperante —que se impondrá en su mitad superior— en esencia por un sistema mixto de asperación, que permite aplicar de manera facultativa una pena superior a la que originalmente era posible imponerle como máximo a las hipótesis de concurso ideal de delitos —que puede, inclusive, llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado—, tal y como sucedía bajo el CP/1983, Art. 69 *bis*. Y por otro, con la mejor adecuación del art. 3.º *ibídem*, referido a la afectación de bienes jurídicos “ eminentemente personales” de titularidad del mismo sujeto pasivo, al separar en un inciso independiente la regla lógica para determinar la aplicación de la continuación, sin que se haya aclarado su oscuro significado, que se deja librado a la interpretación de los operadores jurídicos.

En efecto, la reforma legislativa no resultó del todo afortunada por las siguientes razones:

En primer lugar, en adelante las hipótesis que afecten bienes jurídicos “eminente­mente personales” como el honor y la libertad e indemnidad sexuales, en vez de ser excluidas coherentemente de la relación de continuidad cuando afecten incluso a un mismo sujeto pasivo, como lo ha demandado insistentemente la doctrina penal en esta materia, tendrán ocasionalmente y por una decisión valorativa del Juez —que por supuesto no garantiza una clara homogeneidad en la aplicación de la regla—, una penalidad mayor a la que se podría aplicar si tales casos se resuelven con base en las reglas del concurso ideal de delitos. Por lo demás, la reforma desvirtúa la correspondencia punitiva preexistente en el estatuto original de 1995 entre el concurso ideal y el delito continuado; dicho lo cual, resulta discutible que la continuación se pueda fundamentar como una modalidad especial de concurso ideal de tipos por asimilación jurídica; aun cuando no excluya el argumento por el cual se afirma que el delito continuado se debe reconducir al concurso ideal en aquellos casos en que, pese a subsistir unidad de acción en sentido amplio, no se pueda unificar la infracción típica.

En efecto, mientras que un juez podría apreciar un nexo de continuidad en un caso de injuria [CPE, Art. 764.3.º], lo que implica imponer la pena más grave en su mitad superior, con la posibilidad de agravarla hasta la mitad inferior de la pena superior en grado; otro juez diferente podría considerar el mismo caso como un concurso ideal de tipos y aplicar la pena más grave aumentada hasta el límite máximo de la mitad superior de la sanción. Lo cierto es que en teoría los jueces penales encontrarán menos resistencia jurídica para aplicar el delito continuado en estos casos, así ello implique una desnaturalización de los bienes jurídicos “eminente­mente personales” al ser tratados desde el punto de vista punitivo como bienes no “eminente­mente personales”. De contera, los bienes jurídicos “eminente­mente personales” que deban ser castigados mediante las reglas punitivas del concurso ideal, porque no admiten la relación de continuación, tendrán un tratamiento punitivo más benigno que los bienes jurídicos “no personalísimos” que deban ser castigados como delitos continuados, con

desconocimiento de la proporcionalidad punitiva que debería atender a la jerarquía de los bienes jurídicos en el ordenamiento penal.

La razón histórica de este cambio es señalada con claridad por CHOCLÁN MONTALVO, cuando advierte que desde el punto de vista histórico no se encuentra “[...] explicación suficiente de por qué para el delito continuado que, en esencia, es tratado como modalidad del concurso ideal, puede establecerse una consecuencia jurídica más benévola que para el concurso ideal-absorción agravada según el art. 71 derogado”⁶⁵. Una justificación que, naturalmente, parte de una especial forma de concebir el delito continuado, como concurso sucesivo de delitos.

También, la norma resulta paradigmática en aquellas hipótesis en las cuales se afectan bienes jurídicos “eminente personal”, excluidas de forma expresa por el apartado 3.º del Art. 74, por ejemplo: cuando un sujeto dispara una ráfaga de ametralladora contra cuatro personas causándoles la muerte o realiza varios apoderamientos seguidos mediante violencia personal, se deberá aplicar un concurso homogéneo —ideal si existe unidad de conducta— entre varias infracciones típicas de homicidio o robo —hurto agravado—. Dado el caso de admitir un delito continuado en estas hipótesis, la pena a imponer a este “homicidio” sería mucho mayor que aquella que se impondría para el concurso ideal. Ello sólo privilegia la dudosa tesis según la cual en los casos de concurso ideal homogéneo, debe aplicarse la pena del concurso real por la cantidad de resultados personales producidos, con independencia del número de acciones realizadas.

Con todo, la nueva Ley subrogante consagra para el delito continuado una regla punitiva intermedia entre la pena del Art. 77 —para el concurso medial e ideal— y la pena más grave del Art. 73 —para el concurso real de tipos—. Una penalidad que incluso, en mayor medida que la anterior, puede producir consecuencias punitivas muy drásticas para los casos de delito continuado y masa⁶⁶, más aún, comparada con la pena imponible a los casos

⁶⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 308.

⁶⁶ ANTONIO CUERDA RIEZU, “El rotundo fracaso legislativo del llamado «cumplimiento efectivo» de las penas y otros aspectos del concurso de delitos”, en *Jornadas sobre el nuevo*

de concurso medial [Art. 77.3], que sí serían supuestos especiales de concurso material de tipos. Considerada así la reforma, esta modificación punitiva trastorna sobremanera la armonía del sistema general de punibilidad. De hecho, tal agravación debió ser prevista para los concursos ideal y medial, y no para aquellos casos que admitan la formación progresiva de un injusto unitario que, al final de cuentas, constituyen eventos legales de unidad delictiva y no de pluralidad de delitos.

Por supuesto, la búsqueda de cierto equilibrio entre los supuestos de continuación no patrimonial y los eventos patrimoniales, no parece un argumento válido para justificar la nueva fórmula punitiva, porque en realidad lo que se logra es extender la crítica sobre la penalización de los eventos continuados patrimoniales a toda la figura de la continuación delictiva, sobre todo en tratándose del delito masa. Así, la vía correcta consistía en excluir los delitos continuados sobre bienes “eminente­mente personales” [apt. 3.º], con la reconducción de dichos casos a su sede natural: el concurso ideal de tipos, para el cual se debió disponer una pena superior a la pena del delito continuado simple —absorción agravada—.

En segundo lugar, debe anotarse que la nueva redacción del Art. 74 *ibídem* no enmienda las críticas al sistema de individualización de la pena, referidas a los delitos continuados patrimoniales. Ello, porque mantiene el sistema penológico anterior que resulta complejo y replicable en ciertas hipótesis de faltas continuadas, y que según algún sector de la jurisprudencia se convierten en un delito único con mayor penalidad con violación al principio de legalidad, en vez de estructurar una falta o un delito patrimonial sancionado conforme a la pena más grave de las concurrentes e individualizarlo conforme al perjuicio total causado con la infracción.

Así las cosas, quedó sin aclarar legalmente: i) si la regla penológica del apt. 1.º *ibídem* se aplica o se excluye en absoluto en los delitos continuados patrimoniales, y ii) si la regla penológica del apt. 2.º *ibídem* solo se aplica a los delitos masa o, en general, a todos los supuestos patrimoniales continuados. Aspectos que la jurisprudencia ha resuelto de manera negativa,

Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Adela Asúa Batarrita Ed., Madrid, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, p. 71.

como se verá más adelante. Es más, tal forma de individualización de la pena en virtud de la cuantía no se ajustó a las fórmulas de penalización de otros supuestos típicos de continuación previstos en la parte especial del Código Penal lo que, sin duda, genera una distancia hermética entre tales especies delictivas.

Y, en tercer lugar, se introdujo de forma expresa un sistema dual en materia de sujetos pasivos. En este caso, y a diferencia del Art. 74 original, se indica que la continuación delictiva deberá recaer sobre un mismo sujeto pasivo cuando se afecten bienes jurídicos “eminentemente personales”, pues, de lo contrario, estas hipótesis han de tratarse como un concurso de delitos; por ahora, vale lo dicho hasta el momento. En los demás eventos de continuación se admitirá la pluralidad de sujetos pasivos.

En general, entonces, se trata de la misma norma prevista por el Art. 74 en su redacción anterior. Lo cuestionable, pues, no es lo que dispone sino lo que dejó de consagrar o no previó, atendida la necesidad de reconducir desde la perspectiva político-criminal la figura al ámbito de la teoría del delito y las consecuencias jurídicas.

Por lo que atañe a la parte especial del CP/1995, la LO núm. 13 de 1995 reitera las adiciones efectuadas por la LO 11 de 2003, en relación con los supuestos típicos de “hurto” [Art. 234 *ibídem*] y “robo y hurto de uso de vehículos” [Art. 244.1 *ibídem*], en cuya virtud: se castigará con la misma pena prevista para la infracción delictiva pertinente, al sujeto que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en los Arts. 623. 1 y 3 *ibídem* —faltas de hurto y hurto de uso de vehículos—, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

Las mencionadas disposiciones no constituyen una verdadera excepción punitiva si se acude a la interpretación tradicional del Art. 74.2 vigente, que regula los supuestos de continuación patrimonial bien sean estos delitos o faltas. Lo novedoso de las construcciones jurídicas referidas es que, de alguna manera, sientan las bases para el futuro tratamiento punitivo de diversas faltas patrimoniales continuadas, de tal suerte que será imposible

que las mismas sean convertidas de forma automática en un único delito continuado patrimonial mediante la unificación de las cuantías, sin la respectiva autorización legal correspondiente.

En otras palabras: dichos artículos de la parte especial convierten la denominada figura del “salto de tipo” en una excepción de obligatoria previsión legislativa, al afirmar la naturaleza continuada de la falta como una modalidad delictiva autónoma, cuya pena, dentro del respectivo título de imputación, deberá ser calculada con base en el perjuicio total causado. No se entendería, pues, que los tribunales españoles apliquen como delito continuado único diversas faltas, aun cuando no se cumplan los requisitos consignados en el Art. 74 *ibídem* y en dichas previsiones especiales. Se avizora, pues, un cambio de panorama que sugiere una reinterpretación del CP/1995 en el ámbito del delito continuado patrimonial.

III. EVOLUCIÓN DEL DELITO CONTINUADO EN COLOMBIA

A continuación se analiza en forma breve la evolución del delito continuado en Colombia, desde su período prelegislativo, pasando por los Códigos penales de 1936, 1980 y el CPM de 1995, para finalizar con el análisis del CP de 2000.

A. EL PERÍODO PRELEGISLATIVO DEL DELITO CONTINUADO. No se puede afirmar, con verdadero rigor científico, que el delito continuado haya sido una institución desconocida en Colombia antes de su consagración positiva en el CP de 1936 [Art. 32], a pesar de no haber sido regulado por los CP de 1837, 1873, y que el Código Penal de 1890, Art. 96⁶⁷, solo haya regulado la figura en materia de prescripción. Además, dicha institución no sólo fue

⁶⁷ *Vid.* CP, 1890, Art. 96: “La prescripción empezará a correr desde el momento en que el delito o culpa se haya consumado o frustrado, o se haya practicado el último acto de la tentativa o la conspiración o proposición cuando estos sean punibles; y *en los delitos crónicos [permanentes] o continuados, desde el día en que cesó la continuación*” (corchetes y cursivas por fuera del texto original).

objeto de estudio por parte de autores nacionales como CONCHA⁶⁸ y ARAGÓN⁶⁹, sino que fue incluida en los proyectos de CP de 1889, Art. 132, inc. 2.^o⁷⁰ y de 1912, Art. 73⁷¹, el último de los cuales fue redactado a partir de los mejores elementos del Art. 80 del CP Toscano de 1853, del Art. 74 del Proyecto ZANNARDELLI de 1887 y del posterior Art. 79 del CP Unificado para Italia de 1889⁷². Aun más, dicho texto fue acogido por el Congreso de la República en el Art. 74 de la L. 109/27.12.1922, que en realidad no llegó a regir en Colombia como CP⁷³.

De este modo, el delito continuado fue concebido como una unidad por ficción jurídica, ello es, una sucesión de acciones que al infringir de forma repetida la misma disposición penal resultan abarcadas por el sujeto a través de un mismo propósito criminoso. Con lo cual, al seguir sin duda a la

⁶⁸ Vid. JOSÉ VICENTE CONCHA, *Tratado de Derecho Penal*, 7ª ed., Bogotá, Americana, 1929, pp. 23 y 147.

⁶⁹ Vid. ARCESIO ARAGÓN, *Elementos de criminalología y ciencia penal*, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934, p. 279.

⁷⁰ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 93, el P. Porras expresó: “[t]ampoco serán aplicables cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos ó faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser apreciados, á juicio del Tribunal, como una sola acción continua, en cuyo caso se aplicará, en su grado máximo, la pena correspondiente a la totalidad de la acción”. El mismo autor, en nota 217, afirma: “[s]u autor, en la «Exposición de motivos», no sólo acude a las nociones de delito continuado que pregonaban correctamente autores de la época como Tolomei, Mittermaier y Mancini, sino que —al pie de página— menciona el art. 26 num. 2 del Código de San Marino como el único prototipo legislativo de entonces que se atrevía a emitir una definición, al decir, «El concurso de varios delitos cometidos en el mismo momento de acción y dependientes de una sola resolución criminal» [...]”.

⁷¹ Vid. JOSÉ VICENTE CONCHA, *La Reforma penal en Colombia*, t. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924, p. 45. Por ello, el texto del Art. 73 del P. de CP de 1912 (Art. 74 de la L. 109/1922, ubicado en el Cap. del “concurso de delitos”), dice así: “[s]e considera como un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio; pero la pena se aumentará, en ese caso, desde la sexta parte hasta la mitad”.

⁷² Sobre el particular, el Art. 74 del P. ZANNARDELLI consignó la siguiente definición: “Varias violaciones de la misma disposición de ley penal, aunque se cometan en tiempos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución delictiva, se considerarán como un solo delito; pero en este caso la pena será aumentada de un sexto a un tercio”. Texto tomado en forma parcial del Art. 80 del CP Sardo de 1854. En sentido similar, el Art. 79 del CP italiano de 1889 estableció: “varias violaciones de la misma disposición de ley, aunque se cometan en tiempos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución, se considerarán como un solo delito; pero la pena será aumentada de un sexto a la mitad” (t/l). Vid. PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 36.

⁷³ Sobre el particular, *vid.* FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “El delito continuado”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Memorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 197; *id.*, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 95.

doctrina italiana de aquella época en la materia, se entendió que dicha construcción exigía varios elementos sustanciales, del siguiente tenor:

En primer lugar, resultaba imprescindible la realización de una pluralidad de actos que “apareciesen” como la ejecución de un solo hecho «*fatto*». En segundo lugar, dichos actos debían envolver una pluralidad de infracciones de la misma ley penal o, lo que es lo mismo, una pluralidad de delitos. Y, en tercer lugar, era fundamental que el agente realizara los actos delictivos con un único designio o propósito criminal.

Para terminar, se debe advertir que en aquella época no faltó en la doctrina colombiana algún autor como ARAGÓN que, al exigir cierta heterogeneidad delictiva en la continuación⁷⁴, además de la unidad de propósito y hecho, asimilara de manera parcial el delito continuado a otras figuras jurídico-penales como el delito complejo y el delito permanente. Justo es decirlo, este autor sostuvo como casos ideales de continuación delictiva la asociación de malhechores y el uso de un título falso; mientras que los supuestos en los cuales diversas acciones ejecutivas son momentos de una misma resolución para delinquir, eran comprendidos como delitos que reunidos entre sí podían configurar “accidentalmente” un único delito continuado⁷⁵. *Verbi gratia*, los casos de varios apoderamientos sucesivos en el tiempo realizados conforme a un mismo plan criminal, que hoy en día se conocen como eventos tradicionales de delito continuado por aprovechamiento de idéntica ocasión contextual. De este modo, ARAGÓN concibió dos clases de unidad delictiva: (i) una compuesta por la unidad de acción en sentido estricto; y, otra, (ii) estructurada por una unidad de acción accidental. Lo que, sin duda, no deja de ser interesante para aquella época en nuestro medio jurídico.

⁷⁴ En este sentido ARAGÓN, *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 279, sostiene que los actos criminosos constitutivos de delito deben ser “distintos objetivamente entre sí”.

⁷⁵ *Cfr. ibídem*, p. 279. Allí, afirma que cuando se presentan varios hurtos en diversos tiempos, sobre la misma “materia” o cosa protegida y en perjuicio de un mismo sujeto pasivo—, puede configurarse “accidentalmente” un delito continuado. De todas formas, no se puede olvidar que la doctrina italiana, tan influyente en esta época, distinguía entre delito continuado homogéneo y heterogéneo.

B. EL CÓDIGO PENAL. L. 95/1936. Fue entonces en esta codificación, vigente a partir del 01.06.1938, donde por primera vez fue regulada la figura del delito continuado en la legislación colombiana de manera completa. En este sentido, el Art. 32 *ibídem* fue ubicado en el capítulo destinado a desarrollar las figuras del “concurso de delitos y la reincidencia”, con el siguiente tenor literal: “[s]e considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad” (subrayado por fuera del texto original).

De hecho, resulta interesante advertir que gracias al buen sentido de la Comisión Redactora, el delito continuado se introdujo como una institución independiente con base en la redacción literal del Art. 73 del A. de CP/1912, el cual, a su turno, fue redactado a partir de la legislación italiana del s. XIX. Es más, basta observar el Art. 32 del Tít. III del CP/1936 para comprobar la similitud normativa del texto colombiano con los anotados precedentes italianos, sobre todo con el CP/1889 en materia de punibilidad, pues la norma colombiana también sigue el principio de la agravación simple.

Y se afirma tal interés, pues era lógico que dada la amplia tendencia positivista italiana acogida por el CP/1936, la agravante punitiva que sobrellevó el delito continuado sobre el delito-base más grave como modalidad de concurso real, se hubiese configurado como una de las circunstancias de mayor peligrosidad criminal dispuestas por el Art. 37 *ibídem*, también con base en la línea trazada por el Art. 21 del Proyecto (FERRI) de CP/1921⁷⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista teórico se puede advertir cómo el legislador de 1936 sobreentendió la clásica teoría de la ficción relativa en el texto de la norma comentada. Ello, pues en realidad se afirmó que el delito

⁷⁶ Sobre el particular, LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 206, señala que: “el proyecto positivista de 1921, que no exilia del ámbito del Derecho penal el instituto, hace de la continuación delictiva una circunstancia de mayor peligrosidad. El Art. 21 del proyecto, en verdad, indica como otra causa: «el haber agravado la consecuencia del delito o el haber con la misma acción y no por mera accidentalidad, dañado u ofendido varios bienes de una persona, o el haber con un mismo hecho violado diversas disposiciones de ley o la misma disposición de ley aunque en tiempos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución»” (t/l).

continuado consistente en la repetición de varias infracciones de la ley penal —y por ello sancionables de forma independiente como un concurso real de delitos—, “se consideraban”⁷⁷ para efectos punitivos “como un solo hecho”, dada su ejecución bajo un mismo designio o ideación criminal. Hecho que se castigaba con la pena correspondiente para la infracción; “pero” agravada en comparación con la pena aplicable al único delito referente.

Con ello se asumió, de igual forma, que las plurales infracciones de la ley penal debían ser consecuencia inequívoca de una pluralidad de hechos y no de acciones. La norma, en realidad, se puede explicar en el sentido de que el legislador pretendió que las diversas acciones que componen —en un mismo contexto situacional— el proceso ejecutivo del único hecho delictivo⁷⁸, pudiesen ser consideradas como delitos distintos. Preciso es decirlo, se puede encontrar una norma similar, aunque mucho más amplia, en Art. 81 del CP Italiano de 1930⁷⁹ (ROCCO), explicada a veces como una ficción; pero por lo general como una realidad jurídica necesaria desde el punto de vista práctico⁸⁰, para mitigar la dureza punitiva del concurso material de delitos. En fin, la doctrina colombiana mayoritaria expresó su

⁷⁷ Sobre ello, *ibídem*, p. 320, advierte: “[...] la expresión “se considera” resulta la demostración de la ficción”. Sin embargo, al parafrasear a EMANUELLE PROTO, *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Collana di studi penalistici diretta da Giuseppe Bettiol, Palermo, G. Priulla, 1951, p. 55, “se puede decir que estamos de frente a una ficción gramatical y no lógica. En fin la [...] ficción jurídica da lugar a una incongruencia expresiva (inadecuada en sí misma— Unangemessenheit), no sustancial, es «solamente metáfora lingüística, locución, comodidad terminológica, no efectiva ficción». Toda pretendida ficción jurídica se resuelve por tanto siempre en una simple proposición dispositiva no diferenciándose del contenido de una norma de excepción o de reenvío” (t/l). En particular, *cfr.* FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 1. *Cfr.* CSJ PENAL, sent. del 22.05.1973, J. VELASCO, que señala: “[e]l delito continuado es una ficción legal mediante la cual se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando rebele ser ejecución del mismo designio. Para su estructuración requiere, entonces, de pluralidad de acciones, cada una en sí misma constitutiva de delito, y todas en su conjunto, violatorias de la misma disposición legal, guiadas por idéntico designio. Pudiera afirmarse que la continuidad se conforma como un proceso continuado de delitos discontinuos. O sea que la unidad se da en él como resultado de la pluralidad; unidad legal y pluralidad material”.

⁷⁸ Así, por ejemplo, LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 218, explica la norma del CP italiano. Explicación que bien puede valer para el texto colombiano.

⁷⁹ La norma italiana (Art. 81. 1.º) decía literalmente así: “varias acciones u omisiones, ejecutivas de un mismo designio criminoso, que cometan, aunque en tiempos diversos, varias violaciones de la misma disposición de ley, aunque sean de diversa gravedad”/“(artículo 81.2.º) [...] la pena deberá infligirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triple” (t/l).

⁸⁰ *Cfr.* LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 209; PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 4.

adhesión a dicha unidad jurídica de acción —teorías de la ficción absoluta y la realidad jurídica—⁸¹.

De todas maneras, se debe anotar la evidente contradicción que implicó asumir en esta legislación la teoría de la ficción, porque la continuación delictiva en algunos casos podía comportar una sanción punitiva mayor que aquella sanción imponible para el concurso real de delitos, cuando se trataba de distintos hechos castigados de manera independiente⁸². En otras palabras: la ficción legal resultaba injustificada desde el punto de vista material, toda vez que no implicaba ningún beneficio punitivo para el reo desde el punto de vista humanitario, ni una ventaja práctica desde el punto de vista de la aplicación procesal, argumentos clásicos que han fundamentado la figura bajo estudio.

⁸¹ En este sentido, FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de Derecho Penal*, La norma penal, el delito y el delincuente, Colección pequeño foro, Medellín, EDIJUS, 1975, p. 307; GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 232; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 53 y ss.; FERNANDO MESA MORALES, “Tentativa y Delito continuado”, en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 9, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1971, p. 18; MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 218; PÁEZ POLO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 213; PÉREZ, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 413; REYES ECHANDÍA, “El problema...”, *ob. cit.*, pp. 622-624; *id.*, *La tipicidad...*, *ob. cit.*, p. 229; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 397; ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de Derecho Penal colombiano*, vol. 1, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, p. 162. Punto aparte debe considerarse a ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal Colombiano*, vol. I, 2ª ed., 1968, p. 336, que se inclinó por una interpretación real-subjetiva de la figura. Por su parte, en la jurisprudencia de la CSJ PENAL se puede consultar, sent. del 15.09.1944, C. AGUIRRE, en *GJ*, vol. LXVII, núm. 2010-2014, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1944, pp. 656 y 657; sent. del 14.02.1957, L. SANDOVAL, en *GJ*, vol. LXXXIV, núm. 2179, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1957, p. 448; sent. del 22.05.1973, J. VELASCO, en *GJ*, vol. CXLVI, núm. 2366-2371, p. 480 y sent. del 10.06.1980, G. GÓMEZ, en *GJ*, vol. CLXIII, núm. 2402, Bogotá, Imprenta Nacional, 1986, p. 309 (Cod. Uniandes 9567124-36E).

⁸² *Cfr.* FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 6, quien advierte que tal beneficio punitivo sólo operaba para aquellos delitos en los que la pena dependía de la cuantía, en los que no era posible conformar una sanción más severa, como la prevista en un tipo de la parte especial dispuesta para cuantías más elevadas por un injusto más grave; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 235, afirma que “si observamos la penalidad del «delito continuado» en el Código de 1936, respecto de las formas concursales autónomas que regulaba —ideal y material—, hallamos que el mínimo imponible al responsable de la conducta continuada era mayor que el previsto para dichas formas concursales; en éstas el aumento era discrecional, pero en aquél debía ser de una sexta parte de la correspondiente al respectivo tipo, según se desprendía de los artículos 31 y 33 de la mencionada codificación; lo anterior llevó a concluir que mientras los concursos material e ideal eran formas menos gravosas de tasación punitiva, el instituto de la continuación emanaba de la consideración de una unidad real de la acción; que debía considerarse como diversa del fenómeno concursal, más grave que éste, y por lo tanto, que el acto punible de una adecuación típica singular [...]”.

Por otra parte, una vez debatida su naturaleza, la polémica doctrinal se centró en un segundo nivel de análisis, ello es, en los elementos estructurales de la figura. De esta forma y de la mano del texto legal, la doctrina colombiana acogió tres requisitos fundamentales: En primer lugar, se requirió una pluralidad de infracciones a la ley penal —como actividades homogéneas y repetidas— que pudiesen ser consideradas como un solo hecho doloso —bien por acción u omisión—, sin que fuera necesario que las infracciones tuviesen unidad de tiempo, modo o lugar. En segundo lugar, era preciso infringir una unidad normativa relativa del mismo título de imputación jurídico penal, no así frente al mismo supuesto de hecho típico⁸³. Y, para terminar, en tercer lugar, como elemento aglutinante de la ejecución de las diversas infracciones penales, era necesaria la resolución criminal, el plan preconcebido o la unidad de intención, designio o voluntad. Elemento que fue concebido de forma diversa por la doctrina nacional y la jurisprudencia de la CSJ⁸⁴.

También, se discutió la posibilidad de ampliar el alcance del delito continuado para abarcar en su estructura una pluralidad de sujetos afectados, sin que hasta el momento el concepto de sujeto pasivo hubiera alcanzado un significativo desarrollo teórico. El tema, como lo advierte VELÁSQUEZ⁸⁵, se recondujo siempre al campo del elemento subjetivo de la figura: la unidad de resolución. Dicho lo cual, pueden advertirse dos posiciones sobre el particular:

⁸³ Cfr. GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 234; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 46 a 51.

⁸⁴ Así, ARENAS, *Comentarios...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 337; BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 395; ESTRADA VÉLEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 308 y ss.; GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 234; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 38 y ss.; GÓMEZ PRADA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 269; JORGE GUTIÉRREZ GÓMEZ, *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, s/Ed., 1940, p. 148; MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 216; PÁEZ POLO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 214; PÉREZ, *Tratado...*, vol. II, *ob. cit.*, pp. 416 y ss.; REYES ECHANDÍA, “El problema...”, *ob. cit.*, pp. 624-630; VÁSQUEZ ABAD, *Tratado...*, vol. I., *ob. cit.*, pp. 162 y ss.; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 401. También *cfr.* CSJ PENAL sent. del 12.12.1945, D. SARASTY, en *GJ*, vol. LIX, núm. 2025-2027 bis, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1945, p. 1040; sent. del 15.06.1951, A. GÓMEZ, en *GJ*, vol. LXIX, *ob. cit.*, p. 757; sent. del 03.10.1952, L. GUTIÉRREZ, en *GJ*, vol. LXXXIII, núm. 2119-2120, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1952, p. 366; sent. del 07.05.1955, R. JORDÁN, en *GJ*, vol. LXXX, núm. 2154, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1955, p. 500; sent. del 14.02.1957, en *GJ*, vol. LXXXIV, núm. 2179, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1957, p. 455; sent. del 28.03.1969, J. RONCALLO, en *GJ*, vol. CXXIX, núm. 2306-2308, Bogotá, Italgraf, 1969, p. 267; sent. del 13.06.1979, J. BERNAL.

⁸⁵ *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 553-599.

La primera, aunque minoritaria, adujo al interpretar el sentido literal de la norma, que la misma no efectuaba diferencia alguna como para restringir el alcance de la disposición legal mediante la distinción entre delitos continuados que afectan bienes jurídicos “altamente personales” y bienes jurídicos simplemente personales⁸⁶. Por el contrario, la postura mixta mayoritaria sostuvo —tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial— la imposibilidad de aplicar el instituto en tratándose de bienes jurídicos altamente personales⁸⁷.

En relación con la punibilidad, la disposición exigió imponer la pena más grave aumentada de una sexta parte a la mitad. La CSJ entendió, al interpretar dicha fórmula punitiva, que el juez debía individualizar la pena tomando como base del cómputo un término comprendido entre el mínimo y máximo de la sanción fijada para el delito de mayor entidad, con base en las causales de mayor y menor peligrosidad, la gravedad intrínseca, las modalidades del hecho criminal y los motivos determinantes, para luego hacer los aumentos previstos en el Art. 32 *ibídem*. Esto es, una individualización que empleaba márgenes judiciales en el marco penal genérico⁸⁸.

Para culminar, se debe anotar que un importante sector de la doctrina, cuyo influjo pervive hasta fines del siglo XX, respaldó la derogación de las disposiciones que contenían la construcción del delito continuado. Ello,

⁸⁶ Cfr. MESA MORALES, “Tentativa...”, *ob. cit.*, pp. 18 y 19, indica que “[a]firmar que en los delitos en los cuales “el derecho se viola en la persona”, el designio se agota en ella, es desconocer realmente los términos del artículo 32 C.P. [...] Si el Código Penal restringiera la figura del artículo 32 a una categoría especial de delito, existiría una indicación normativa, que en parte alguna aparece en todo el contexto de nuestro estatuto. [...] Restringir el “delito continuado” reglamentado por el art. 32 C.P., a los delitos de contenido económico se explica por una valoración a la cual personalmente adherimos, pero tal valoración de nada nos sirve para analizar el problema puramente normativo”.

⁸⁷ Sobre el particular, ARENAS, *Comentarios...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 342; ESTRADA VÉLEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 310; GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 234-235; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 73, niega la mencionada clasificación de los bienes jurídicos; GÓMEZ PRADA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 189; MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 220-223; PÉREZ, *Tratado...*, vol. II, *ob. cit.*, p. 418; REYES ECHANDÍA, *La Tipicidad...*, *ob. cit.*, p. 237; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, vol. 2, p. 402; VASQUEZ ABAD, *Tratado...*, vol. 1, *ob. cit.*, pp. 163 y 164. Cfr. CSJ PENAL, sent. del 12.12.1945, D. SARASTY, *ob. cit.*, p. 1042; sent. del 03.10.1952, L. GUTIERREZ, *ob. cit.*, p. 367; sent. del 19.01.1955, D. SARASTY, en *GJ*, vol. LXXIX, núm. 2150, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1955, p. 570.

⁸⁸ Cfr. CSJ PENAL, sent. del 08.05.1958, en *GJ*, vol. LXXXVII, núm. 2195-2196, p. 778.

porque su entendimiento como ficción jurídica le reconducía a una especialidad peligrosa⁸⁹, innecesaria y más gravosa del concurso real o material sucesivo y homogéneo de delitos⁹⁰. Una tesis que, al menos, gozaba de claridad política aunque desconociese otras posturas jurídicas sobre la materia.

C. EL CÓDIGO PENAL DE 1980 [D.T.O. 100 DE 1980]. Fue durante la vigencia de esta codificación cuando mayor polémica doctrinal suscitó la institución del delito continuado. En efecto, la aparente omisión de la figura en la parte general del estatuto, tuvo como antecedentes los Arts. 28 y 29 del Anteproyecto de CP/1974 que, al recoger la posición de A. REYES ECHANDÍA⁹¹, pretendieron excluir de manera definitiva la figura, integrándola al cuerpo normativo como una especie de concurso material, sucesivo y homogéneo de delitos. Texto jurídico seguido de cerca por los Proyectos de Código Penal de 1976⁹² [Arts. 28 y 29] y 1978 [Art. 29]⁹³. Justo es decirlo, en el acta núm. 57 se puede leer lo siguiente:

“[e]n cuanto al delito continuado, debe desaparecer por las siguientes razones, a) el derecho penal no debe contemplar ficciones, y bien entendemos que el Art. 32 precisamente crea una ficción cuando dice se considera como un solo hecho; b) porque en el fondo se trata de una norma

⁸⁹ Cfr. REYES ECHANDÍA, *El problema...*, *ob. cit.*, p. 631.

⁹⁰ Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 93 y ss.; REYES ECHANDÍA, *La Tipicidad...*, *ob. cit.*, p. 230.

⁹¹ Cfr. REYES ECHANDÍA, *El problema...*, *ob. cit.*, p. 216; *id.*, en *actas*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 332 y 333; *id.*, “Derecho Penal”, en *Obras completas*, vol. I, *ob. cit.*, p. 565; CSJ PENAL, sent. del 24.09.1985, A. REYES, en *Compilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1981–2002*, Bogotá, 1999, Medio magnético CD; CSJ PENAL, auto del 11.11.1986, G. GÓMEZ, en *JP*, 1986, J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ (Comp.), Medellín, Señal Editora, 1987, p. 15, expone que: “e) Que la abolición por el legislador del 80 del denominado “delito continuado”, constituye otra razón para colegir que la prohibición de la conducta y consiguiente sanción, no tiene como fundamento la voluntad final del agente, porque ésta correspondería a la concepción óptica de la acción, sino al momento que el propio legislador considera como consumativo de la misma, es decir, el concepto jurídico de acción, pues la unidad de designio a que se refería el derogado artículo 32, no estaba implicando nada distinto al reconocimiento de la realización del propósito del fin. De ahí porqué en la actualidad la posición mayoritaria considera que, en estos eventos, hay concurso de delitos”. Sobre la exclusión del delito continuado en el Código Penal tipo para Latinoamérica, *cfr.* PÉREZ, *Tratado*, vol. II, *ob. cit.*, pp. 430-432. Sobre la evolución en el CP de 1980, *vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 106 y ss.; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 165.

⁹² *Vid.* Proyecto y Anteproyecto de Código Penal colombiano, *ob. cit.*, p. 32.

⁹³ *Vid.* Proyecto de Código Penal colombiano, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1978, pp. 16 y 161.

que obedeció a razones de política criminal, como la de evitar que a un reincidente se le aplicara la pena de muerte, razón esta que ya no debe tenerse en cuenta; c) porque para su configuración se exige la unidad de designio criminal, difícil de establecer en sumo grado; d) porque la figura existe con la finalidad de hacer menos gravosa la situación del sindicado, y existen muchos delitos en los que la pena está proporcionada a la cuantía, y al reconocerse la continuidad, con la ficción de un solo hecho se perjudica a un autor; e) porque establece graves problemas procesales, especialmente en el campo de la competencia y de la prescripción, entre otros; f) porque el delito continuado no es diferente de un concurso material homogéneo sucesivo, con unidad de designio criminoso y no se relleva la razón por la cual un individuo que actúa sin unidad de designio debe ser calificado como más peligroso que quien actúa con ella”⁹⁴.

Así las cosas, se pueden precisar tres posturas doctrinales distintas en este complejo debate:

En primer lugar, se encuentran aquellas posiciones —divergentes entre sí— que sostuvieron de forma mayoritaria —de la mano del Anteproyecto y fieles a la interpretación histórica del texto legal [Art. 26 *ibídem*]— que el delito continuado había desaparecido como figura autónoma de la legislación penal, de tal suerte que a tales casos les eran aplicables las reglas punitivas de la pluralidad de tipicidades, en especial la del concurso material, sucesivo y homogéneo de delitos⁹⁵. Por supuesto, tal punto de partida resultaba insostenible en el plano teórico, pues aumentaba la inseguridad jurídica en la aplicación de la figura, por tres razones fundamentales: Primero. Cuando la doctrina nacional afirmó que las distintas modalidades del concurso de delitos —real e ideal— fueron consagradas como previsiones de “*lege data*”⁹⁶, al señalar que el delito continuado constituía una construcción de “*lege ferenda*”, se generó una

⁹⁴ Vid. *Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano*, Bogotá, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, 1977, p. 236.

⁹⁵ En este sentido, GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 45; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, 2ª ed. Temis, 1986, p. 171; MENDOZA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 130; PÉREZ, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 434-436; PÉREZ, *Derecho...*, t. I, *ob. cit.*, p. 408. Crítico: REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 188 y ss.

⁹⁶ En este sentido, GÓMEZ MÉNDEZ, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 44.

evidente quiebra lógica del sistema que, incluso, ha sido calificada como un “sofisma imperdonable”⁹⁷; pues el CP/1980, al asumir una fórmula punitiva global para los eventos de concurso, en realidad tampoco distinguió de forma expresa dichas estructuras de responsabilidad.

En otras palabras: o los autores asumían que el CP acogía por igual la institución del delito continuado y las categorías formal y material del concurso de tipos, o no era posible asumir de “*lege data*” ninguna de ellas, lo que implicaba llevar con lógica el asunto a un tratamiento punitivo unitario con base en la regla prevista por el Art. 26 *ibídem*, tal y como lo propuso un importante sector de la doctrina penal, sin efectuar al respecto las pretendidas distinciones doctrinales o sólo haciéndolo en sede de individualización judicial de la pena⁹⁸.

Segundo. De la teoría mayoritaria que propuso tratar el delito continuado como un concurso real homogéneo y sucesivo, se derivaron graves antinomias punitivas; pues, aunque a los casos tradicionales de delito continuado se les imponía generalmente una pena cercana al concurso material, también era posible que los jueces aplicaran —y de hecho así lo hicieron— conforme a la discrecionalidad reglada prevista por el Art. 61

⁹⁷ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 553-599, quien señala: “desde luego, no dejaba de ser un contrasentido lógico la afirmación generalizada según la cual en el tenor literal del artículo 26 quedaban comprendidos los concursos formal y material, mas no el delito continuado; por supuesto, de la ausencia de mención expresa de la figura no se podía derivar su exclusión, pues de ser ello cierto se ha debido llegar a la misma conclusión en relación con los concursos formal y material, que sí se entendían previstos. ¡Toda una construcción montada sobre un sofisma imperdonable!”. Por su parte, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 8 y ss., advierte que “[...] el delito continuado no es una ficción legal, sino a veces una realidad natural de acción y a veces una unidad típica de acción. Como tal, no precisa ser reconocida. Su expresa regulación legal en la parte general le dará, sin duda, el contenido o el alcance que la propia ley le acuerde; pero en ausencia de tal regulación, se estará frente a un delito unitario, sin restricción alguna; aunque el instituto deba ser en este supuesto entendido de forma muy estricta [...]”. Y agrega el autor, *ibídem*, p. 10: “[...] ante el silencio legal no cabe ya hablar de ficción alguna; el delito continuado subsistirá solo si se lo admite como realidad natural o jurídica [...]”; e indica (p. 9), de forma comparativa, que “así como el desistimiento no desapareció de nuestro derecho por no encontrar en el nuevo CP expresa referencia, así tampoco lo ha hecho el delito continuado [...]”. Vid. sent. del TSDJ de Medellín del 25.11.1981, J. FERNÁNDEZ, en *NFP*, núm. 16, Bogotá, Temis, 1983, pp. 1046 y ss.

⁹⁸ Vid. PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 192, para quien el Art. 26 “dispone, genéricamente, la misma penalidad para las formas concursales; sin embargo ello no significa obligación del juez para aplicarla en tal sentido, sino que, bien puede el juez establecer y reconocer la diferente gravedad que pueda existir en virtud de tratarse de un concurso ideal, material o continuado”.

ibídem, una pena atenuada semejante a la del concurso ideal de tipos o a la del delito simple en su límite máximo. Por supuesto, una pena impuesta bajo la lógica de reconocer de “*lege data*” la distinción legal entre los concursos real e ideal, implicó en la práctica la ausencia de razones materiales para construir el delito continuado como una subclase de delito único. De hecho, la imposición de penas similares al concurso ideal conllevó asumir que el injusto del hecho continuado era equivalente a uno precedido por una unidad de acción.

Y, tercero, esta teoría olvidó una serie de modalidades de delito continuado y masa previstas en la parte especial del CP de 1980 o en las leyes penales complementarias. Como es de suponer, era imposible sostener que el delito continuado hubiese desaparecido de la legislación positiva vigente hasta el año 2001. Ejemplos de ello fueron el fraude colectivo en rifas, juegos y loterías [CP/1980, Art. 356, inc. 2.º, mod. L. 23/1991, Art. 19] y el contrabando continuado [L. 383 del 10.07.1997, Art. 15, inc. 2.º⁹⁹], entre otros supuestos. En fin, todo un contrasentido valorativo por salvar las etiquetas de una posición incongruente. Desde luego, estas hipótesis son verdaderos casos de delitos globales con ejecución continua, es decir, verdaderas unidades típicas de acción previstas en la parte especial.

Por el contrario, las demás posiciones doctrinales sostuvieron con el respaldo teórico de relevantes autores italianos¹⁰⁰, que el delito continuado

⁹⁹ Vid. DIARIO OFICIAL, año CXXXIII, núm. 43083, del 14.07.1997, p. 83. En efecto, el Art. 15 indicó lo siguiente: Contrabando. “Quien introduzca o saque bienes del territorio nacional, sin declararlos o presentarlos ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte de la operación de comercio exterior, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, sin perjuicio del concurso de hechos punibles/ [...] / Parágrafo 2º. Cuando el contrabando por cuantía superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes se realice fraccionadamente en diferentes actos de inferior importe cada uno y sean sancionados administrativamente, tendrán estos el carácter de delito continuado si existe unidad de propósito, y así se infiere de la identidad de su autor y de los medios utilizados en su comisión”.

¹⁰⁰ Vid. PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 61, advierte que “Manzini todavía, bajo el imperio del Código abrogado (CP de 1889, artículo 78), no excluía la posibilidad de dar entrada en la noción del delito continuado al caso de una sola acción productiva de varios eventos de la misma especie [...]” (t/l). De igual manera, LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 216, sostuvo que en el conjunto de hipótesis del delito continuado, debía comprenderse el caso de una acción única que infringe varias veces la misma disposición legal. Y agregó que “el delito continuado es sin duda un caso de derogación a la norma del concurso de delitos” (t/l).

estaba incluido de forma inequívoca en el texto del Art. 26 del CP/1980, al expresar que: “[...] el que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja [...] varias veces la misma disposición”.

Preciso es decirlo, la segunda posición entendió que el delito continuado era una subclase del concurso real homogéneo y sucesivo de delitos, que no desapareció del texto legal¹⁰¹. Con ello, la doctrina salvó en forma parcial la objeción hecha a la primera teoría, al legitimar de “*lege data*” la distinción entre las modalidades concursales. Sin embargo, dicha construcción académica, al no sostener la autonomía estructural y punitiva del delito continuado y vincular la individualización de la pena al marco punitivo dispuesto por el Art. 26 *ibídem* —la pena más grave aumentada hasta en otro tanto—, mantuvo las antinomias punitivas enunciadas con anterioridad.

De este modo, cuando el Juez irrogaba una pena equivalente a la pena del concurso real, dejaba sin sentido el reconocimiento jurídico de la figura desde el punto de vista de su fundamento atenuante. Incongruencia que se solapó al afirmar que el delito continuado era sólo una figura derivada de la primera, cuya sanción quedaba en el ámbito de la discrecionalidad del juez, considerada la necesidad de pena en concreto [Art. 61, inc. 2.º *ibídem*]. Por el contrario, cuando se aplicaba una pena equivalente a la sanción del concurso ideal, se reconocía que la figura implicaba un injusto diferente al concurso real de delitos.

Críticas que en todo caso valían para el sistema general de individualización de la pena, por presentar claras lagunas. Un sistema sin criterios de individualización adecuados frente al principio de *ne bis in idem*, que implicó límites deficientes de punibilidad referidos a las distintas modalidades de pluralidad de infracciones [Art. 67 *ibídem*]. Basta recordar que, aparte de los criterios generales de individualización de la pena, el Art.

¹⁰¹ Al respecto, *cfr.* ARENAS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, 1983, p. 137; ESTEBAN PÁEZ POLO, *Nuevo Derecho Penal colombiano*, Parte General, Barranquilla, Mejoras, 1982, p. 230; PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Leyer, 4ª ed., 1988, p. 104; PELÁEZ VARGAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 196, aunque no distingue las modalidades concursales, en virtud de la única penalidad aplicable a los casos de pluralidad delictiva.

61, inc. 2.º, sólo dispuso un criterio dosimétrico especial para el concurso de tipos: “el número de hechos punibles”.

Para culminar, la tercera posición, expuesta conforme a la teoría de la realidad, entendió que la figura fue incluida en el texto del Art. 26 *ibídem* con plena autonomía estructural, tanto frente al concurso ideal como material y con un régimen punitivo diferente a la concurrencia, consistente en aplicar la pena correspondiente a la infracción única cometida, modificada o no por una agravante —[...] la colocación es cosa bien distinta de la índole¹⁰²—. Así, por ejemplo, REYES ALVARADO sostuvo que considerado el delito continuado como un caso real de conducta única jurídicamente relevante, la existencia de la figura —en términos de realidad o irrealidad— no depende de la existencia de una norma legal que se refiera de forma expresa a la institución. Asegurar que el delito continuado no existe por ausencia normativa sería como afirmar la irrealidad del concurso aparente de tipos o de la unidad de acción¹⁰³.

En cualquier caso, dicha postura sostuvo que el delito continuado constituye una modalidad especial de ejecución de la conducta típica, en cuya virtud el agente realiza el hecho de manera fraccionada y repetida hasta lograr su finalidad única¹⁰⁴, con lo cual quedan abarcados tales actos parciales por el supuesto de hecho de un mismo tipo penal¹⁰⁵. En estos casos, era posible sostener en virtud de la naturaleza y especialidad de la continuación —y considerados el bien jurídico y el injusto total formado— la inaplicabilidad de la norma más general del concurso de delitos. En otras palabras, se aplicaba la normativa del aparente concurso de tipicidades.

¹⁰² Vid. PIASAPIA, *Reato continuado*, ob. cit., p. 198.

¹⁰³ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, ob. cit., p. 190; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, 3ª ed., ob. cit., p. 586. Con variaciones de postura vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, ob. cit., p. 8; *id.*, *Derecho...*, ob. cit., p. 430.

¹⁰⁴ Tiene entonces razón REYES ALVARADO, *El concurso...*, ob. cit., pp. 165 y 166, cuando afirma que “[...] esa ‘finalidad única’ que el propio profesor Reyes reconoce como exclusiva del delito continuado es un elemento que no estando dentro de los concursos reales homogéneos y sucesivos impide identificar estos con la figura del delito continuado, pues resulta imposible considerar como idénticos dos fenómenos que no tienen en común la totalidad de sus elementos [...]”.

¹⁰⁵ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 982; *id.*, *Manual...*, ob. cit., pp. 496 y 497.

En fin, por lo que atañe al delito continuado, la última posición fue la correcta, al menos porque permitió brindar un tratamiento jurídico material mucho más justo y racional —por fuera de la normativa concursal— a aquellas hipótesis que representaban un menor desvalor de acción frente a los supuestos de concurso real de tipos. Asimismo, porque erradicó del sistema de penas los rezagos más incordiosos de la teoría de la peligrosidad social.

Sin embargo, también es cierto que la pena del delito continuado, concebida como la misma pena del delito único¹⁰⁶, podía resultar desproporcionada, porque esta institución también cubre hipótesis más graves que algunos supuestos de delito único simple, como el delito masa. Desproporcionada en este sentido como para no imponer una pena según la infracción cometida con aplicación, por lo menos, de una agravante facultativa de la pena o una agravante obligatoria sobre los límites genéricos del marco penal, tal y como lo prevé el CP/2000 en el parágrafo del Art. 31 *ibídem*.

Sea como fuere, no era necesario interpretar el CP/1980 en el sentido extremo propuesto por la doctrina dominante, pues, en realidad, bajo la fórmula punitiva general que asumió el estatuto para la pluralidad delictiva y que, de forma parcial, recoge el estatuto de 2000, era suficiente reconocer la existencia —desde el punto de vista teórico—, tanto de las distintas modalidades de concurso como del delito continuado, para dejar al juez la concreción de su punibilidad en sede de individualización de la pena. De hecho, la doctrina sostuvo que no existe una tasación natural y obligatoria para los distintos eventos de pluralidad de conductas punibles, según los desvalores del caso concreto.

De este modo, el juez podía tasar la pena correspondiente al concurso respectivo en atención al grado de injusto, de culpabilidad del autor y al número de conductas punibles realizadas. Ello, sin superar los límites previstos por el ordenamiento jurídico, en especial la suma del cúmulo aritmético de las penas correspondientes a las distintas infracciones —límite relativo— y el límite máximo de las penas previstas por el sistema general

¹⁰⁶ Así, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 232.

de punibilidad —límite absoluto—. A su turno, en los casos de delito continuado, el juez podía aplicar una pena similar a los casos de delito único en un punto cercano al límite máximo del marco penal concreto. Con ello, la pena podía ser igual a la consecuencia imponible en algunos supuestos menos graves de concurso ideal, sobre todo, en el ámbito patrimonial.

Aún más, cuando el legislador pretende tasar de forma exhaustiva la pena para tales instituciones jurídicas, es cuando se presentan antinomias punitivas irresolubles, que de no ser atajadas a tiempo, implican una fricción evidente entre las instituciones y sus correspondientes conceptos dogmáticos. Lo anterior es evidente, por ejemplo, cuando se llega al extremo de negar la existencia del concurso ideal homogéneo por la insuficiente punición que ofrecen algunos ordenamientos punitivos, en los casos más extremos.

En fin, cabe destacar que la jurisprudencia de la CSJ no fue coherente al tratar el delito continuado, porque expuso varias teorías contradictorias. En primer lugar, asumió la inclusión del delito continuado en el Art. 26 *ibídem*, incluso con aplicación del régimen punitivo del concurso de delitos¹⁰⁷. En segundo lugar, sostuvo la exclusión del delito continuado en los términos expuestos¹⁰⁸. En tercer lugar, advirtió que el delito continuado sólo había desaparecido en forma nominal del ordenamiento jurídico, mas no desde un punto de vista material¹⁰⁹. Y, en fin, en cuarto lugar, aplicó la figura como un caso político-criminal de delito único, sobre todo en los eventos de índole patrimonial¹¹⁰.

En síntesis, la figura del delito continuado se encontraba legislada en debida forma en el Art. 26 del CP/1980, bien se entendiera como una figura precedida por unidad de conducta o como una pluralidad de acciones u

¹⁰⁷ Cfr. CSJ PENAL, sent. del 08.09.1981, P. SERRANO, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia- 1981*, Bogotá, Ed. Lex Ltda., 1982, p. 219; sent. del 24.09.1985, A. REYES, en *JP*, 1985, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1986, p. 149.

¹⁰⁸ Vid. CSJ PENAL, sent. del 13.03.1982, D. VELÁSQUEZ, en *GJ*, núm. 2408, Bogotá, Imprenta Nacional, p. 70; sent. del 13.09.1995, eS-8806, R. CALVETE.

¹⁰⁹ Cfr. CSJ PENAL, sent. del 20.09.1982, en *RJD*, vol. XI, Bogotá, Legis, 1982, p. 979. Así mismo, sent. del TSDJ de Medellín, J. CARRASQUILLA, en *NFP*, núm. 16, Bogotá, Temis, 1983, pp. 1014-1017.

¹¹⁰ Así, la CSJ PENAL, sent. del 17.03.1999, e12187 J. GÓMEZ; sent. del 29.06.1999, e12591, M. MANTILLA; sent. del 07.10.1999, e11695, Á. PÉREZ.

omisiones unificadas “*ope legis*”. Como se ha advertido, el punto más crítico fue su penalidad, que en principio se dejó librada a la interpretación de la naturaleza, el grado de injusto y el grado de culpabilidad del delito continuado y que, en todo caso, podía generar severas incongruencias frente a las figuras concursales de cara al principio de *ne bis in idem*, causadas por la ausencia de límites precisos y claros en materia de individualización judicial de la pena. Situación que remedió de forma parcial el CP/2000 en materia de continuación, pero no en materia concursal.

D. EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1999 [L. 522/1999]. Vale la pena analizar el antecedente jurídico intermedio entre el CP/1980 y el CP/2000 que consagra la continuación delictiva en el Art. 32, de la siguiente manera: Art. 32. Hecho punible unitario o continuado. “Cuando la ejecución del hecho punible se fragmenta en varias acciones u omisiones se tendrá como hecho punible unitario”.

La norma es en parte afortunada en la materia, pues a pesar de su ambivalencia cuando expresa que el delito continuado “se tendrá” como “un hecho punible unitario”, no resulta difícil demostrar que la ley asume una concepción realista sobre su naturaleza y no una ficción jurídica relativa. En este sentido, la CORTE CONSTITUCIONAL, en sentencia C-368/2000¹¹¹, sostuvo que: “[e]l Art. 32 [...] no tiene por objeto establecer un trato distinto —y más favorable— para el concurso de hechos punibles, sino aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo

¹¹¹ *Vid.* CCONST., C-368/2000, C. GAVIRIA. Agrega, además, que: “[e]l artículo 32 demandado, tampoco vulnera la Carta pues “la ley adoptó el sistema de acumulación jurídica de penas para sancionar los concursos, norma similar al artículo 26 el Código Penal ordinario. No obstante, fue voluntad del legislador conforme a criterios de política criminal y en consideración a la especialidad de la justicia penal militar, consagrar en el artículo acusado el hecho punible unitario o continuado, disposición enderezada por una parte a fijar criterios en relación con el complejo tema del concurso de hechos punibles, y de la otra a favorecer la aplicación de los principios de eficacia y celeridad en el proceso penal militar, acorde con los mandatos y postulados constitucionales”.

"hecho punible unitario o continuado" y, por tanto, que debe ser penado como tal"¹¹².

Así las cosas, son varios los elementos de la institución que se analiza: en primer lugar, se requiere unidad de conducta como unidad de ejecución. Una realización del tipo penal que, sin lugar a dudas, aparezca fraccionada en el tiempo por medio de varias acciones u omisiones naturales dependientes, que desarrollan de forma homogénea el correspondiente tipo penal. El delito continuado no supone, entonces, una pluralidad de conductas delictivas comisivas u omisivas completas y autónomas, como lo sostuvo la doctrina nacional, para dar lugar a una excepción jurídica del concurso real y efectivo de tipos. Por supuesto, el hecho de que la conducta resulte fraccionada, no significa otra cosa que el proceso de ejecución fue configurado de cara al sentido situacional del correspondiente tipo — elemento normativo—. Una unidad de acción ontológico-normativa como se verá más adelante, adecuada al plan del autor.

En segundo lugar, es imprescindible la unidad de fin. Ello se desprende de la misma expresión del texto legal, pues la conducta sólo “se” fragmenta cuando el autor ha tenido la finalidad de desarrollar “de tal forma” la ejecución del tipo en el mundo exterior; o porque de manera circunstancial el sujeto no ha tenido otra opción que configurar de dicho modo, desde el principio, la realización delictiva típica.

En tercer lugar, resulta fundamental que el agente lesione de manera *progresiva* el mismo bien jurídico tutelado. Ello es, debe darse una afectación creciente, gradual o paulatina que coincida con los efectos jurídicos de los actos parciales de ejecución, que a su turno estructuran la

¹¹² En el mismo sentido, la CCONST., C-551/2001, Á. TAFÚR, expresa que “[h]abiéndose ya establecido que el objeto del artículo 32 de la Ley 522 de 1999 es simplemente el de 'aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo 'hecho punible unitario o continuado' y, por tanto, que debe ser penado como tal" y que esta circunstancia no establece una diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar en el tratamiento del concurso de hechos punibles, la Corte retoma los argumentos señalados en dicha sentencia, pero esta vez para descartar el cargo de violación del derecho a la igualdad invocado por la demandante en relación con el parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000”.

unidad de conducta final en sentido amplio. Solo de esta forma, las afectaciones parciales se podrán reconducir de forma valorativa y cumulativa a un injusto unitario, previa consideración de la razón de protección individual o plural que exige el bien jurídico en cada caso concreto.

Por supuesto, de ello se desprenden las exigencias de “unidad relativa de tipo” y de “unidad de bien jurídico lesionado”. Así mismo, a partir de una interpretación político-criminal orientada se puede afirmar —como lo ha hecho la doctrina mayoritaria en esta materia— que la continuación delictiva no opera, por su forma de ofensividad progresiva, respecto de bienes jurídicos cuyo ataque implique una ofensa directa sobre el ser humano o sus condiciones fundamentales de vida en la sociedad. Dependerá, entonces, de la opción político-criminal del intérprete admitir o no la continuación en aquellos casos en los cuales la lesión o el peligro contra el bien jurídico personalísimo, no demande considerar una ratio de protección típica diferente con cada ataque parcial. En todo caso, lo que no exige la norma es la unidad de sujeto pasivo. Con lo cual se da cabida al denominado delito masa, siempre que éste se entienda como una modalidad de delito continuado.

En síntesis, la unidad de conducta y la unidad de injusto aunadas por un elemento subjetivo unitario, conformarán el nexo de continuidad que permitirá apreciar la realización de una sola conducta típica: una modalidad especial de realización del tipo como delito único desde un punto de vista ontológico y normativo. Por supuesto, como no existen delitos continuados desde el punto de vista natural, se puede interpretar la voz “se tendrá” como una inflexión referida a la necesaria verificación jurídica de la configuración político-criminal del injusto unitario en el caso concreto, de cara al bien jurídico tutelado. Pues, de no ser así, habrá que estructurar un concurso ideal homogéneo de tipos.

Es posible, entonces, una interpretación diferente a la expuesta por la teoría de la ficción relativa en la materia, que explique el por qué el legislador le asigna la pena prevista para el delito único a la continuación delictiva;

aunque tal solución punitiva implique desconocer el mayor desvalor de acción que entraña el delito continuado masa en comparación con la simple realización del delito, cuando media una acción única.

Por lo demás, ahora se sostiene que el delito continuado constituye una modalidad de “unidad jurídica de acción”, ello es, un aparente concurso real y homogéneo de tipos que supondría, según se afirma¹¹³, observar de forma preliminar una pluralidad de acciones que se adecuan varias veces al mismo tipo penal, pero analizado lo fáctico frente a lo normativo se tiene sólo una acción fraccionada, lo que significa un delito, una tipicidad y una pena. Posición que se debe matizar como la de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA¹¹⁴, pues el aparente concurso rige las relaciones entre tipos, pero no define la unidad y pluralidad de acciones o las relaciones entre hechos y tipos. Es más, salvo algunos eventos discutidos de consunción, la generalidad de los casos de aparente concurso (incluso de consunción) suponen una conducta única o una unidad de acción en sentido amplio (unidad jurídica de acción)¹¹⁵. Hay que tener en cuenta que en las hipótesis de consunción un hecho agota el desvalor del otro. Aquí, se adecúan o agrupan de forma cumulativa como un injusto unitario progresivo, pues los actos parciales no se agotan entre sí, aun cuando la pena del CPM suponga aplicar el principio de absorción.

En cuanto a la punibilidad, la norma dispone la misma penalidad del acto parcial más grave del delito. Con ello, se reafirma que la continuación constituye un delito único. La mayor o menor punibilidad del delito continuado dependerá —en cada caso concreto— del grado de injusto y del grado de culpabilidad del autor según lo dispone el sistema de individualización de la pena. Así las cosas, la pena podría llegar, según los

¹¹³ Cfr. SAMPEDRO ARRUBLA et. al., *Lecciones...*, ob. cit., pp. 307 y 308.

¹¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, ob. cit., pp. 51 y 52; CCONST., C-638/2000.

¹¹⁵ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., pp. 1005-1006; id., *Manual...*, ob. cit., p. 502, indica que en realidad no resulta procedente extender el concurso aparente a los casos de concurso real, como concurso real aparente, tal y como lo hace la doctrina moderna bajo el nombre de “concurso material aparente”; CSJ PENAL, sent. del 20.08.1992, R. CALVETE; sent. del 28.01.1999, e11192, E. LOMBANA; CCONST., C-133/1999, C. GAVIRIA.

criterios previstos por el Art. 61 en concordancia con el Art. 65, hasta las postrimerías del límite máximo del marco penal concreto del delito¹¹⁶.

En fin, aunque en realidad el Art. 32 del CPM da un paso importante al considerar la continuación como un delito único a efectos sustantivos, penológicos y procesales, lo cierto es que su fórmula deviene muy vaga, imprecisa e incompleta, por lo que no satisface las exigencias derivadas del principio de taxatividad.

E. EL CÓDIGO PENAL DE 2000 [L. 599/2000]. Bajo esta codificación ordinaria la institución del delito continuado se consagró, de nuevo, luego de una discutida vigencia de casi medio siglo durante el CP/1980 y después de interminables y poco clarificadoras disputas sobre su naturaleza y sus efectos punitivos. Aparte de poner a tono el texto sustantivo con el estatuto penal militar de 1999, el origen y la justificación de la institución en el nuevo CP resultan en realidad un secreto sólo conocido por sus redactores, pues de todo ello sólo queda la motivación presentada en la ponencia respectiva¹¹⁷, cuando advierte que tales figuras se incluyeron para excluir la posibilidad de tratar ciertas hipótesis como un concurso de delitos, zanjando de una vez por todas las discusiones bizantinas sobre la materia.

Solo un punto queda claro: las instituciones jurídicas del delito continuado y masa no fueron objeto de proposición legislativa al Congreso de la República en el Art. 31 del P de CP/1998. Como es lógico, debieron ser introducidas en el debate legislativo llevado a cabo en la Comisión Constitucional de la Cámara de Representantes, facultada para darle el tercer debate al Proyecto de Ley¹¹⁸. Así mismo, el texto del Art. 31 *ibídem* quedó de la siguiente forma: “Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias

¹¹⁶ Vid. POSADA MAYA, *El sistema...*, *ob. cit.*, pp. 406 y ss.

¹¹⁷ Vid. JAIRO LÓPEZ MORALES, *Antecedentes del nuevo Código Penal*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2000, p. 621; GC, núm. 432 del 11.11.1999.

¹¹⁸ Por tal motivo, la CSJ PENAL, auto del 25.06.2002, e17089, en JD, núm. 371, (nov. 2002), p. 2447, sostiene: “[e]n primer lugar, aunque el Código Penal menciona al delito continuado en un párrafo del mismo artículo destinado a la regulación del concurso de hechos punibles, quizá ello obedece a una impropiedad de técnica legislativa, puesto que es claro que el delito continuado fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos”.

disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. /En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años. /Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente. /Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

Ahora bien, se puede sostener que a diferencia de otras regulaciones, la que atañe al CP colombiano puede ser calificada como una “fórmula de textura abierta”¹¹⁹, que permite entender racionalmente los efectos político-criminales que se buscan con su aplicación y, por supuesto, los requerimientos típicos —cada vez más exigentes y problemáticos— de la parte especial de la legislación. Desde luego, esta fórmula resulta preferible a la prevista por el CPM. Fórmula jurídica que bien puede sintetizarse de la siguiente manera: “El que con una sola acción u omisión [...] infrinja [...] varias veces la misma disposición [...] (en los eventos de los delitos continuado y masa) se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

Así, en la primera parte del Art. 31, el legislador consagró los elementos que exige la institución del delito continuado, sin adscribirse a pronunciamientos previos sobre su fundamento o su razón de ser, a determinada interpretación histórica de la legislación o a alguna de las posibles interpretaciones sobre su naturaleza. Y, en su parágrafo, al matizar las incongruencias o antinomias penológicas entre el delito continuado y el concurso de delitos, se regula su penalidad y la del delito masa de forma independiente a la penalidad que rige para el “concurso de delitos”. Como es apenas lógico, también en estos casos la pena a imponer quedó sometida al límite máximo establecido por el

¹¹⁹ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 553 y ss.

sistema de punibilidad de 50 años de prisión, y por la prohibición de superar la sanción que se impondría si la hipótesis configura un evento de concurrencia de tipos (concurso de delitos continuados).

De veras, la doctrina colombiana actual considera que la nueva fórmula jurídica —que agrupa los delitos continuados y masa— acoge aquella tesis sostenida bajo la vigencia del CP/1980, en virtud de la cual se afirmaba la autonomía estructural y punitiva de la institución, como modalidad de delito único¹²⁰. En otras palabras: el delito continuado se concibe a la luz de las teorías de la realidad —no como una mera ficción jurídica— considerado el tratamiento intermedio que recibe en comparación con otras instituciones precedidas por unidad de acción, como, p. ej.: el concurso ideal y figuras afines previstas en la parte especial del estatuto.

De esta forma, con base en una postura teórica mixta reflejada en la ideología dogmática y político-criminal del estatuto punitivo de 2000, el delito continuado se puede definir como “una manifestación criminosa”, en virtud de la cual el agente realiza diversos actos parciales conectados por una relación de dependencia subjetiva —plan criminal—, de tal suerte que el supuesto situacional del tipo concreto los abarca en su totalidad en una unidad de acción en sentido amplio. Unidad de acción que, de cara a la afectación progresiva del bien jurídico, permite configurar un injusto unitario y con ello una única tipicidad; desarrollándose los tres elementos básicos que han rodeado la figura según la tradición: unidad de acción, de tipo y de pena.

¹²⁰ Vid. CCONST., C-369/2000, C. GAVIRIA: “[t]ambién en el marco de la legislación penal ordinaria [...] debe entenderse que en los casos en que se presente esta modalidad, debe ser reconocida como un hecho unitario, y sancionada de acuerdo con los parámetros ordinarios de dosificación de la pena (distintos a los parámetros del concurso de tipos), por lo que no hay diferencia al respecto entre ambas jurisdicciones” (Paréntesis nuestros). Vid. CSJ PENAL, sent. del 18.12.2000, e14318, C. GÁLVEZ, cuando indica que “se ha dicho, en concreto, que hay eventos en los cuales el agente realiza un comportamiento integrado por múltiples conductas defraudatorias, es decir, que el empleo de artificios y engaños se prolonga en el tiempo, recayendo sobre la misma persona natural o jurídica, resultando entrelazados por una finalidad y propósito comunes, de modo tal que la acción descrita debe ser considerada como única, así como único es el dolo que la enmarca en todo su desarrollo, sin que se pueda entender agotado en cada una de sus distintas manifestaciones, configurándose así un solo hecho censurable, que por lo mismo rechaza el fraccionamiento del proceder punible”.

Ello, como es apenas natural, implica sostener que el delito continuado acoge una justificación ecléctica: (i) sustancial o intrasistemática, que permite morigerar la pena aplicable al concurso material de tipicidades; y (ii), extrasistemática, práctica, procesal y probatoria que no se puede desestimar en las concepciones objetivas modernas. Ello, sin olvidar que su estructura unitaria y real no le sujeta obligatoriamente a ninguna de ellas.

Tema aparte resulta la cuestión atiente a la punibilidad, pues no sobra advertir que el parágrafo del Art. 31 supone varias contradicciones:

En primer lugar, no resulta justificada la dinámica punitiva del delito continuado, pues otorga un tratamiento similar —para agravar en una tercera parte la pena correspondiente al tipo respectivo—, tanto a las modalidades simples del delito continuado como a las de delito masa. Ello supone, teóricamente, que el delito masa sea una afectación colectiva que implica un mayor grado de injusto y culpabilidad que las demás formas de continuación penal. De este modo, la norma penal debió suscribir una regla punitiva diferencial para las diversas clases de continuación delictiva: a) los delitos continuados simples debieron ajustarse¹²¹ a la regulación prevista por el Art. 32 del CPM, ello es, a la misma penalidad dispuesta para el delito único; y b) destinar la agravación de la tercera parte a los eventos de delito masa o a delitos simples de excepcional gravedad, es decir, aquellos que comporten un daño considerable al patrimonio económico del sujeto pasivo o que afecten severamente la actividad económica de la víctima¹²².

En segundo lugar, aún bajo el amplio sistema de discrecionalidad reglado previsto para la concurrencia de tipos en el Art. 31 *ibídem*, se pueden presentar eventos similares de concurso ideal o real con penas inferiores a los eventos de delito continuado o masa, por la concurrencia de agravantes y atenuantes genéricas [Arts. 55, 58 y 61]. En efecto, resulta una incongruencia del sistema

¹²¹ Vid. CCONST., C-551/2001, Á. TAFUR.

¹²² Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 508, quien advierte: “[d]esde luego, el codificador parece olvidar que estos casos son verdaderos eventos de progresión delictiva sancionables con la pena indicada por la norma respectiva, tal como sucede con algunos tipos que en la parte especial recogen casos de continuidad delictiva (confróntese artículos 246, 277, 278, 297, 298, 299, 300 y 316, etc.) y que se debe destinar el incremento solo para hipótesis graves (situaciones que recaen sobre sujeto pasivo plural en tratándose de bienes jurídicos “no altamente personales”).”

de pena global acogido por el legislador para el concurso de tipos, pues la regla punitiva del delito continuado garantiza su inmovilidad dosimétrica. No obstante, tal crítica no opera en ningún caso para las demás modalidades de delito continuado y masa porque en estos casos especiales la punibilidad será la prevista por las disposiciones de la parte especial del CP pertinentes, que sigan la normativa dosimétrica común, sin aplicación de la normativa concursal.

En fin, se debe señalar que tal fórmula punitiva conlleva la aplicación del sistema de cuartos previsto por el Art. 61 del CP, previa aplicación de la regla dosimétrica núm. 1 del Art. 60 *ibidem*, siempre y cuando no se aplique el sistema de negociación y preacuerdo de penas [L. 906 de 2004, Art. 238, L. 890 de 2004, Art. 3.º, CP, Art. 61, inciso final]. Tema que se aborda con posterioridad¹²³.

F. LA REFORMA AL CP DE 2000. L. 890/2004. Con el propósito de adaptar el estatuto punitivo al sistema procesal penal colombiano de corte acusatorio (L. 906/2004), la Fiscalía General de la Nación presentó a consideración del Congreso de la República un Proyecto de Ley que, sancionado como la L. 890/2004, modificó y adicionó diversas normas de la parte general y especial del CP, entre ellas, el Art. 31 que regula los temas de concurso de tipos y delito continuado¹²⁴.

¹²³ Inaplicabilidad de la ley de cuartos. CPP, Arts. 348 y ss.: allanamientos y preacuerdos o negociaciones con la Fiscalía. CCONST. Sent. C-1068/2001, R. ESCOBAR; CSJ, PENAL, sent. 01.11.2007, e28384 y sent. 31.01.2007, e25969. Ahora, cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de un allanamiento o un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto definitivo de la sanción), el juez debe tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente, atendiendo factores tales como-a título ejemplificativo- la eficaz colaboración para con la justicia.

¹²⁴ Tiene razón PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 241, al advertir que “esta modificación punitiva, no guarda relación con la adecuación del sistema sustancial penal a la nueva ley de enjuiciamiento, y el tema ha debido tramitarse legislativamente mediante otros proyectos de ley y no en el que tenía por objeto la referida armonización legal —en aspectos procesales— de acuerdo con los precisos límites que impuso el constituyente derivado en el acto legislativo 003 de 2002, los cuales significan una modificación específica de la libertad de configuración penal, el Congreso en desarrollo del mencionado mandato constitucional, no podía legislar sobre aspectos que no estuviesen íntimamente relacionados con la adecuación al Código penal al sistema acusatorio”. Sobre el particular, RICARDO POSADA MAYA, “Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal

Sin embargo, como la mayoría de las reformas a la justicia penal colombiana, también ésta se caracterizó por su tendencia preventivo-general negativa, al incrementar en sus Arts. 1.º y 2.º la duración máxima de la pena de prisión de 40 años, hasta en 50 años para los delitos individuales y hasta en 60 años en los casos de concurso de tipos, borrando de un plumazo las pretensiones que los ponentes del PCP original pretendieron con su presentación y expedición, particularmente respecto a la humanización y reducción de la pena privativa de la libertad.

Sobre este punto, es necesario recordar que el Parágrafo del Art. 31 del CP constituye una norma independiente —no una excepción— del sistema general de punibilidad previsto para el concurso de tipos, que acoge para la continuación delictiva el sistema de determinación de la pena previsto para los delitos individuales, atendida la naturaleza unitaria de la figura (en términos penológicos el delito continuado modifica el marco penal genérico del delito individual). Razón por la cual, el delito continuado no se somete inicialmente al límite máximo previsto para los casos de concurso del inc. 2.º del Art. 31 mod. L. 890/2004, art. 14 (60 años), sino que está vinculado al límite máximo de prisión previsto para los eventos de delitos individuales, según lo establece el Art. 37, num. 1, es decir, 50 años de prisión, sin perjuicio de aplicar con posterioridad la norma concursal.

Se trata, entonces, de una normativa que alcanza límites cuya justificación es muy discutible desde la perspectiva de los principios político-criminales que orientan un Derecho penal personalista, bajo el paradigma del Estado social y democrático de Derecho¹²⁵; pues sobrelleva la imposición de penas desmesuradas que sin duda conllevan un retorno a la retribución y a la más exacerbada prevención general negativa del decenio de los noventa del siglo XX. En estos casos, la sanción a la pluralidad de tipicidades dependería de planteamientos como la venganza pública o a confundir la proporcionalidad con la justicia, el mantenimiento del orden público mediante la necesidad de

colombiano”, en *Revista de Derecho público* (RDP), núm. 21, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2008. *Vid.* cibergrafía.

¹²⁵ En la dirección apuntada, *vid.* POSADA MAYA, *El sistema...*, *ob. cit.*, pp. 288-293, salvo que se pretenda legitimar la dudosa constitucionalidad del sistema de negociación de penas.

penas duras para eliminar el delito y de la necesidad de proteger bienes jurídicos mediante una intervención expansiva e ilimitada del Derecho penal (con particular «firmeza» en el ámbito económico).

En definitiva, esta reforma reforzó un Derecho penal sustantivo que materializa —de la mano de un de Código de Procedimiento penal norteamericanizado [L. 906/2004¹²⁶]— la desigualdad de las partes procesales en un país sin recursos económicos para que los defendidos ejerzan su derecho a la defensa en condiciones de igualdad probatoria y material con el Estado. Un Derecho penal que simboliza un discurso antiterrorista máximo o de rasgos autoritarios que produce inflación punitiva y que utiliza el Derecho penal como un instrumento político de *prima ratio*.

IV. EL DELITO CONTINUADO EN OTRAS LEGISLACIONES¹²⁷

¹²⁶ Vid. POSADA MAYA, “Una aproximación..., *ob. cit.*”

¹²⁷ A título de ilustración se introducen las normas vigentes de otros 13 ordenamientos penales que consagran el delito continuado: CP PORTUGAL, Art. 30.2, “Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”. CP MÉXICO DF, Art. 17-III, “El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser, [...] III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal”; Art. 80, “En caso de delito continuado, se aumentarán en una mitad las penas que la ley prevea para el delito cometido”. CP GUATEMALA (D. 17-73), Art. 71, “Se entenderá que hay delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes, 1o. Con un mismo propósito o resolución criminal. 2o. Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona. 3o. En el mismo o en diferente lugar 4o. En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento la misma situación. 5o. De la misma o de distinta gravedad. En este caso se aplicará la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte. CP HONDURAS (D. 144-83), Art. 37, “Cuando se cometa un mismo delito contra la propiedad dos o más veces, bien sea en un solo momento o en momentos diversos, mediante acciones u omisiones ejecutadas en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias, dichos delitos se considerarán como un (sic) solo continuado. En tal situación se aplicará al agente la pena más grave, aumentada en dos tercios. En caso de duda, se tendrá por más grave la pena que tenga señalado el máximo más alto. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará si le resulta más favorable al reo la imposición de todas las penas aplicables a los delitos concurrentes. Lo prescrito en la última parte del segundo párrafo de este Artículo y en el párrafo anterior, será aplicable a lo estatuido en el artículo 36”. CP NICARAGUA (L. 641), Art. 83, “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o que se aproveche de idéntica ocasión, o realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta

continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior. Si se trata de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena y se tomará en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, una pena agravada hasta el doble del límite máximo de la pena correspondiente, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Se exceptúa de lo establecido en los párrafos anteriores a las infracciones contra bienes eminentemente personales”. CP SALVADOR (D. 1030), Art. 42, “Hay delito continuado cuando con dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aún cuando fueren de distinta gravedad. No hay delito continuado en los delitos de homicidio y lesiones”; Art. 72, “En caso de delito continuado se sancionará al culpable por un único delito, con el máximo de la pena prevista para éste”; Art. 43, “Cuando en las defraudaciones el agente obtenga diversas cantidades de dinero en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados, el hecho deberá estimarse en conjunto como un sólo delito, tomándose como monto del perjuicio patrimonial el conformado por el importe global de lo defraudado”; Art. 73, “En caso de delito masa se impondrá al culpable el doble del máximo de la pena prevista para la defraudación más grave”. CP PUERTO RICO (L. 149/18.06.2004), Art. 80, “Pena para el delito continuado. Cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se producen los elementos de un mismo delito, se impondrá la pena seleccionada de la mitad superior del intervalo de pena”. CP COSTA RICA (L. 4573/04.05.1970), Art. 77, “Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”. CP PANAMÁ 2007, Art. 85, “Se considera un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal cuando revele ser ejecución del mismo propósito criminal. En este caso la pena se aumentará de un tercio a la mitad”. CP VENEZUELA (GO núm. 5.494 Extraordinario del 20.10.2000), Art. 99, “Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad”. CP PERÚ, Art. 49, “Delito continuado. Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”. Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Único de la Ley núm. 26683, publicado el 11.11.96. CP BRASIL, Art. 71, “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havéaseos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo observado as regras do parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 deste Código”. CP URUGUAY (L. 9.155/04.12.1933), Art. 58, “Varias violaciones de la misma ley penal, cometidas en el mismo momento o en diversos momentos, en el mismo lugar o en lugares diferentes, contra la misma persona o contra distintas personas, como acciones ejecutivas de una misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado, y la continuación se apreciará como una circunstancia agravante”. Sobre la historia del delito continuado en Argentina, *vid.* ARCE AGGEO, *Concurso...*, *ob. cit.*, pp. 247 y ss.

A. ITALIA. La legislación italiana actual sigue los lineamientos trazados por la reforma al Art. 81.2° del CP del 19.10.1930, mediante el DL. núm. 99/11.04.1974, legislado con posterioridad como la L. 220/07.06.1974, Art. 8° [publicada en la GO núm. 151 del 11.06.1974]¹²⁸. Se trató, en su momento, de una reforma completa del sistema de punibilidad previsto para la pluralidad de delitos, que abarcó el concurso formal, el concurso ideal y, por supuesto, el delito continuado¹²⁹. El texto de la mencionada reforma dice lo siguiente: “[...] [s]erá penado con la pena que debería infligirse por la violación más grave aumentada hasta el triple a quien con una sola acción u omisión viole diversas disposiciones de ley o bien cometa varias violaciones de la misma disposición de ley./ A la misma pena se someterá quien con varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo designio criminoso, cometa aunque en tiempos diversos varias violaciones de la misma o de diversas disposiciones de ley./ En los casos previstos en este artículo, la pena no podrá ser superior a aquella que sería aplicable a la norma de los artículos precedentes” (t/l)¹³⁰.

Dicho lo anterior, en Italia se puede advertir una doble concepción histórica de la continuidad delictiva: una, propia del CP/1930 original que contribuyó de forma generosa a dibujar los lineamientos de la doctrina continental en la materia; y, otra mucho más amplia, a partir de 1974, que desdibujó desde la perspectiva técnica la figura al transformarla —con fundamento en el *favor rei*— en aquello que la doctrina italiana moderna denomina como “continuación de delitos” (pluralidad de delitos distintos y sucesivos conexos en forma ideológica), que incluye la figura tradicional del “delito

¹²⁸ Vid. ZAGREBELSKY, *Reato continuado*, *ob. cit.*, pp. 26 y ss.

¹²⁹ Vid. RAFFAELE BERTONI, “La riforma penale Dell’aprile 1974 nella giurisprudenza della corte di cassazione”, en *RIDPP*, 1976 N.S. 19, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 1371 y ss.; CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, pp. 392 y ss.; GIOVANNI FLORA, “Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del Codice penale”, en *RIDPP*, 1975 N.S. 18, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 506 y ss.; NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 385; RIZ, *Lineamenti...*, *ob. cit.*, p. 526.

¹³⁰ El texto original del Art. 81.2 sustituido por D.L. 11.04.1974, núm. 99, dice así: “[a]lla stessa pena soggiace chi con piu' azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi piu' violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non puo' essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti”. Dicha normativa tiene antecedentes en los CP Sardo (1859, Art. 144) y Toscano (1854, Art. 80), el último de los cuales tuvo enorme influencia en el CPU de 1887 (ZANARDELLI), Art. 79.

continuado” como una de sus posibles manifestaciones jurídicas¹³¹, sin que sea correcto afirmar que exista una completa afinidad entre ellas. En la doctrina tradicional colombiana esta figura constituiría, inclusive, una ampliación del concurso real homogéneo y sucesivo de delitos.

En realidad, la reforma de 1974 generó complejas polémicas dogmáticas y político-criminales en la doctrina y la jurisprudencia¹³²; ello como producto de la ampliación extrema de los límites objetivos de la continuación al eliminar la exigencia legal de “unidad relativa de tipo”. De este modo, la modificación legislativa permite mantener el nexo de continuidad, aunque la pluralidad de actos ejecutivos realizados por el autor constituya varias violaciones de la ley penal diferentes, siempre y cuando estas puedan significar una precaria “unidad de desvalor penal”¹³³ desde el punto de vista subjetivo.

Así las cosas, en Italia, el único criterio jurídico que permitiría caracterizar una efectiva continuación delictiva sería el elemento subjetivo unificador: “el mismo designio criminal”¹³⁴. Componente intelectual distinto al dolo típico, que sufre una extensión jurídica considerable para abarcar una pluralidad de infracciones delictivas homogéneas o heterogéneas en una unidad acción, similar a la acción del concurso ideal o medial de delitos. Desde luego, la naturaleza de este elemento sería mixta —similar a la de dolo continuado—, es decir, subjetiva si las acciones realizadas son

¹³¹ Vid. IVO CARACCIOLI, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 526; ANTONIO PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 596 (6ª ed., *ob. cit.*, p. 592); SANZ MORAN, *El concurso de delitos: Aspectos...*, *ob. cit.*, pp. 81-83.

¹³² Así analizan la evolución CRESPI, STELLA, ZUCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 397; GAETANO, *Corso...*, *ob. cit.*, pp. 716 y ss.; y ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 29, para quien “aparece justificada la protesta de los operadores del derecho por el modo en que las delicadas modificaciones legislativas ha sido introducidas en el complejo orgánico de las normas, sin un examen analítico de los problemas relativos a la aplicabilidad y a los efectos de la nueva normativa sobre varios institutos diversos [...]” (t/l).

¹³³ Vid. GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO, *Diritto Penale*, Parte Generale, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2001, p. 618, quienes apuntan que parte del fundamento de la reforma fue que la jurisprudencia, a menudo, encontró episodios delictivos portadores de un desvalor penal unitario pero, en todo caso, ajenos a la continuación por integrar diferentes esquemas correspondientes a violaciones de diferentes disposiciones incriminadoras. Una postura que convierte el concurso medial en un supuesto de unidad delictiva.

¹³⁴ Por ello, BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, 1986, p. 710, reconocen que “hoy no existe más, en el delito continuado, algún límite objetivo, y todo se centra en la identidad del designio criminal que debe abrazar los singulares hechos delictivos” (t/l).

homogéneas y objetivada cuando se trate de hechos heterogéneos realizados con motivo de la misma ocasión o utilidad. Bajo esta línea de análisis, por ejemplo, se podría configurar un delito continuado en el caso del político que realiza, con el propósito de financiar su propia campaña electoral, diversos cohechos, concusiones, peculados, calumnias e injurias a sus adversarios políticos¹³⁵; o un delito continuado por omisión en el caso del agente de la policía judicial que, con la obligación de ejecutar varias órdenes de captura simultáneas, se abstiene de ejecutarlas en cumplimiento de un mismo plan criminal¹³⁶.

De otro lado, en la concepción expuesta, la diferencia entre el concurso real y esta modalidad de continuación de delitos (que no es en sentido propio un delito continuado tradicional) sería que en el concurso real las diversas violaciones legales carecen de dependencia, aunque en términos intelectivos ambas figuras estén precedidas por la ejecución de un mismo elemento subjetivo unificador¹³⁷, como sucede en el concurso medial, sin que sea necesario verificar en este caso la necesidad medial concreta.

Ello ha generado en la doctrina una profusión inusitada de estudios sobre el concepto, la naturaleza y los límites de dicho elemento, sin que al tiempo se haya repensado de forma adecuada la justificación tradicional de la continuación, consistente en la morigeración de la pena por *favor rei*¹³⁸ en los eventos de concurso real. En cualquier caso, se debe recordar que la unificación delictiva heterogénea es cuestionable por fuera de la teoría de la ficción, considerada la imposibilidad de formar un injusto unitario y progresivo con base en una pluralidad heterogénea de bienes jurídicos

¹³⁵ Cfr. SANTANIELLO y MAROUTTI, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 578.

¹³⁶ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 641.

¹³⁷ Vid. ROBERTO PASSELLA, "Osservazioni in tema di struttura e fondamento del nuovo reato continuato", en *RIDPP*, 1976, N.S. 19, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 498 y 499; PIETRO NUVOLONE, *Il sistema del Diritto Penale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1982, p. 387, quien sostiene que el delito continuado heterogéneo representa un absurdo lógico y dogmático: "[m]ejor hubiera sido, después de haber decidido adoptar una línea legislativa "mórbida", extender la regla del cúmulo a todas las hipótesis de concurso material de delitos, y cancelar del código la figura del delito continuado" (t/l).

¹³⁸ Así, BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 709. Por tal motivo, NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 386, afirma que en el delito continuado heterogéneo no tiene sentido si el problema se trata de una unidad real o ficticia. En la realidad se observa una pluralidad de delitos ontológicamente distintos, cuya unificación viene dada solo por fines de la pena «indulgentiæ causa».

lesionados, a diferencia de la continuación en sentido estricto — homogénea—. Ello, sin olvidar la dificultad de justificar, por una parte, la reconducción del delito continuado a las hipótesis de pluralidad de tipos precedidos por una unidad ontológico-normativa de acción y, por otra, la reducción sustancial del ámbito de aplicación del concurso real mediante argumentos puramente subjetivos (culpabilísticos), más propios de la voluntad de los operadores jurídicos interesados en algún resultado —o del Juez—, que del ordenamiento punitivo positivo vigente¹³⁹.

En fin, no obstante la notoria ampliación que sufre la figura, la reforma legislativa italiana no significó un cambio trascendental en materia de punibilidad, porque como sucedía en el CP/1930, la pena aplicable es la del concurso formal de delitos: la que debiera infligirse por la violación más grave aumentada hasta el triple —sistema de asperación—. Sin embargo, ello puede traducirse en forma negativa al difuminar los límites entre el concurso ideal y real de delitos, pues la diferencia entre ambas modalidades concursales dependería de manera exclusiva del plan criminal del autor, como sucede entre el delito continuado heterogéneo y el concurso real.

B. ALEMANIA. Desde el punto de vista positivo puede advertirse cómo, luego de la regulación del delito continuado en el CP Bávaro de 1813, Art. 110¹⁴⁰, el legislador alemán, salvo algún intento de regulación en los P. CP

¹³⁹ Así, FRANCO BRICOLA y VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di Diritto Penale*, Codice penale—II, Torino, Utet, s/f., p. 753, afirman: “[...] la jurisprudencia ha escuchó el mensaje lanzado por el legislador, en el sentido que ha hecho de la continuación un instrumento de atenuación del concurso material de delitos, metiendo en saco las razones sustanciales que sustentan el delito continuado, como un instituto distinto al concurso material de delitos” (t/1).

¹⁴⁰ Dicho artículo expresaba “[c]ometiéndose varias veces un crimen contra el mismo objeto o contra la misma persona, se computan las sucesivas acciones del crimen a un mismo hecho, aunque para la cuantificación de la pena se considerarán como circunstancia agravante bajo las limitaciones del artículo 95. Cuando un criminal haya cometido con una misma acción y al mismo tiempo varios crímenes, se aplicará sólo la pena de la infracción más grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 95, núm. II” *Vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 74 y 75.

de 1913 y 1917¹⁴¹, evitó un reconocimiento expreso de la figura, para dejar librado su desarrollo a la ciencia y a la jurisprudencia del Derecho penal¹⁴².

De conformidad con lo anterior, tal y como sucedió en Italia al comenzar la evolución de la figura, algún sector de la doctrina germana consideró que la continuación consistía en verdaderas hipótesis de unidad de acción en la realización sucesiva de un único delito, por fuera del ámbito de la concurrencia de tipos, en las cuales era posible advertir varias acciones causales y voluntarias diferentes, que no contaban con ninguna relevancia típica independiente en relación con la significación unitaria del hecho respecto de la lesión del bien jurídico tutelado¹⁴³. Para ilustrar lo dicho, se pueden citar los siguientes ejemplos: los 15 martillazos para destruir una obra de arte valiosa, las injurias sucesivas contra un mismo sujeto, o un hurto en el que media una interrupción momentánea de la actividad, por el temor del sujeto a ser descubierto¹⁴⁴.

Por añadidura, la doctrina alemana —desde el comienzo— fue reticente a aceptar la unificación de diversos actos delictivos cuando mediaba una perspectiva en exclusiva subjetiva. Ello, porque se corría el riesgo de estructurar tal unidad sólo con base en la resolución del autor, sin que los diversos actos sirviesen a un fin idéntico o por fuera de la homogeneidad requerida por el tipo penal respectivo.

Ahora bien. Lo que caracteriza el actual tratamiento teórico del delito continuado en Alemania (en particular hasta 1994), aparte de la ausencia de una disposición legal, es que la institución se consideró como una realidad

¹⁴¹ La fórmula de dicho proyecto indicó: “[c]uando diversos actos de una persona constituyan un delito continuado, la pena se determinará atendiendo al conjunto de la actividad punible”. *Vid. ibídem, ob. cit.*, p. 75.

¹⁴² Algún sector de la doctrina entiende que el delito continuado se desprende del actual § 52 (I), que de forma literal advierte: “si se quebrantan con la misma acción varias leyes penales o la misma varias veces, entonces sólo se aplicará una pena” (t/1). Igual operación hermenéutica se efectuaba a partir del §74 CP de 1871 del Imperio Alemán. Así, *ibídem, ob. cit.*, pp. 74 y 75; VON LISZT, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 150 y 151, cita núm. 2. En Colombia, las teorías realistas interpretaron el delito continuado con base en esta línea argumentativa.

¹⁴³ En este sentido *cf.* ALBERT FRIEDRICH BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18 auf., Leipzig, B. Tauchnitz, 1898, pp. 306 y ss.; ADOLF MERKEL, *Derecho Penal*, Biblioteca de jurisprudencia, Filosofía é historia, Pedro Dorado (trad.), T. 1. Madrid, La España Moderna, S.f. (¿1926?), pp. 389-391 (*Derecho*, pp. 275-277).

¹⁴⁴ Así, MERKEL, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 276-277.

jurídica estructurada a partir de una “unidad jurídica o típica de acción”¹⁴⁵, compuesta a su vez por varias unidades naturales de acción. Se debe tener en cuenta que la doctrina alemana, a diferencia de otras posturas en este ámbito, por lo general no efectúa una separación metodológica entre la acción y el tipo penal, con lo cual se habla de acción continuada, bajo el entendimiento de que con ella se conforma un delito único. Tanto así, que para muchos autores la lesión de bienes jurídicos personalísimos afecta en forma directa la formación de la acción única jurídica o natural.

Por otra parte, resulta una figura jurídica cuyo fundamento se ha acreditado en la tradición por razones de «imperativa necesidad práctica»¹⁴⁶ — procesales y probatorias— para evitar la obligación de concretar la serie de actos individuales en el proceso penal, para sortear la aplicación del costoso método de configurar cadenas de acusaciones y penas para los actos singulares, a partir de la consideración detallada de las circunstancias de cada uno de ellos en el contexto procesal. Dicho lo cual se asume que la continuación delictiva tiene como base estructural un modelo concursal.

Desde un punto de vista práctico, el delito continuado en Alemania se convirtió —como simple construcción conceptual de naturaleza jurisprudencial— en una solución punitiva reducida de excepcional y rara aplicación práctica, en comparación con la normativa concursal [StGB §53], porque al tratarse de una institución confusa desde la perspectiva de sus

¹⁴⁵ Cfr. BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 811; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 363; FRITZ HARTUNG, “Tateinheit und Fünfliche Verbrechenheiten in der neueren Rechtsprechung des Reichgerichts”, en *SJZ*, Jahrgang V, 1950, pp. 327-336; BERND VON HEINTSCHEL-HEINEGG, “Der Fortsetzungszusammenhang”, en *JA*, 25 jahrgang, Heft 5, 1993, p. 141; JESCHECK Y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 714 y 715 (Tratado, pp. 769 y 770); ARTHUR KAUFMANN, “Anmerkung, BGH, Urteil v 21.11.1958-1 StR 458/58 (LG Koblenz)”, en *JZ*, 14 Jahrgang, 1959, pp. 375-377; KRATZSCH, “Die fortgesetzte...”, *ob. cit.*, p. 181; KÜHL, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 704-705; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 535 y ss; MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 389; PREISER, “Aufspaltung der Sammeinstraftat insbesondere der fortgesetzten Handlung”, en *ZStW*, 58 Band, 1939, pp. 743-787; SCHLOSKEY, “Über...”, *ob. cit.*, en *ZStW*, 61 pp. 245-290; STRATENWERTH, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 440-441; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, pp. 85; HELLMUTH VON WEBER, “Zur Behandlung des zum Teil im Ausland begangenen fortgesetzten Delikts”, en *ZStW*, 57 Band, 1938, pp. 491-496; WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 227-231 (*Derecho*, pp. 268-272); WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 294-295 y ss.; ALFONS ZCHOCKELT, “Die Auswirkungen der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zum Fortsetzungszusammenhang”, en *JA*, 29 jahrgang, Heft 5, 1997, pp. 416 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. MEZGER, “Das Fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 3265.

elementos, su penalidad y sus efectos procesales, supuestamente genera más injusticias materiales que ventajas prácticas¹⁴⁷. No se puede olvidar la famosa frase de SOWADA: “Die forgesetzte Tat ist tot, es lebe die natürliche Handlungseinheit”¹⁴⁸.

De hecho, razones procesales y la distancia entre la práctica y la legitimación de la figura fueron cuestionadas desde la perspectiva político-criminal por el Gran Senado del BGH Alemán¹⁴⁹ [GSSt] que, sin ningún tipo de transacción política y por el abuso que ha hecho la práctica jurídica de la figura en casos dudosos, mediante el auto del 03.05.1994 (BGHSt 40,138, fto. núm. 2¹⁵⁰) decretó la inaplicabilidad selectiva del delito

¹⁴⁷ Cfr. GEPPERT, “Grundzüge..., *ob. cit.*, p. 367; WALTER GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg, Springer, 2001, pp. 511-512; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch..., ob. cit.*, p. 715 (*Tratado*, p. 770); MITSCH, “Konkurrenzen... *ob. cit.*, p. 890.

¹⁴⁸ CHRISTOPH SOWADA, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, (NZV), 1995, p. 465: “el hecho continuado está muerto, viva la unida unidad natural de acción”.

¹⁴⁹ Cfr. con particular atención GUNTHER ARTZ, “Die fortgesetzte Handlung geht—die Probleme bleiben”, en *JZ*, 1994, pp. 1002, quien advierte que el BGH hizo “tabula rasa” con el delito continuado; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht..., ob. cit.*, p. 811; CLAUDIUS GEISLER, “Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang —BGH— Beschl. Vom 3. 5. 1994—GSSt 2 und 3/93”, en *JurA*, 17. Jahrgang, Heft 2, 1995, pp. 74-84; BERND VON HEINTSCHEL-HEINEGG, “Die Entbehrlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs”, en *JA*, 26. Jahrgang, Heft 12, 1994, pp. 586-590; ROTH-STIELOW, “Kritisches..., *ob. cit.*, pp. 450; ZCHOCKELT, “Die Auswirkungen..., *ob. cit.*, pp. 411-418; ALFONS ZCHOCKELT, “Die praktische Handlung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, en *NStZ*, 14. Jahrgang, Heft 8, 1994, p. 362-388. En general: CLAUS-JÜRGEN HAUF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch*, 2. auf., Krißel, Luchterhand, 2001, p. 191 y ss; KÜHL, *Strafrecht..., ob. cit.*, pp. 704-705; ROXIN, *Strafrecht*, II, *ob. cit.*, pp. 872-875.

¹⁵⁰ Con referencias, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito..., ob. cit.*, p. 168 a 173, quien afirma: “[t]ampoco resulta convincente aquella opinión según la cual la acción continuada, de modo similar a como sucede con la figura de la unidad natural de acción, es tributaria de una concepción natural, cercana a la vida, afirmándose en este sentido que en muchos ámbitos vitales hay modalidades de comportamiento punibles que, a pesar de cumplir individualmente un tipo penal, sólo pueden ser aprehendidas de modo correcto en su conjunto, conduciendo su segregación a un falseamiento de la realidad vital (*cfr.* RGSt, 70, 243, 244; BGHSt, 3, 165, 167, 168; 36, 105, 109, GRIBBOHM, *NStZ*, 1993, 536; JÄHNKE GA, 1989, pp. 376, 382 s.; EB. SCHMIDT, *SJZ*, 286, 292; S/S-STREE, 24ª ed., com. previo a los §§ 52 ss., n.m. 31, 46). La acción continuada no está prendada a las modalidades de comportamiento humano en el sentido de que el Derecho tenga que partir necesariamente de ella. Por el contrario, es un asunto de decisión normativa el de determinar si varias acciones humanas que podrían ser unificadas bajo determinados puntos de vista deban ser consideradas por el Derecho como una acción. Ciertamente, la valoración específicamente jurídico-penal no es completamente libre. A la hora de interpretar la Ley debe tener en cuenta las estructuras de la acción humana vinculadas a consideraciones externas al Derecho penal. Esto se compadece con el hecho de que desde hace mucho tiempo el punto de partida de la jurisprudencia en lo que se refiere a la “acción” en el sentido de la regulación de los concursos en los §§ 52 ss. StGB sea la unidad natural de acción (*cfr.* BGHSt, 4, 219, 220; 10, 230, 231). Incluso este concepto —discutido en la bibliografía— no está determinado de modo exclusivo por una consideración natural, prejurídica, sino

continuado en los supuestos de estafa [StGB § 263]¹⁵¹, abuso sexual [StGB §§ 173, 174, 176 II]¹⁵² e impuestos [BGH 40, 195] entre otros¹⁵³; tal y como lo hizo en su momento el TRIBUNAL FEDERAL SUIZO en 1990¹⁵⁴ respecto del Art. 71 II del Schweiz-StGB¹⁵⁵. Decisión que ha sido ratificada por el mismo tribunal en BGHSt 40, 138 y BGH StV 1996, 298.

En fin, en la práctica judicial, aunque el tribunal no quiso extender esta nueva orientación reduccionista a otras variantes típicas, se considera que la normativa del concurso real de delitos es suficiente para penalizar el desvalor total de la serie de acciones homogéneas naturales

también por el tipo delictivo a aplicar en cada caso (*cf.* MAINWALD, *Die natürliche handlungseinheit*, 1964, pp. 70 ss.)” (subrayado por fuera del texto original). Sin embargo, a diferencia de otros autores, no es creíble que el BGH haya agotado la perspectiva ontológica de la acción continuada para exponerla exclusivamente como una postura jurídica, como unidad típica de acción excepcional. En realidad, sólo la distancia de la unidad natural de acción, en cuanto que en ella priman más los elementos normativos sobre los ontológicos en la unificación de las afectaciones seriadas de bienes jurídicos personales o personalísimos específicos, como sucede en materia sexual. De igual forma, tampoco se sigue en la actualidad la concepción de la realidad natural en el sentido estricto en el que fue propuesta en forma original por ALIMENA, porque es indiscutible que la acción humana no sólo es ontológica sino también normativa, es decir, se puede apartar de los comportamientos valorados desde la estricta perspectiva natural. Otros argumentos en: BGH, *Beschl. V. 3. 5. 1994-GSSt 2 und 3/93* (LG Mainz, LG Wupertal), “Einengung des Anwendungsbereichs des Fortsetzungszusammenhangs StGB §§ 42, 173, 174, 176, 263”, en *NSiZ* 1994, Heft 8, pp. 383-388.

¹⁵¹ La mencionada prohibición no resulta extraña, si se considera que desde los años 50 del s. XX la jurisprudencia del Reichsgericht inaplicó con frecuencia la continuación delictiva en materia de fraudes económicos, tal y como lo expone EBERHARD SCHMIDT, “Einzelakte einer fortgesetzten Handlung sind keine vorsätzlichen Taten i. S. des § 20 a II, Anmerkung, BGH, Urteil *vid.* 21.09.1951 -2 StR 415/51 (LG Hamburg)”, en *JZ*, 6 Jahrgang, 1951, pp. 755 y ss.

¹⁵² *Cfr.* BGH 40, 165, sobre las razones del GSSt para restringir la acción continuada en los delitos sexuales, precisamente, por carecer de límites como los previstos por el ordenamiento español (CPE, Art. 74.3), *vid.* GEISLER, “Der Beschluß..., *ob. cit.*, p. 81; ZCHOCKELT, “Die praktische..., *ob. cit.*, pp. 362 y ss., destaca que en estos supuestos no subsiste justificación político-criminal o criminológica para dejar de aplicar la normativa del concurso material de delitos.

¹⁵³ Sobre el particular *cf.* FRANK ZIESCHANG, “Tendenzen in der Rechtsprechung seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, en *GA*, 1997, pp. 457-467.

¹⁵⁴ Sobre el tema, HAFT, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 283; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 293.

¹⁵⁵ Sobre dicha norma y su recepción en la jurisprudencia Suiza, HEIKE JUNG, “Aufgabe der Rechtsfigur der Fortgesetzten Handlung durch das Schweizer Bundesgericht”, en *NJW*, 47 Jahrgang, Heft 14, 1994, 1/s 1-1680, pp. 916-917. Dicha norma regula el caso especial de aquella actividad punible desarrollada en un período limitado, que el agente ejecuta en diferentes tiempos y que termina en aquél día en el que ejecuta la última acción. Todo ello de acuerdo con la estructura del tipo.

independientes¹⁵⁶ realizadas por el autor; cuando las mismas —caso a caso— no se puedan agrupar típicamente de manera concreta, necesaria y justificada en una unidad jurídica o típica de acción castigada con una penalidad única. Que ello es así, se demostraría cuando el concurso homogéneo de tipicidades resulta adecuado para resolver los supuestos estructurales de delitos en serie que afectan bienes jurídicos eminentemente personales¹⁵⁷.

A tales consideraciones el BGH agrega que no resulta cierta la pretendida facilidad probatoria y procesal que de ordinario se le atribuye al delito continuado, por varias razones, a saber: (i) por las nulidades de las sentencias de primera instancia, por falta de motivación o precisión en la formulación de los hechos constitutivos de la serie criminal; (ii) porque no favorece la investigación de los hechos en serie y la criminalidad organizada, por el contrario, éste sigue las mismas reglas probatorias aplicables a los eventos delictivos plurales; (iii) porque no descarga las obligaciones judiciales en la elaboración de las acusaciones y las condenas, y (iv) tampoco simplifica de forma sustancial los procedimientos legales de individualización judicial de la pena, por lo que se refiere al delito continuado. En fin, para autores como GEISLER¹⁵⁸, el nuevo delito continuado no se puede calificar más como un caso de unidad típica de acción: «de la vieja figura del delito continuado sólo quedó el nombre». Así las cosas, parece haber un retroceso a las teorías de la ficción jurídica, para moderar los efectos que la eventual aplicación judicial del delito continuado pueda tener respecto de ciertas figuras típicas que afectan bienes jurídicos «altamente personales».

¹⁵⁶ Así, BRINGEWAT, “Nachträgliche...”, *ob. cit.*, p. 556, plantea la discusión sobre la pena única en Alemania, retomada por las discusiones del Gran Senado del BGH alemán; FREUND, *Strafrecht, ob. cit.*, pp. 392 y ss.; ZCHOCKELT, “Die praktische...”, *ob. cit.*, pp. 363 y ss.

¹⁵⁷ Sobre las ventajas y desventajas de la reducción del delito continuado en Alemania y su punibilidad única o plural, FRANK DIETMEIER, “Marburger Strafrechtsgespräch 1997”, en *ZStW*, 110 Band, Heft 2, 1998, pp. 392-401; EHRENFRIED RUPPERT, “Der Tag danach, Praktische Auswirkungen des Beschlusses zur fortgesetzten Handlung”, en *MDR*, 1994, pp. 973-977.

¹⁵⁸ *Cfr.* GEISLER, “Der Beschluß...”, *ob. cit.*, pp.80-81.

A pesar de ello, lo cierto es que en el ordenamiento alemán subsisten casos particulares en los cuales puede resultar adecuada y necesaria la aplicación de la continuación delictiva a los actos parciales, al menos, por lo que se refiere a la penalidad de la ofensa contra ciertos bienes jurídicos como la hacienda pública¹⁵⁹; con el propósito de apreciar de modo comprensivo el verdadero grado de injusto y la culpabilidad del autor¹⁶⁰. De hecho, algún sector de la doctrina penal alemana ha sido en especial crítico con la decisión del BGH, pues advierte que —aparte de no ser novedosa consideradas las doctrinas más conservadoras en la materia— la eliminación extensiva de la continuación no implica ningún adelanto en el ámbito de la dogmática de los delitos en serie, en la individualización de la pena, en la validez legal de la figura o en la economía procesal¹⁶¹. Además, debe anotarse, se desconoce una tradición ininterrumpida de más de 120 años de jurisprudencia y práctica legal alemanas, mediante argumentos poco convincentes y superficiales que pasan por alto los verdaderos efectos que produce la desaparición del instituto en estudio en otras expresiones típicas.

Entre las críticas más interesantes a tan importante decisión judicial, se pueden señalar las siguientes¹⁶²:

En primer lugar, no se racionaliza lo suficiente aquel viejo argumento en cuya virtud el delito continuado implica, en la mayoría de los casos, un privilegio incorrecto para los delincuentes en serie y para la criminalidad organizada¹⁶³. En particular, por las ventajas derivadas de la prescripción de

¹⁵⁹ En contra, KRATZSCH, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, p. 177, critica el hecho de que en general aparezcan —*como paradigma de continuación delictiva*— los delitos contra la hacienda pública (evasión de impuestos), en los que la sucesividad de los actos parciales se ve desdibujada por la enorme amplitud temporal entre ellos, no obstante se estructure de manera equivocada una unidad natural o típica de acción.

¹⁶⁰ *Vid.* JOACHIM BOHNERT, “Schuldumfang bei Serienstraftaten”, en *NSiZ*, 15 Jahrgang, Heft 9, 1999, pp. 460 y 462.

¹⁶¹ Para más detalles, MENNO ADEN, “Das ende der fortgesetzten Handlung”, en *JZ*, Heft. 22, 1994, pp. 1109-1110; ARTZ, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, pp. 1000-1002.

¹⁶² *Vid.* SAMSOM y GÜNTHER, *SK-StGB*, *ob. cit.*, Vor §52 pp. 22-27; SCHÖNKE, SCHRÖDER y CRAMER, *SK*, *ob. cit.*, Vor §52, pp. 812-814.

¹⁶³ *Vid.* VON HEINTSCHEL-HEINEGG, “Der Fortsetzungszusammenhang..., *ob. cit.*, pp. 136-137; *id.*, “Die Entbehrlichkeit..., *ob. cit.*, p. 588 y ss; KÖHLER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 690. Este autor, aunque sostiene que es cierto que el delito continuado privilegia los delincuentes en serie (habituales), también lo es que debido a la sentencia del BGH, por el momento, se debe aplicar de manera inadecuada el costoso tratamiento del concurso real; FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, “Die Zusammenrechnung im Rahmen von

la acción, a partir de la terminación del último acto seriado [StGB § 78a]¹⁶⁴. En todo caso, débase considerar que el delito continuado solo sería beneficioso para el procesado, si alguno o algunos de los actos parciales no resultan de interés para el proceso penal; pero incluso así, no parece justificado tratar los demás eventos como un concurso real de delitos con base en la normativa de los §§ 53-54, para lograr compensar la disminución punitiva que resulta de la pena continuada, por la exclusión de los hechos irrelevantes.

En segundo lugar, no se puede descartar que la fragmentación del delito continuado —tratado como un concurso real— pueda generar como efecto colateral la pérdida grave de datos relevantes para la investigación procesal¹⁶⁵. Justo es decirlo, tal situación llevó a los operadores a opinar que el delito continuado en la práctica judicial no era más que una consunción de delitos independientes, aglutinados como un todo jurídico inseparable en virtud de la interpretación global de un hecho continuo convertido en una acción amplia en sentido procesal [Art. 103 III GG]¹⁶⁶.

Además, la fragmentación del delito continuado puede generar graves inconvenientes, errores y dificultades de aplicación en el campo de la acusación, por ejemplo: cuando el investigador trabaja de forma insular con actos parciales antiguos sin una conexión aparente con los demás¹⁶⁷; o cuando las acusaciones en cadena —de lo que debería ser un delito único continuado— resientan de forma grave los derechos fundamentales del procesado, por la violación del principio de *ne bis in idem* o de la cosa juzgada material. En fin, también se vería afectada la validez de la decisión judicial, cuando el juez haya unificado los fragmentos de acción por el desconocimiento de las reglas procesales y probatorias básicas. Como se ha

Quantitätsbegriffen bei Fortsetzungstat und Mittäterschaft”, en *GA*, 1964, pp. 225-226. La crítica en BGH, Beschl. V. 3. 5. 1994-GSSSt 2 und 3/93 (LG Mainz, LG Wupertal), “Einengung..., *ob. cit.*, p. 384.

¹⁶⁴ Cfr. GEISLER, “Der Beschluß..., *ob. cit.*, pp. 74.

¹⁶⁵ Vid. WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 294.

¹⁶⁶ Analiza este problema, GEPPERT, “Grundzüge..., *ob. cit.*, p. 366.

¹⁶⁷ Así KRATZSCH, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, p. 180, indica que una fragmentación artificial de la acción continuada en varias violaciones normativas independientes implica un desbordamiento del principio de protección del Derecho Penal.

dicho antes, no se puede admitir la indeterminación de las acciones como un requisito esencial del delito continuado.

En tercer lugar, en la práctica judicial resultó insostenible la violación permanente del principio de igualdad judicial, por la excesiva aplicación tópica del delito continuado. Desde luego, ello evidenció que los criterios teóricos y jurisprudenciales de la figura no eran tan lúcidos para brindar seguridad jurídica; en particular en los casos más graves y complejos (p. ej.: delitos sexuales). Es más, se asumieron modelos de continuación subjetivista o, al menos, con frecuencia aleatorios, con base en la conducción de la vida punible.

En cuarto lugar, para la doctrina alemana no aparece del todo justificada la menor punibilidad que implica la aplicación privilegiada del principio de exasperación en el delito continuado, frente al modelo de pena global que sobrelleva el concurso real de delitos. Sin embargo, como lo advierte ARTZ¹⁶⁸: «las injusticias a la periferia de un principio justo son normales». Es más, no se puede afirmar con certeza que la diferencia punitiva entre ambos sistemas sea enorme, sobre todo cuando —en ordenamientos como el alemán— la pena del concurso real se forma como una unidad punitiva global. De hecho, se puede temer que, con la fragmentación de la continuación en conductas punibles individuales y con la aplicación de la pena más severa propia de la acumulación de penas, los jueces empleen límites judiciales artificiales en la individualización de la medida de la pena.

En quinto lugar, todo indica que subsisten problemas de economía procesal¹⁶⁹. El uso de métodos de individualización de la pena complejos y costosos, que suponen individualizar primero una cadena extensa de hechos singulares probados en debida forma, y luego formar una pena global, no deja de ser problemático. Además, una serie de acusaciones y de sentencias judiciales sucesivas por actos “parciales” seriados, en realidad no beneficia la aplicación del concurso real, sino la práctica de dicha figura en su regulación posterior. Una situación que haría caótica —en muchos casos—

¹⁶⁸ Vid. ARTZ, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, p. 1001.

¹⁶⁹ Vid. *ibidem*, p. 1000; SAMSOM y GÜNTHER, *SK, ob. cit.*, Vor §52, pp. 23 y 24.

la ejecución penitenciaria de las sanciones para el procesado, si es que tal reconducción de la penalidad es posible de conformidad con la ley.

En fin, a pesar a lo dicho, es posible afirmar que esta nueva orientación reduccionista, más propia de la situación alemana respecto a la aplicación jurídica del delito continuado frente a ciertos grupos de delitos, que a su naturaleza o admisibilidad teórica, es consecuencia de la falta de regulación de la figura en la ley penal sustantiva¹⁷⁰ y del control de sus diversos efectos en la ley procesal penal —en particular en delitos fiscales por la eventual quiebra de importantes empresas debido al impago de impuestos durante un largo período de tiempo—. Una conclusión a la que se llega por varias razones:

Primero. La decisión metodológica del Gran Senado alemán, a partir de cierta interpretación práctica de la ley, buscaba obtener por equivalencia judicial lo que en otros ordenamientos jurídicos se alcanzó durante el s. XX, mediante cláusulas legales que condicionaron o redujeron la aplicación del instituto frente a hipótesis que afectan bienes jurídicos personalísimos. Ello, bien porque la figura entraña una expansión cuestionable del aspecto subjetivo, lo que desdibuja sus límites frente al concurso de delitos; o porque tales hipótesis implican la lesión o el peligro de bienes jurídicos “eminenteamente personales” como la vida, la libertad sexual y el honor. Limitaciones legales que constituyen normas de referencia para la aplicación de la figura, no sólo para legitimar y estipular el contexto funcional de la institución y su punibilidad frente al concurso de tipicidades, sino también para brindar —como desarrollo de los principios de legalidad y de taxatividad— la seguridad jurídica necesaria relacionada con los elementos sustantivos y condiciones jurídicas que supone su aplicación.

Es así como, en el caso alemán, dicha limitación jurídica es aún más severa. Ello es entendible cuando se comprueba que las figuras libradas de manera exclusiva a la elaboración científica o a la interpretación de los métodos de aplicación de la ley, a partir de los principios generales del Derecho, son

¹⁷⁰ Así lo entiende BRODAG, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 163. En 1938, MEZGER, “Das fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 2268, exigió la regulación legal del delito continuado, según ya se dijo.

susceptibles a las tendencias prácticas recreadas en la jurisprudencia y en la doctrina —no obstante el esfuerzo de los tribunales para unificar la ciencia—. De ahí la razón por la cual se generó la incertidumbre dogmática y político-criminal que los juristas alemanes atribuyen, de forma reiterada, al delito continuado en nuestro entorno cultural.

Segundo. Es natural que la exclusión del delito continuado en la práctica jurídica alemana constituya, a la par que privilegia la aplicación del concurso real de delitos, la vía más idónea y expedita para evitar los problemas de aplicación —*praeter legem*— de la continuación en la jurisprudencia de aquel país. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el Gran Senado tomó una decisión de política criminal y no de dogmática en estricto sentido —como lo pretenden algunos autores—, pues resulta evidente que el tema no ha sido abordado con la hondura suficiente como para formular una doctrina clara y coherente sobre el tema. De hecho, el BGH pretendía evitar que los tribunales produjeran sentencias inciertas con base en la teoría de la unidad natural de acción¹⁷¹ y el dolo continuado, o aplicar el delito continuado como consecuencia de inconvenientes probatorios cuando resultaba claro que resultaban injustas, no sólo la opinión del Juez en la decisión legal, sino también las consecuencias totales obtenidas como corolario de la continuidad.

Repárese, además, cómo las objeciones contra el delito continuado se refieren a la conveniencia de aplicar la institución a ciertas modalidades típicas, o como consecuencia de ciertas prácticas judiciales no asimilables en otros ordenamientos jurídicos que, por cierto, descartan la continuación en (situaciones político-criminales dudosas) que implican la lesión o el peligro de bienes jurídicos «eminentemente personales». Luego, no parece del todo legítimo abstraer las conclusiones alemanas para fundamentar o negar una determinada postura dogmática sobre el delito continuado en general, con la descontextualización de los argumentos alemanes referidos a su propia experiencia judicial.

¹⁷¹ Vid. GEISLER, “Der Beschluß...”, ob. cit., p. 79.

A lo dicho agréguese que la completa eliminación del delito continuado genera un vacío de difícil sustento en el ámbito de las legislaciones penales vigentes, que se notaría primero en el contorno de las defraudaciones patrimoniales —lo que ciertamente no implica ninguna ventaja, independientemente del sistema de punibilidad que disponga cada ordenamiento jurídico para esta clase de delitos—, y, luego, en otras hipótesis que, como conductas reiteradas en apariencia autónomas, conforman de manera usual una “unidad de acción natural” —en sentido lato— al poseer cierta relación contextual, espacial y típica.

De todas maneras, si algo puede dilucidar este complejo asunto es la historia de la figura en otras legislaciones jurídico-penales, pues está demostrado cómo en España cambió de forma radical la concepción de la institución a partir de su regulación legal en 1983; y, por supuesto, cómo la pretendida eliminación de la figura resultó —en casos como el colombiano— un estruendoso fracaso en la práctica jurídica, al punto de ser reincorporada en el CP de 2000. Sea como fuere, en el Derecho común judicial se mantiene la cansada paradoja que se señaló al comienzo de este escrito, en el sentido de que la solución razonable para muchos casos solo es la aplicación del delito continuado, sin que el concurso real de delitos constituya una verdadera alternativa político-criminal.

Capítulo Cuarto

CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DELITO CONTINUADO

I. GENERALIDADES

Definir el delito continuado, también denominado de manera impropia “concurso continuado”, “concurso real homogéneo y sucesivo de delitos” o “concurso material aparente”¹, implica antes definir si se acoge una teoría objetiva, subjetiva o mixta sobre su naturaleza jurídica. Por ello, si se afirma que esta institución tiene naturaleza prevalentemente objetiva, en su estudio se han de privilegiar elementos como, por ejemplo, la similitud de tipo realizado, la homogeneidad de la ejecución², la posibilidad de lesionar de forma progresiva el bien jurídico amenazado o afectado, la conexidad temporal, la utilización de medios y ocasiones similares, o la satisfacción de juicios hipotéticos que permitan concluir que los hechos seriados podrían haberse realizado mediante un hecho único³.

Por el contrario, si se opta por las concepciones de índole subjetiva⁴, su elemento principal sería la unidad de fin, denominado como nexo psicológico o interno, unidad de resolución o voluntad, unidad de plan (proyecto o programa) criminal, unidad de deseo, unidad de pensamiento, unidad de designio criminal, unidad de propósito, dolo global o total y dolo continuado. En fin, si se acoge una posición ecléctica o mixta —objetivo-subjetiva— al estilo de las corrientes contemporáneas, se tienen como

¹ Crítico: ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, p. 861.

² Lo explica BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...*, p. 307.

³ Crítico: REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 172 y ss.

⁴ Así, PIASAPIA, *Reato continuado*, *ob. cit.*, *ob. cit.*, p. 29: “[...] por continuación no se puede entender otra que aquella particular figura criminosa resultante de la unión de más delitos idénticos, a cuya cumbre se encuentra aquel peculiar elemento psicológico, que nosotros llamamos diseño criminoso”; MUSCATIELLO, “Pluralità...”, *ob. cit.*, p. 181, advierte que “[s]e comprende, entonces, cómo interrogarse sobre el delito continuado equivale, en buena sustancia, a interrogarse sobre la naturaleza, sobre las razones de un *quid pluris*, construido en términos principalmente subjetivos, capaz de determinar un salto de calidad con respecto de la hipótesis base (el concurso material de crímenes), y legitimar una reacción sancionatoria completamente diferente de aquel normal, el cúmulo jurídico, antes que el cúmulo material de las penas” (t/l).

elementos constitutivos todos ellos⁵, aunque con algún énfasis determinado al estructurar la unidad de conducta en sentido amplio y la unidad de infracción típica.

En este sentido, y a partir de las teorías mixtas sobre la naturaleza jurídica del delito continuado, se puede afirmar que esta figura se presenta cuando el sujeto activo realiza diversos actos ejecutivos parciales seriados, más o menos similares y de la misma naturaleza típica —aspecto objetivo de continuidad ejecutiva—, conectados entre ellos por un plan criminal y un elemento subjetivo que los abarca en unidad de fin —aspecto subjetivo de unificación—, entendiéndose como un delito único de acuerdo con la valoración jurídica que admite el correspondiente tipo penal y el bien jurídico vulnerado —aspecto valorativo o normativo de integración típica—

⁶. Sobre semejante manera de concebir la institución no parece haber mayores disputas.

⁵ Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 52 y 53; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 553-599; *id.*, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 25 y ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 179 y ss.; MORO, *Unità e pluralità...*, *ob. cit.*, p. 207: “[l]a continuación criminosa resulta de elementos objetivos y subjetivos, los que confluyen para determinar el sentido de unidad del hecho así considerado, una unidad, correlativamente a aquel proceso formativo, no solamente subjetivo, de iniciativa del sujeto, pero objetivo, de propio y distinto valor jurídico”. Puede parafrasearse a MUSCATIELLO, “Pluralità...”, *ob. cit.*, pp. 192 y 193: “[...] el delito continuado cómo un concepto anfibológico, cómo Giano bifronte, que tiene dos caras, homogeneidad objetiva y homogeneidad subjetiva, se añade, cómo postulado necesario, una sola aplicación de normas jurídicas [...]” (t/l).

⁶ Por ello, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 991, indica: “[h]ay delito continuado cuando el agente realiza diversos actos parciales conectados entre sí por una relación de dependencia —nexo de continuación— y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final; en otras palabras: se trata de una forma especial de realizar determinados tipos penales mediante la reiterada ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares. Por ello, pese a que en apariencia cada uno de los actos parciales representa, de por sí, un delito consumado o intentado, todos ellos se valoran de manera conjunta como una sola conducta ontológica y normativamente entendida —por ende, como un solo delito— acorde con una concepción social-final de la acción humana”; *id.*, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 161; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, p. 861 y 865: “[h]ay tipos en los que no sólo queda abarcada la conducta que lo consuma, sino que eventualmente también abarcan la hipótesis de un número indeterminado de repeticiones de la conducta consumativa dentro de idénticas o similares circunstancias, una racional interpretación de los tipos muestra que en algunos la norma no abarca la reiteración de la conducta como una nueva conducta típica independiente, sino como un mayor contenido de injusto de la única conducta típica, pues otra interpretación se presenta como absurda o aberrante”. A su turno, la CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e1715, A. GÓMEZ y E. LOMBANA, señalan: “[...] se está frente a un evento de delito continuado cuando el autor en desarrollo de un plan preconcebido, con la misma proyección final de la conducta, realiza

Sin embargo, cuando se pretende profundizar más sobre la definición anterior y en torno a sus respectivos elementos —como, por ejemplo, la naturaleza típica o parcial de los diferentes actos ejecutivos seriados, sobre la necesidad del elemento subjetivo o cierto contexto temporal—, las opiniones se multiplican, aunque no cabe duda sobre su utilidad práctica y político-criminal. Así, es posible impedir el castigo excesivo (desproporcionado) al autor que falsifica cinco mil entradas a fútbol, como si fuese sujeto activo de igual número de transgresiones a la ley penal, o a quien efectúa mil estafas telefónicas por un valor de 12 Euros cada una, por mil infracciones en concurso real homogéneo.

II. FUNDAMENTO DE LA CONTINUACIÓN DELICTIVA

El delito continuado es una de las instituciones jurídicas sobre las cuales existe más escepticismo dogmático en la doctrina contemporánea, porque no se tiene claro para qué existe a pesar de su constante aplicación práctica. De hecho, casi todos los fundamentos jurídicos expuestos sobre él han sido rechazados o reformulados por la doctrina, y se advierte —con mayor énfasis en los últimos tiempos— la tendencia a reunirlos en posturas mixtas que no convencen a todos. Sobre el particular, vale la pena recordar la experiencia alemana que limitó la figura hasta su virtual extinción; no empero, al recurrir a argumentos propios de la legislación alemana que buscaban evitar las consecuencias negativas que produce su aplicación durante largos períodos de tiempo (sobre todo respecto a delitos fiscales que

varias acciones u omisiones que afectan un bien jurídico que admite graduación, que de analizarse separadamente podrían adecuarse típicamente como la reiteración del mismo precepto penal, o comportaría la incursión en uno de semejante estructura (v. gr. hurto, hurto calificado, hurto agravado); y tal comportamiento produce consecuencias sobre uno o varios sujetos pasivos”, finalmente, la STS 732 del 07.07.2009 (RJ. 4587-2009) señala que “[...] la doctrina de esta Sala (SS. 523/2004 de 24.4, 882/2005 de 5.7, 367/2006 de 22.3), considera que de la definición del *art. 74 CP.*, del delito continuado como aquél supuesto en el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se realiza una pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios sujetos o infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, se desprende que se trata de una figura del concurso de infracciones punibles que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos temporales pero obedeciendo a una unidad de resolución delictiva, [...]”.

llevarían a la quiebra a la industria), sin el aval del principio de legalidad en la aplicación de los delitos y las penas, al no estar el delito continuado previsto en el StGB.

En cualquier caso, a aquellos sectores doctrinales que demandan la abrogación del delito continuado se les podría objetar que la figura está más viva hoy que nunca. Sólo en Iberoamérica está consagrada en más de 14 países (desde España y Portugal, hasta la Argentina) y sólo en España el TS resuelve más de 100 expedientes anuales sobre la materia. Por ello, quienes exigen hoy una explicación político-criminal más contundente, deberían exigir mejor una mayor claridad dogmática, pues las razones de conveniencia y de realidad jurídica superan cualquier expectativa teórica.

Ahora bien, entre las teorías del delito continuado se encuentran, en primer lugar, aquellas que explican la figura como una institución humanitaria de carácter privilegiante, como fuera concebida por los prácticos italianos del Medioevo tardío, con la finalidad de morigerar la pena imponible al autor por la realización de varios delitos contra el patrimonio económico (*ter furatus*)⁷. Para esta postura, la institución se aplica por razones humanitarias a las que se adiciona la culpabilidad del autor, que cumple un importante papel para limitar el rigorismo de la sanción jurídica, es decir, evita la imposición de penas desproporcionadas a delitos poco lesivos, que puedan instrumentalizar al individuo para proteger el sistema económico imperante.

Una variante de esta concepción, seguida en Italia y España, funda el delito continuado en los principios de equidad y en el *favor rei*⁸ con lo cual se extiende esta tesis hasta extremos insospechados, pues con ella se pretende incluso justificar la similitud punitiva entre el delito continuado y el

⁷ Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 39; ARCE AGGEO, *Concurso...*, *ob. cit.*, pp. 236 y ss.

⁸ Cfr. ENRICO MARIO AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Dalla novela del 1974 al nuovo Codice di Procedura Penale, Padova, Cedam, 1991, pp. 17 y 19; BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 555; GIACOMO DELITALA, “In tema di reato continuato”, en *RIDP*, 1/I, 1929, Padova Cedam, 1929, p. 201; MUSCATIELLO, “Pluralità...”, *ob. cit.*, p. 198; NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 386. En contra: PROTO, *Sulla natura...*, *ob. cit.*, pp. 32 y ss.; *id.*, “Insufficienza...”, *ob. cit.*, pp. 192 y ss., sostiene que en materia de continuación el favor rei no opera propiamente como un principio jurídico, sino que es “el simple efecto eventual del régimen penal establecido para la continuación [...]” (t/l). En la jurisprudencia colombiana, dicho fundamento se puede encontrar a partir de la sent. del 10.07.1980, G. GÓMEZ, *GJ*, t. CLXIII, núm. 2402, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980, p. 552.

concurso formal homogéneo de delitos —con claridad en Italia y en España antes de la reforma de 2003—, y para extender en Italia —a partir de 1974— la figura a la continuidad de delitos como concurso ideal y material heterogéneo de delitos (continuación de delitos).

Ambas posturas parten de una comprensión particular del delito continuado, emparentada de forma inequívoca con aquella naturaleza ficticia que cierto sector de estudiosos le atribuye, en cuya virtud se trataría de un efecto de interpretación de la ley aplicable en beneficio del procesado, que excluye las reglas generales de punibilidad con ocasión de la comisión u omisión de varios hechos delictivos, es decir, la exclusión del concurso real de delitos. Por supuesto, en la actualidad estas teorías están en desuso como justificaciones «exclusivas», pues también es común observar que la realidad punitiva señala casos en los cuales el delito continuado supone un incremento punitivo más severo que el acarreado por un concurso real de delitos. Así mismo, es evidente que no todas las modalidades o variantes del delito continuado gozan de la misma justificación teórica, pues el delito masa —para citar una de ellas— nació con una finalidad de endurecimiento punitivo de suyo evidente dado que se erigió como una agravante para las hipótesis de fraudes colectivos⁹.

En cualquier caso, el fundamento humanitario de naturaleza punitiva resulta innecesario o excesivo en sistemas penales que no sólo rechazan desde la perspectiva constitucional la pena de muerte para los delitos más graves sino, también, en los que la acumulación de penas, sin los correctivos jurídicos pertinentes, supone una deslegitimación del sistema de sanciones, pues en ellos la proporcionalidad y la culpabilidad por el hecho resultan el fundamento (medida) principal de la pena y su límite político criminal. Así, por ejemplo, el Art. 3.º del CP/2000 indica: “[l]a imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. /El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

⁹ Así CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, p. 23; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 853. Crítico: CUELLO CONTRERAS, “La frontera...”, *ob. cit.*, p. 71.

En segundo lugar, se advierte otra posición dominante que rechaza la naturaleza sustantiva del delito continuado y asegura que esta figura sólo se justifica cuando sirve como instrumento para resolver problemas prácticos en el proceso penal, cuando se trate del juzgamiento de diversos delitos que, con un fin semejante y cierta homogeneidad, se unifican jurídica y punitivamente en virtud del principio de economía procesal¹⁰. Así las cosas, la institución examinada se legitima a sí misma cuando resulte complejo probar en el proceso judicial, entre otros factores, la existencia de los actos delictivos singulares en serie realizados por el autor —concurso real—, la fecha de la realización de las diversas acciones o el total de la cuantía de la lesión ocasionada por ellas.

Esta posición, en alguna de sus variantes más extremas, llega al punto de legitimar la ambigüedad jurídica del delito continuado que se utilizaría para “evitar que queden impunes acciones que no pueden ser probadas con exactitud”¹¹, lo que se torna insostenible a la luz de las pautas constitucionales que presiden el principio de legalidad y de las garantías procesales derivadas del debido proceso como, por ejemplo, el *in dubio pro reo*¹² y la presunción de inocencia [Const. Pol., Art. 29, párr. 4.º; CPP, Art. 7.º; CPE, Art. 24.2.º], el principio acusatorio, etcétera.; por supuesto, si se acepta esta tesis se estaría funcionalizando el uso de la institución por cuenta

¹⁰ Así, BRODAG, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 163; KINDHÄUSER, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 361; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Strafrecht...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 418 (*Derecho*, p. 534); MEZGER, “Das Fortsetzungsausammenhang...”, *ob. cit.*, p. 3265; WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, p. 229 (*Derecho*, p. 271); ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 796; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...*, p. 307, indican: “[...] el ordenamiento jurídico prefiere unificar el tratamiento [...] porque resulta más sencillo demostrar en juicio una actividad continuada que descender al detalle de cada uno de los hechos [...]”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, p. 431; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 235, aunque también asume, por su naturaleza, una justificación benéfica. En fin, BACIGALUPO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 551, advierte: “[I]a admisibilidad político-criminal de esta figura ha sido puesta seriamente en duda. El problema fundamental, desde este punto de vista, consiste en que dogmáticamente se «unifican» una serie de hechos que cumplen con todos los presupuestos de hechos punibles individuales que se deberían sancionar según las reglas del concurso real”.

¹¹ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, p. 21.

¹² Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 168, manifiesta: “[...] el principio pro reo es aplicable siempre que no consten perfectamente determinadas las diversas acciones, y por ello, respecto de aquellas que no exista prueba plena que permita al juez llegar al convencimiento sobre su exacta dimensión, podrá decirse que no pueden formar parte de la declaración de hechos probados, y en consecuencia, ningún efecto jurídico podrá derivarse de ellas”.

de intereses judiciales empíricos y mutables, algo que no deja de provocar graves problemas en materia de punibilidad, coautoría, participación o prescripción de la acción. No se puede olvidar que el delito continuado no está excluido de las reglas y de los principios vigentes en el ámbito de la prueba, por lo cual todos sus elementos deben estar acreditados a plenitud en la actuación judicial; de lo contrario, no podrían hacer parte de la continuación delictiva y el juez no tendría otra opción que absolver por ellos al autor.

Esta concepción fue criticada por el BGH alemán en el auto del 03.05.1994, por medio del cual se reexaminó por completo —con críticas por parte de la doctrina penal— el fundamento tradicional del delito continuado en dicho país. Para ese Tribunal, el delito continuado no encuentra justificación en las presuntas ventajas procesales expuestas, pues es indispensable que los operadores jurídicos determinen con precisión todos y cada uno de los elementos y hechos constitutivos de la infracción continuada. Por ello, en esencia, se afirmó lo siguiente:

1. La figura en examen no debe operar en todas las hipótesis de cadenas seriadas de hechos, salvo la aplicación del concurso ideal a los eventos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos eminentemente personales como la vida. En general, si bien el argumento es cierto, no se puede olvidar la existencia de legislaciones que permiten aplicar esta construcción a situaciones que afectan bienes jurídicos personalísimos [CPit. Art. 81], por lo cual sólo se trataría de una limitación político-criminal que, no en todos los casos, está vinculada a su naturaleza dogmática.

2. El delito continuado no supone simplificaciones procesales; por el contrario, implica un trabajo procesal más complejo e intenso para los tribunales de justicia o las fiscalías; por eso, en estos casos las exigencias probatorias son iguales a aquellas reglas aplicables a los delitos únicos o al concurso de delitos. Así, es fundamental precisar un número mínimo de actos parciales concretos realizados por el autor, en un período de tiempo determinado, para determinar el marco de los hechos probados de la

decisión y verificar si esta se agota por completo en ellos o no (cosa juzgada) [StPO §§154, 154^a, 200 I 1].

3. Además, no es cierto que la existencia de un delito continuado implique cambios sustanciales en la individualización judicial de la pena; pues en estos eventos se siguen las mismas reglas de la individualización de la pena para hechos plurales [StGB §§ 53 y 54].

En tercer lugar, a diferencia de los fundamentos político-criminales o extrasistemáticos anotados, la doctrina penal ha elaborado una justificación material —intrasistemática— para señalar la razón de ser del instituto. Así, desde el punto de vista del alcance interpretativo de ciertos tipos penales, se sostiene que no es proporcional castigar a quien realiza una única conducta mediante diversos actos progresivos que implican un injusto unitario: ni con la acumulación de penas propia del concurso real homogéneo de delitos, ni con la pena única para la infracción individual, a pesar de la existencia de una unidad de acción, un dolo unitario y una unidad de infracción. De este modo, CASTIÑEIRA PALOU asegura que “[e]l delito continuado se convierte así en un recurso para sancionar adecuadamente hechos, que por su número, gravedad y sobre todo por constituir partes o fragmentos de un plan más amplio, resultarían castigados si se aplicaran las reglas generales con una pena desproporcionada a su gravedad [...]”¹³. Ello, no obstante las razones político-criminales que pregonan la no aplicación de la figura en los casos de lesiones o amenazas contra bienes jurídicos “eminente y personalmente”.

Así las cosas, la continuación delictiva sería una realidad jurídica u ontológico-normativa, en la cual la punibilidad proporcional —en sentido estricto— encuentra fundamento en el verdadero desvalor de acción concreto —dolo-plan criminal— de la realización del tipo penal infringido [STS 1564 del 07.10.2002 (RJ 2002-9972)] y del injusto realizado mediante actos seriados, que configuran un injusto unitario progresivo [CSJ PENAL, sent. 20.02.2008, e28880, Y. RAMÍREZ; CSJ PENAL, sent. 12.05.2004, e17151]. Desde luego, en ello cumple un papel fundamental el desvalor de

¹³ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, p. 23; TOMÁS TÍO, “El delito..., *ob. cit.*, p. 112: “[...] se trata de realizar la justicia material”.

culpabilidad del autor por la realización del hecho injusto¹⁴. Esta es la razón por la cual, De LA MATA BARRANCO afirma: “[...] la relación de proporcionalidad estricta que vincula la cantidad de pena a la entidad del delito o, en otros términos, en la conexión entre la teoría del delito y la teoría de la pena, son criterios de proporción tanto del grado de injusto — incluyendo desvalor de acción, objetivo y subjetivo, y desvalor de resultado— como el de culpabilidad —junto a otros—, con lo que de nuevo surge un enjuiciamiento de lo acontecido en esta sede en el que los elementos del delito han de analizarse desde una perspectiva de proporcionalidad no ya para afirmar o no su concurrencia —y en qué grado—, sino para determinar el modo en que la misma afecta a la cantidad de pena que finalmente deberá imponerse al autor del supuesto en cuestión. [...] Y será la pena prevista para un concreto precepto, para una concreta institución, la que —desde la idea de proporción— permita decidir qué contenido se le da a ése o a ésta y si una conducta es subsumible o no en aquél, siempre por supuesto que exista margen de interpretación”¹⁵.

Así mismo, autores como CHOCLÁN MONTALVO subrayan la necesidad de justificar el delito continuado “[...] para aprehender correctamente el injusto realizado y la culpabilidad”¹⁶. Ello no podría ser de otra manera, cuando se

¹⁴ Así la CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e1715, A. GÓMEZ y E. LOMBANA: “[e]l instituto jurídico denominado delito continuado comporta un análisis de la conducta del sujeto activo, y por ende su estudio debe verificarse en punto de la tipicidad; aunque, claro está, en el delito continuado el desvalor de acción y el desvalor de resultado es diferente de los eventos donde se comete un solo delito, o donde es factible predicar el concurso real. [...] No empece, se impone observar con detenimiento los efectos de la unidad de conducta en el campo de la antijuridicidad material, puesto que la noción de delito continuado se restringe a las hipótesis en las cuales el bien jurídico afectado admite grados de afectación, diversas cantidades de daño, o menoscabos de diferente cualidad. [...] De otro lado, el delito continuado supone la unidad de conducta, en un sentido final y normativo o jurídico penal, aunque desde el punto de vista físico o natural se puedan individualizar varios movimientos que, a su vez, parezcan coincidir repetidas veces con la misma descripción típica”.

¹⁵ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., pp. 136 y 137.

¹⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 175, sostiene, en sentido diverso a lo sustentado aquí, que: “2. La unión de varios comportamientos que cumplen individualmente un tipo penal para formar una acción continuada, cuando tal unificación no es posible conforme a la simple interpretación del correspondiente tipo, debe obedecer a una justificación material que no puede ser otra que *su necesidad para aprehender correctamente el injusto realizado y la culpabilidad*, de modo que las reglas penológicas previstas para la pluralidad de hechos —concurso real— son insuficientes para comprender el desvalor de conjunto, y como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo Alemán,

advierde que la punibilidad de la continuación delictiva está limitada por la culpabilidad y tiene como fundamento el verdadero hecho material injusto vinculado al tipo realizado, según los correspondientes desvalores que estructuran la teoría material del delito. Es más, esta justificación material está relacionada con y limitada por la naturaleza que los operadores jurídicos asuman sobre el delito continuado. Relacionada, porque al ser una justificación sustantiva y político-criminal, en principio solo rendirá los frutos esperados cuando tenga como base aquellas concepciones que también reclaman cierta naturaleza sustantiva en la continuación (teorías unitarias de la realidad natural, realidad jurídica o realidad ontológico-normativa). Y limitada, porque excluye aquellas posturas que consideran el delito continuado como una ficción jurídica, las cuales deben recurrir a desafortunadas e insuficientes razones utilitaristas o procesales para legitimar esta compleja institución jurídica.

Como es apenas natural, sólo consideraciones materiales avaladas por los principios político-criminales que fundamentan la teoría material del delito, es decir, el principio de legalidad [CP, Art. 9.º], el principio de lesividad [Art. 11], el principio de culpabilidad por el hecho [Art. 12] y el principio de proporcionalidad en sentido amplio (necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto) [CP, Art. 3.º], le permitirán a los tribunales determinar los diferentes niveles del delito continuado, en cada caso concreto:

(i) Respecto al sustrato ontológico-normativo: “la naturaleza del hecho”, es necesario precisar en qué grado de unidad se sitúan los hechos procesales objeto de juzgamiento, es decir, el delito continuado exige constatar cuáles actos parciales y seriados configuran una unidad de acción en sentido amplio o un proceso ejecutivo unitario frente al sentido del tipo (sin ser determinado desde el punto de vista típico). En un principio, ello permite descartar la presencia de otras figuras delictivas unitarias como los delitos únicos y aquellas que comporten la realización iterativa del mismo tipo

debe tratarse de *razones vinculadas al tipo* en cuestión y de especial relevancia, sin que sean suficientes a este efecto las meras consideraciones de oportunidad ni las dificultades de prueba ubicadas en el ámbito fáctico”.

penal, pero precedidas por una unidad de acción en sentido estricto. También, se descarta la existencia de concursos ideales precedidos por unidades naturales de acción o conductas únicas.

Y (ii) luego de precisar el sustrato ontológico-normativo, es necesario verificar “la naturaleza del hecho infringido”, ello es, si se cumplen los requisitos normativos y sociales necesarios para apreciar la unificación típica que caracteriza al delito continuado, en tratándose de hechos que comportan la realización seriada de actos parciales que producen, a su turno, la lesión progresiva de un mismo bien jurídico tutelado (injusto unitario). En este punto, las consideraciones político-criminales son fundamentales no sólo porque resulta obligatorio atender las razones derivadas de la naturaleza de los bienes jurídicos infringidos, sino también porque resulta inevitable verificar la inexistencia de impedimentos normativos para aplicar dicha unificación, desde la perspectiva de los principios de *ne bis in idem* y valoración total del hecho injusto. En caso contrario, cuando no se pueda sostener una unificación típica continuada, se debe aplicar la normativa del concurso ideal de tipos (unidad de conducta en sentido amplio y multiplicidad de infracciones).

De este modo, cuando en el primer nivel no sea posible advertir una hipótesis de unidad de acción en sus distintos grados y, además, cuando en el segundo sea necesario aplicar de manera conjunta las diversas infracciones a la ley penal, según las reglas del aparente concurso de tipicidades (hechos posteriores y anteriores impunes), resultarán aplicables de forma residual las reglas del concurso real o material de delitos y las normas sobre concursos materiales posteriores (acumulación jurídica y procesal de penas). En este sentido, pues, se puede afirmar que el concurso real de tipicidades (verdadera conjunción de delitos) no es imprescindible para dar solución punitiva a todos los posibles eventos que —desde una perspectiva ontológico-normativa— constituyan un delito continuado sustantivo (por su estructura material) o un concurso ideal de tipicidades como verdadera concurrencia sustantiva de infracciones, ambas gobernadas por una conducta unitaria o única.

Un argumento contrario, ello es, afirmar que el delito continuado no es necesario para tratar una pluralidad de actos parciales —reducibles a uno de los grados de unidad en la acción—, cuando de forma previa se afirmó que la figura tenía una justificación material, resultaría paradójico, pues: (i) sería negar la fuerza material vinculante de dicha justificación sustantiva y la propia sustantividad del nexo de continuidad. Por este medio, incluso aquellas figuras jurídicas que admitan una unidad de acción natural (multiplicidad de realizaciones ontológicas) podrían ser desplazadas por la aplicación del concurso real, atendida la innecesidad del tratamiento unitario y la relativa validez de la justificación sustantiva que demanda dicho tratamiento único.

Y (ii) porque dicho argumento daría mayor fuerza a los casos de pluralidad de acciones y delitos naturales (concurso real como vinculación procesal de delitos diversos), que a los casos de unidad normativa y concurrencia sustantiva de conductas e infracciones. De este modo, o se asume a plenitud una justificación material sobre la continuación delictiva y se le otorga a ésta total validez en los casos en los cuales proceda aplicar la figura, o se acepta que ésta sólo es una ficción jurídica absoluta o relativa. Desde luego, no sería lógico afirmar que se trata de una realidad jurídica y darle el tratamiento sustantivo y procesal de una ficción jurídica relativa.

No parece, entonces, adecuado afirmar desde el punto de vista dogmático que “[...] la justificación material de la conexión de continuidad por razones referidas al tipo, a efectos de valorar correctamente el desvalor de conjunto, sólo podrá constituir una rara excepción”¹⁷; pues, es posible que la normativa sobre concursos (reales) sea suficiente y adecuada para valorar en forma global aquellos supuestos que no sean gobernados por una unidad natural de acción o una unidad típica de acción. Al respecto debe recordarse como ya se indicó que los grados de unidad (acción única o unidad de acción en sentido estricto o amplio) son conceptos autónomos e interdependientes, alternativos o especiales entre ellos, que se rigen por el principio de alteridad respecto a los casos de pluralidad de conductas, sin

¹⁷ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 176, a partir del fundamento del criticado auto del BGH alemán del 03.05.0994.

considerar todavía las figuras derivadas desde la perspectiva sistemática de la unidad y multiplicidad de infracciones.

Desde luego, en cuarto lugar, se pueden señalar algunas variantes de esta postura material para las cuales el elemento subjetivo de unificación implica una disminución de la culpabilidad al asociar el plan criminal o el dolo total con dicha categoría¹⁸. En estos casos, la unidad de acción continuada determinará un régimen punitivo menos severo que el concurso real de tipos y, en general, atendido el bien jurídico afectado, se podría reconducir la figura a los casos de concurso ideal homogéneo. Así parece afirmarlo la STS 367 del 22.03.2001 (RJ. 2001-1357), cuando indica que: “[e]n primer lugar hemos de consignar que, la figura del delito continuado se crea primero jurisprudencialmente y después se le da forma legal, no para favorecer o perjudicar a los reos, sino porque la estructura del tipo penal aplicable, las características de los hechos enjuiciados y la actividad desplegada por los sujetos activos y los efectos sobre los bienes jurídicos protegidos se encadenan de tal manera que es posible agrupar las diversas acciones realizadas para constituir un bloque homogéneo que, en unos casos, puede perjudicar pero que, en la mayoría, favorece a los acusados”.

Por el contrario, algunos autores critican el dolo global o el plan preconcebido al considerar que estos implican una mayor peligrosidad y energía criminal subjetiva¹⁹, en contraste con el dolo continuado que, entendido como aprovechamiento de la misma ocasión, expresa una voluntad criminal más débil que se traduce en una menor culpabilidad. Desde luego, esta postura es inaceptable desde la perspectiva de una culpabilidad normativa (ajena a la culpabilidad por conducción de la vida punible), pues una voluntad más débil o más fuerte o una mayor decisión no siempre implican una mayor o menor exigibilidad. De hecho, esta depende del mayor o menor injusto (desvalor de acción o de resultado)²⁰ y, añádase, tampoco es claro que la debilidad del carácter suponga un menor desvalor de acción subjetivo.

¹⁸ Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 43.

¹⁹ Cfr. ANTÓN ONECA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 457.

²⁰ Vid. ampliamente en CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 155, 158 y 162 y ss.

Finalmente, en quinto lugar, pueden señalarse diversas posturas eclécticas²¹ que combinan, de manera fragmentaria, otros aspectos de las teorías anteriores. Así, JAKOBS señala que “[s]e trata de una figura jurídica que a veces se fundamenta en el derecho sustantivo, y en ocasiones se injerta por motivos procesales en el derecho sustantivo, y que responde ante todo al siguiente deseo: hay que evitar la determinación de las penas individuales para hechos individuales que han de juzgarse al mismo tiempo (§ 853.1 StGB), cuando se da semejanza de tales hechos; además, hay que limitar la necesidad de querrelas suplementarias y hay que ampliar el alcance de la cosa juzgada de la condena [...] en los supuestos [...] en que el tribunal no ha incluido en la condena algunos pocos hechos en un complejo total”²².

También, son de particular importancia las posturas de (1) CANTARERO BANDRÉS²³, en la medida en que esta autora no solo incluye en la discusión problemas de política-criminal sino que, al entender el delito continuado como una realidad, permite desarrollar relaciones comunes entre su manifestación natural o real y su regulación jurídica; y, por supuesto, (2) la de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, que expone al menos cinco justificaciones diferentes para mantener la figura del delito continuado, así: “[...] a) imposición de la necesidad del primado de la realidad sobre el tenor literal de la ley (argumento “ontológico”); b) fin humanitario, para impedir con ello que el tenor literal conduzca a una falsa apreciación de la realidad por las apariencias físicas, evitando de este modo la pena propia del concurso, regularmente menos benigna que la del delito unitario (salvo si la pena de éste depende de la cuantía); c) hacer más expedita la administración de justicia en tales supuestos, impidiendo que el proceso se desvíe o frustre en la búsqueda o concreción espacio-temporal de fracciones innecesarias frente a la comprobación de la totalidad; d) hacer concordar la pena con la justicia

²¹ *Cfr.* el fundamento del TS en su tercera fase, cuando sostuvo que la base de la figura era evitar que comportamientos sumamente dañosos y graves tuviesen un juicio conjunto, mediante una unificación unitaria que evitara su castigo irrisorio cuando se les contemplaba por separado atendiendo a su cuantía. En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 185; DA SILVA CORREIA, *Unidade...*, *ob. cit.*, p. 380, quien afirma que la institución se justifica por razones de economía procesal y por la disminución de la culpabilidad.

²² JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1091 y 1092.

²³ *Vid.* CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 37.

material, al obstaculizar el beneficio injusto de quienes ejecutan, por comodidad o conveniencia, el delito por cuotas o fragmentos; modernamente, por prevalencia de los tipos particulares sobre valoraciones generales de carácter dogmático (principios de especialidad y consunción)²⁴. Vale la pena terminar con la afirmación de GAITÁN MAHECHA, cuando sostiene que “[n]adie, hoy, osaría discutir la unidad de delito que surge forzosamente de la unidad de intención, y que contraría a todo principio de equidad el imputar pluralidad de delitos en donde sólo hubo singularidad de propósitos”²⁵.

Por lo que se refiere a España, en la evolución jurisprudencial del delito continuado se pueden advertir cuatro fases o etapas diferentes. En la primera época, el TS sostuvo que el fundamento era la tradicional razón humanitaria o pietística de la institución, como fue ideada por los prácticos italianos; con lo cual su aplicación se restringió a los casos favorables al procesado para evitar los efectos negativos de la acumulación material de penas [*cf.* SSTS 1003 del 08.07.1997 (RJ. 1997-5487) y 414 del 23.03.1995 (RJ. 1995-2261)].

A su turno, la segunda época se caracterizó por justificar la institución a partir de principios político-criminales como el “*favor rei*”, con el propósito de castigar conductas que en su totalidad procesal son conocidas pero que, desde el punto de vista probatorio, se difuminan cuando se les aprecia de forma aislada, es decir, cuando se les pretende individualizar de manera específica [STS del 23.04.1982 (RJ. 1982-2113)]²⁶. Esta particular fundamentación de la continuación delictiva se valió a partir de la previsión legal de la figura en el Código Penal de 1983, la cual condicionó su aplicación a que fuese favorable al procesado en el caso concreto desde el

²⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 20 y 21.

²⁵ GAITÁN MAHECHA, *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, Lerner, 1963, p. 232 y ss.

²⁶ *Cfr.* CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 21.

punto de vista punitivo [STS 1090 del 01.02.1996 (RJ. 1996-809), 279 del 01.03.1995 (RJ. 1995-1903) y del 14.02.1994 (RJ. 1994-1280)²⁷].

La tercera época se caracterizó por la necesidad de aplicar la figura para que las defraudaciones patrimoniales, en las que se presentaba cierta conexión, no fuesen castigadas como faltas individuales (concurradas) con una pena irrisoria; con lo cual éstas se consideraban como un delito continuado con un consiguiente incremento sustancial de la pena²⁸. De esta evolución jurídica dan buena cuenta las SSTS 1387 del 05.07.1994 (RJ. 1994-6248) y 184 del 13.02.2001 (RJ. 2001-1271). Por ello, la última sentencia advierte: “[l]a figura del delito continuado, que tuvo un origen histórico ligado a la necesidad de evitar la pena de muerte en casos de pluralidad de hurtos atribuidos a una misma persona, en el Derecho Español se introdujo por vía jurisprudencial también con una finalidad «pro reo», que luego se amplió por razones de práctica procesal ante la conveniencia de incluir en un solo delito los supuestos de imposibilidad de individualizar, por falta de prueba, los diversos hechos imputables en un mismo procedimiento a una misma persona, llegándose a estimar su posible aplicación «contra reo» concretamente en los delitos patrimoniales en que se sumaban las cuantías de infracciones menores para integrar un tipo castigado con pena más grave”.

En fin, en la cuarta fase de la jurisprudencia del TS (hoy dominante), se afirma que el delito continuado se justifica por una necesidad práctica procesal en la aplicación de la figura o por razones de justicia material referidas a los desvalores de acción —dolo-plan previo— respecto a la penalidad y resultado progresivo, sin importar si esta institución favorece o perjudica al procesado [SSTS 367 del 22.03.2001 (RJ. 2001-1357), 279 del 01.03.1995 (RJ. 1995-1903) y del 23.04.1982 (RJ. 1982-2113)²⁹]. Por ello,

²⁷ Dicha sentencia afirma: “[e]l legislador, en la reforma del Código Penal operada por la Ley 8/1983, de 25 junio (RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 2364), introdujo la figura —ya recogida anteriormente en la jurisprudencia, aunque frecuentemente, sobre todo en la de más antigua fecha como una ficción acuñada «*pietatis causa*»— del delito continuado, dando realidad jurídica a lo que constituye una unidad natural”.

²⁸ Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 185.

²⁹ Dice así dicha sentencia: “[...] sin olvidar que la institución del delito continuado [...] busca adecuar la pena a la gravedad de la conducta realizada, en una función de justicia

en la STS 1564 del 07.10.2002 (RJ. 2002-9972), el Tribunal declara que el delito continuado no responde a una pretensión atenuante de los efectos excesivos de la acumulación de penas aplicable en los casos de concurso real de infracciones, sino a criterios de técnica jurídica y de individualización de las sanciones penales, referidas al principio de culpabilidad desde el momento inicial de la elaboración del plan delictivo.

Por ello, lo más viable es sostener que la figura del delito continuado se justifica en la medida en que mediante ella es posible obtener una pena que se compadezca de verdad con el injusto realizado en forma culpable por el sujeto, en el entendido de que la cantidad, gravedad o el hecho mismo de estar el delito configurado por partes o fragmentos según un plan previo y en el contexto del sentido social del tipo, implica —por la única voluntad del sujeto y la unidad final de conducta— una disminución del injusto en comparación con las hipótesis concursales. Además, desde el punto de vista de la legislación colombiana, la necesidad del delito continuado procede de la inadecuada regulación punitiva unitaria del concurso de delitos. En efecto, el desconocimiento legislativo del desvalor de acción —número de conductas— en la punibilidad concursal, la consiguiente ausencia de distinción práctica entre el concurso ideal y el concurso real, y el desconocimiento del principio de proporcionalidad al sancionar los supuestos de unidad de acción como si fuesen hipótesis de multiplicidad de acciones, demanda la existencia de límites punitivos legales a dicha desproporción punitiva, que implican reconocer y distinguir las modalidades de realización del tipo penal.

Es más, la diferencia entre las diversas posturas mencionadas (delito continuado y concursos) radica en los contenidos de justicia que fundamentan la punibilidad del delito continuado, frente a los principios político-criminales que fundamentan la estructura dogmática de la figura. Así, en los concursos los principios político-criminales actúan como verdaderos correctivos extrasistemáticos de la punibilidad de ciertas figuras

material”. También, en la STS 667 del 05.11.2008 (RJ. 2008-6095), se advierte que “Han sido razones de justicia material, de política criminal y de técnica jurídica las que han impulsado primero la creación doctrinal y jurisprudencial de la figura y luego su consagración en los textos legales, desde la reforma de 1983”.

distintas a la continuación³⁰, mientras que en la última los principios político-criminales hacen parte inherente —intrasistemática— de la configuración dogmática del delito continuado, atendida la teoría material del delito. Por ello, principios como los de la ofensividad material —lesividad— y la culpabilidad suponen cierto entendimiento del desvalor de acción —en sentido objetivo y subjetivo— y del desvalor de resultado de la acción fraccionada en el tiempo y en el espacio, de acuerdo con un plan preconcebido por el autor o con aprovechamiento de cierto contexto temporal y espacial. Ello supone afirmar que: (i) el delito continuado es una unidad de conducta en sentido amplio, (ii) que esta figura implica una única tipicidad homogénea en forma relativa, consecuencia de la realización iterativa, progresiva y acumulada de la lesión a un mismo bien jurídico tutelado, y (iii) —al menos en Colombia— que esta figura supone aplicar la pena imponible al delito único (absorción agravada). Desde una perspectiva ontológico-normativa, el delito continuado no es un concurso de infracciones en sentido normativo, aunque tenga elementos comunes a ellos en sentido naturalístico (puramente ontológico).

Por ello, debe añadirse, la justificación del delito continuado en la modernidad también implica considerar razones de necesidad de la sanción, frente a nuevas formas de comisión u omisión de conductas punibles. Sólo por poner un ejemplo: la fenomenología criminal ha variado como secuela del cambio informático global (ciber-criminalidad), al punto que la dinámica de las figuras típicas tradicionales resulta cada vez menos eficaz para prevenir o someter formas de criminalidad masificadas, especializadas, continuas, lesivas, muy difíciles de descubrir, rastrear y criminalizar, todo ello por oposición a la progresiva vulnerabilidad de las víctimas y de las funciones protegidas por el Derecho penal. Es decir, en los casos de actos delictivos continuos de intrusión [CP, Art. 195] o defraudación informática con perjuicios económicos para las entidades bancarias, personas naturales o

³⁰ Vid. MARÍA BONADIES, “Su pretesi limiti sostanziale e processuali all’istituto della continuazione”, en *RIDPP*, 1968 N.S. 11, Milano, Giuffrè, 1968, p. 1243, para quien el delito continuado no se basa sólo en una aplicación gratuita del *favor rei*, aunque dicho principio sirve para formar el criterio de solución de algunos problemas aplicativos que surgen del artículo 81 del Código Penal italiano. En este sentido, la esencia punitiva del mismo tendría como fundamento la unificación subjetiva de los distintos actos delictivos perfectos unificados (*quid pluris*), pero el *favor rei* serviría como correctivo al momento de aplicar la figura (*t/l*).

grandes masas de población, falsificaciones masivas y continuas de documentos electrónicos, defraudaciones continuas de fluidos o combustibles, energía y telecomunicaciones, parece absurdo continuar planteando soluciones político criminales desde la perspectiva del concurso de delitos, en vez de fortalecer instituciones como el delito continuado y el delito masa, cuando se cumplan los requisitos previstos en la ley.

III. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DELITO CONTINUADO

El análisis teórico del delito continuado requiere precisar su tejido jurídico. Y para ello es necesario asumir alguna de las iniciativas que, ligadas a un determinado concepto del delito, explican su naturaleza y sus elementos estructurales. Cuestiones que no sólo permitirán verificar si esta figura debe regularse como una unidad de conducta o como una figura ficticia cercana a la pluralidad de acciones conexas³¹ sino, también, resolver importantes consecuencias dogmáticas y punitivas³², por ejemplo, en materia de: consumación y agotamiento, tentativa, circunstancias modificativas de la responsabilidad, el momento de comisión del delito, los efectos de la prescripción y otros problemas procesales como la amnistía, el indulto y la necesidad de querrela, que serán abordados más adelante.

Es más, la necesidad de verificar la naturaleza de esta institución encuentra fundamento en la utilidad que el delito continuado tiene en la práctica

³¹ No obstante, algunos autores señalan la poca importancia de la polémica consistente en verificar si el delito continuado resulta una ficción o una figura autónoma como realidad jurídica u ontológica, por la imposibilidad de desconocer en la actualidad su existencia en el Derecho positivo de nuestro entorno cultural. ZAGREBELSKY, *Reato continuado*, *ob. cit.*, p. 119; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, 3ª ed., (aunque cambia de opinión en la cuarta ed., *ob. cit.*, p. 992) p. 651. En la jurisprudencia, STS 1313 del 25.06.2001 (RJ. 2001-5668). En contra: EMANUELLE PROTO, “Insufficienza funzionale della teorica dell’unità parziale del reato continuato in tema di circostanze, uno studio metodologico”, en *Arch. Pen.*, vol. XI, P. I (ene-feb.), Roma, Juris Domus, 1955, p. 197, para quien la determinación de la naturaleza jurídica del delito continuado es el único procedimiento mediante el cual es posible ofrecer una verdadera y propia interpretación dogmática de la norma penal que regula el instituto (t/l).

³² *Vid.* MUSCATIELLO, “Pluralità...”, *ob. cit.*, p. 188; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 181, cree que apoyar una u otra naturaleza del delito continuado como ficción no es un tema intrascendente, puesto que ello acarrea consecuencias tanto en el ámbito sustantivo como procesal.

jurídica, no sólo para evitar sanciones injustas y desproporcionadas con motivo de una desmesurada e ilógica aplicación político-criminal de la normativa concursal; sino también, como se dijo, por razones procesales y probatorias respecto a una creciente irrupción de nuevas modalidades delictivas, sobre todo en el ámbito patrimonial, comunitario o colectivo y social. No se puede olvidar que legislaciones penales como la colombiana, que pretendieron derogar esta figura en el decenio del 80 del siglo XX, la han reincorporado a su andamiaje legal.

Ahora bien, por lo que respecta a las diversas posturas sobre el delito continuado, debe decirse que estas se han clasificado del siguiente modo: (i) teoría clásica de la unidad por ficción, (ii) teoría de la unidad jurídica, (iii) teoría de la unidad real; y, (iv) teorías de la combinación, además de advertirse múltiples concepciones intermedias entre ellas. Por supuesto, esta clasificación es criticada de manera amplia por la doctrina, para la cual resulta inútil, errónea y causante de la incertidumbre que rodea la institución³³. No obstante, las nuevas clasificaciones tampoco han clarificado de forma sustancial la situación del delito continuado.

Desde luego, debe anotarse que por lo general el legislador no sigue una teoría unívoca al fijar los elementos y las consecuencias del delito continuado. De hecho, la figura se concibe como un “*tertium genus*”³⁴, ello es, una pieza única de la ingeniería jurídica con caracteres propios entre el delito único y el concurso de delitos, que hacen de ella una verdadera realidad natural y jurídica al tiempo, lo que genera consecuencias punitivas no siempre coherentes³⁵: algunas veces como una unidad delictiva que deroga los principios generales del concurso de delitos; y, en otras ocasiones, como una multiplicidad de delitos caracterizados por un régimen

³³ Crítico: PAGLIARO, *I reati connessi*, ob. cit., p. 91.

³⁴ En este sentido SABATINI, *Istituzioni di Diritto Penale*, ed. Foro italiano, 1935, vol. 1, p. 347; MUSCATIELLO, “Pluralità...”, ob. cit., p. 185: “[...] el delito se considera único, y pues, sin necesidad de alguna otra añadidura, robar varias veces, cometer más veces la misma violación de ley (en ejecución de un mismo diseño criminoso), equivale a someterse a una sanción híbrida [...] Un *tertium genus*, por lo tanto, con pena de los límites de aquel más grave, aumentada hasta el triple” (t/l).

³⁵ Vid. AMBROSETTI, *Problemi...*, ob. cit., p. 6.

punitivo híbrido particular. Véanse a continuación las diversas posturas al respecto.

A. TEORÍA CLÁSICA DE LA UNIDAD POR FICCIÓN (*FICTIO IURIS*). Esta construcción teórica exige para estructurar un delito continuado, entendido como una fórmula *sui generis* del “concurso real homogéneo de delitos” con autonomía punitiva [SSTS 52 del 18.01.1994 (RJ. 1994-6482) y 10.05.1985 (RJ. 2470-95)], varios requisitos estructurales del siguiente tenor: a) una pluralidad de “hechos” o de “acciones u omisiones” naturales diferentes que impliquen una misma objetividad jurídica; b) varias infracciones del mismo o semejante supuesto de hecho penal, aunque estas sean de diversa gravedad (delitos-hechos); y, c) un elemento subjetivo unitario que permita conectar las distintas infracciones penales realizadas por el autor como una unidad de delito o de pena³⁶.

A partir de estos tres elementos estructurales, se afirma que las plurales infracciones homogéneas realizadas mediante diversos “hechos” independientes, se deben castigar con una pena única, porque en virtud de una ficción jurídica³⁷ apoyada en el elemento subjetivo “designio criminal”,

³⁶ Sobre dicho elementos en la teoría de la ficción jurídica, ANTONIO PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, 2ª ed, 1980, p. 590. En la jurisprudencia, CSJ PENAL, sent. del 22.05.1973, J. VELASCO: “[e]l delito continuado es una ficción legal mediante la cual se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando rebele ser ejecución del mismo designio. Para su estructuración requiere, entonces, de pluralidad de acciones, cada una en sí misma constitutiva de delito, y todas en su conjunto, violatorias de la misma disposición legal, guiadas por idéntico designio. Pudiera afirmarse que la continuidad se conforma como un proceso continuado de delitos discontinuos. O sea que la unidad se da en él como resultado de la pluralidad; unidad legal y pluralidad material”.

³⁷ Sobre el concepto de ficción jurídica, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 556: “[h]ay ficción en todo caso en que el legislador le asigna a un hecho o a un conjunto de hechos el régimen jurídico de otro u otros distintos, aun sabiendo que entre ellos no existe vinculo alguno de correlación”; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 706; GIACOMO DELITALA, “Reato continuato e cosa giudicata”, en *SP*, 1928 t. I, Milano, F. Vallardi, 1928, pp. 118 y 119: “[e]l legislador, al disponer la regulación jurídica de un hecho, puede, si lo considera oportuno, deformarlo y concebirlo como igual a otro aunque no lo sea. Se habla in tal caso de una «ficción» como una norma de derecho que impone reconocer a un hecho alguna consecuencia jurídica que de tal hecho no se deriva naturalmente [...]”; LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, pp. 308 y ss.; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 119: “[...] la ficción [...] puede definirse como el proceso a través del cual se introduce en una categoría un hecho que se sabe no pertenece, con el objetivo de relacionar a tal hecho las mismas consecuencias que se derivan de los que constituyen la misma categoría [...]”.

éstas “se consideran” integrantes de un solo delito para uno o varios efectos jurídicos³⁸⁻³⁹. Sin embargo, en este punto la doctrina considera dos enfoques

Consecuentemente se equipara a un hecho, un hecho diferente, fingiendo existente un elemento o característica de tal hecho que en realidad no existe” (t/l).

³⁸ Cfr. BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 707, afirman que el delito continuado se configura como un delito único sólo para los efectos de la pena, mientras que frente a los demás problemas sigue las reglas del concurso material de delitos; MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 418 y ss.; CARLO SALTELLI y ENRICO ROMANO-DI FALCO, *Commento Teorico pratico del nuovo codice Penale Alfredo Rocco*, vol. 1, Art. 1-84, Torino, Utet, 1940, p. 195; ANTONIO PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, 2ª ed, 1980, p. 596; VANINI, *Manuale...*, *ob. cit.*, pp. 265 y 266; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 793 y ss., precisa que existe delito continuado “[...] cuando un sujeto realiza varias acciones, cada una de las cuales constituye infracción de un mismo o semejante precepto penal, pero que, atendiendo el mismo propósito criminal observado en todas ellas, son consideradas como la ejecución parcial de una sola y única infracción”; BACIGALUPO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 551: “[l]a conexión de continuidad determina la existencia de una única acción, aunque no exista entre las acciones individuales una unidad en sentido natural o jurídico”; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 302 y 307, sostienen que la peculiaridad del delito continuado “consiste en que varios hechos dan vida a varios delitos, pero jurídicamente se unifican en uno solo «continuado»”; BLANCO LOZANO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 597; EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, “La terminación del delito”, en *ADPCP*, vol. XLVIII, fasc. I (ene.-abr.), Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, p. 155; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 20: “[...] la consideración de que el delito continuado constituye una ficción se confirma por la frecuencia con que se utiliza para resolver problemas procesales y por el hecho de que en muchas ocasiones el elemento subjetivo (la unidad de dolo) se presume; esto parece demostrar que no sólo la figura en su totalidad es una ficción sino que el elemento subjetivo también es ficticio”; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 33, afirma que el delito continuado sería “[...] una serie de acciones cada una de las cuales constituye por sí una violación de la norma penal, un delito; pero este conjunto de delitos se considera como si fuera uno solo, valiéndose de un elemento unificador común denominado “designio criminoso”, para evitar la acumulación de las penas por acumulación del concurso de delitos. En una palabra, los distintos delitos se consideran uno sólo mediante una ficción jurídica apoyada en la identidad de propósito, resolución, designio o pensamiento”; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 784; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 184; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 689 y ss.; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 465 lo califican como una ficción jurídica e indican: “[e]l delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito”, definición que incluso se acerca más a la teoría de la realidad jurídica; JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA, *La excepción de cosa juzgada en el delito continuado*, *Vid. cibergrafía*; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 227.

³⁹ Un buen ejemplo normativo de dicha teoría sería el Art. 49 del CP del Perú, mod. L. 26683: “[c]uando varias violaciones de la misma ley Penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado [...]”. También por los CP de HONDURAS, Art. 37: “[...] dichos delitos se considerarán como un (sic) solo continuado”; COSTA RICA, Art. 77; PANAMÁ, Art. 85, “[s]e considera un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal”; VENEZUELA, Art. 99: “[...] considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal”; PERÚ, Art. 49: “[...] serán considerados como un sólo delito

diferentes: uno limitado y otro absoluto, que debaten el alcance normativo y la legitimidad de la ficción sobre el delito único⁴⁰. Desde luego, aunque ambas perspectivas tienen consecuencias dispares en el ámbito de la aplicación práctica de la continuación delictiva, sobre todo en materia de participación, prescripción, amnistía e indulto, conservan la misma línea teórica y admiten críticas similares.

(1) Teoría de la ficción limitada o formal. Para la ficción limitada o formal (*beschränkte Fiktion*), la ficción legal no tendría el alcance suficiente para reproducir una unificación general o una unidad sustantiva que permita, por este medio, configurar el delito continuado como una clase o un título delictivo en sí mismo considerado⁴¹. Solo se trataría de una unificación ficticia limitada en forma legal, una simplificación sustantiva con función instrumental o convencional de la unidad de pena del hecho —*quoad modum poenam*—, mediante la que se pretende exceptuar formal y materialmente —se habla de derogar o eludir— la regla de la acumulación material de penas del concurso real homogéneo de delitos, compuesto por varias acciones y tipicidades independientes y autónomas [STS 965 del 30.11.1996 (RJ. 1996-8680)].

Como bien lo sintetizan BETTIOL, LEONE y BUSTOS RAMÍREZ⁴², entre otros, se trataría de una regla especial y excepcional de medición de la pena que, al

continuado”; BRASIL, Art. 71; y URUGUAY, Art. 58: “[...] se considerarán como un solo delito continuado”.

⁴⁰ Así, PUNZO, *Reato continuato, ob. cit.*, p. 141: “[...] que la teoría de la ficción peca en el origen de precisión, en cuanto no es para nada pacífico cual límite tiene la ficción en el instituto en examen” (t/l).

⁴¹ Sobre el particular, MANZINI, *Tratado..., ob. cit.*, p. 420, asegura: “[l]a ficción jurídica, relativa al delito continuado, tiene por objeto solamente la sanción de los delitos concurrentes, y no también su noción. La misma, por consiguiente, no modifica el título de estos delitos, y por eso el delito continuado no constituye un título de delito por sí [...]”; LEONE, *Del reato abituale..., ob. cit.*, pp. 309 y ss.: “[...] [e]l delito continuado no constituye un título de delito en sí y tampoco una circunstancia agravante o excusante” (t/l).

⁴² Cfr. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1962, pp. 509 y ss.; BETTIOL, *Derecho..., ob. cit.*, pp. 556 y 557, advierte: “[l]a ficción, no obstante, sólo actúa en relación con la pena, en el sentido de que se supone el delito continuado como único solamente en cuanto a la sanción, mientras que respecto de todas las otras cuestiones se sigue la regulación del concurso real de delitos”; CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario..., ob. cit.*, pp. 399 y ss., señalan que luego de la reforma de 1974, el delito continuado no se puede considerar mas como una figura jurídica unitaria, sino como una pluralidad de delitos distintos desde el punto de vista ontológico, disciplinados en forma unitaria sólo para la penalidad y otros efectos; LEONE, *Del reato abituale..., ob. cit.*, p. 340: “[e]llo constituye [...] una derogación al concurso de delitos,

existir ciertos requisitos que no dependen de la naturaleza lógica o sustantiva de la institución, busca llegar a una solución punitiva unitaria — principio de absorción— que resulta satisfactoria respecto a varios delitos independientes de acuerdo con ciertos requisitos político criminales [STS 1287 del 29.06.2001 (RJ 2001-5956)]. Una solución diferente, con base en la teoría del delito, implicaría generar contradicciones y confusiones argumentativas en todos los niveles de análisis. Posición teórica que en el plano histórico ha generado aquellas críticas tradicionales de rechazo a la figura, por constituir esta una carta blanca de impunidad para los delincuentes ocasionales y seriados.

Así las cosas, la figura en examen sería una simple ficción porque en la realidad no se aprecia una conducta propia, natural o prejurídica de delito único continuado, ni un evento delictivo consecutivo por naturaleza, que permita considerarla como parte de la tipología de estructuras delictivas con distinción entre consumación y terminación⁴³. De tal suerte que, a pesar de la unificación punitiva a través de la unidad de resolución⁴⁴, no se entiende por qué cada infracción consumada o intentada que lo integra debe perder su propia individualidad sustantiva para ciertos efectos jurídicos distintos de la penalidad⁴⁵ que, recuérdese, no sólo resulta distinta a la del concurso — porque encuentra materialidad en la objetividad jurídica común que se tutela

obrando la unificación de una pluralidad de delitos sustentada por el mismo diseño criminoso. La unificación, en cambio, [...] obra en confin limitado y solo en beneficio del agente, evitando el exceso de penas como consecuencia de la aplicación de las normas concursales. Si es así, está claro que no existe una unidad en tema de delito y tampoco una unificación plena. Sólo existe una unificación limitada, “*quatenus opus*” (t/l); NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 386; PROTO, “*Insufficienza...*”, *ob. cit.*, p. 193; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 579; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 550.

⁴³ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, “*La terminación...*”, *ob. cit.*, p. 166.

⁴⁴ Sobre la operatividad del nexo subjetivo en las teorías de la ficción cfr. PROTO, “*Insufficienza...*”, *ob. cit.*, p. 200

⁴⁵ De hecho, LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 343, sostiene que “en el delito continuado los delitos individuales conservan su individualidad, mientras que un verdadero y propio delito que se llame continuado no existe” (t/l). También, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 143: “[p]or otra parte, las acciones constitutivas de delito continuado no tienen por qué ser unificadas, lo único necesario es justificar la imposición de una pena diferente a la que corresponde según las normas del concurso. Debe explicarse por qué se aplica un régimen distinto a una pluralidad de acciones —delitos— que reúnen unas determinadas características”. Críticos ante la posibilidad de dividir la unidad delictiva: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 8, y REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 164.

penalmente— sino, también, a la de aquellas infracciones específicas —de igual o diversa gravedad— que estructuran la figura⁴⁶.

Así mismo, respecto a su justificación estructural, la teoría de la ficción entiende que “el ánimo del instituto” o el fundamento de la ficción relativa está relacionado de forma estrecha con el motivo humanista o de equidad que los prácticos italianos le dieron en sus comienzos a la institución; es decir, se debe a la necesidad de introducir por la vía legal o jurisprudencial una atenuación punitiva para el concurso real de delitos⁴⁷ aspecto que, por añadidura, se convierte en su mayor crítica político-criminal porque siempre es dudosa la necesidad de crear instituciones jurídicas ficticias en el ámbito penal, y considerar criterios históricos⁴⁸ o de benignidad como su fundamento exclusivo, más allá de reflexiones relativas al mayor o menor desvalor del injusto o de la culpabilidad del autor.

Para terminar, se debe advertir que esta teoría se compadece con el propósito de facilitar la prueba de la multiplicidad de delitos que se predica en la práctica procesal, con la exigencia inaceptable de la indeterminación procesal de las fechas de comisión o el número de las acciones que componen la totalidad delictiva⁴⁹, o con el valor de lo sustraído o defraudado. Desde luego, se trata de una evidente contradicción lógica si se desea beneficiar al procesado; de hecho, no se puede olvidar que estas teorías extreman las soluciones punitivas, al disociar de ellas los

⁴⁶ Cfr. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, pp. 233 y ss.: “[...] el delito continuado es constituido por una pluralidad de ataques contra el mismo bien u interés jurídico, de una pluralidad de violaciones de la misma objetividad específica de la tutela jurídico-penal” (t/l).

⁴⁷ Sin embargo, el TS español se resistió en un comienzo a considerar la benignidad como un fundamento adecuado y aplicó la figura del delito continuado con independencia de que beneficiase o no al procesado. Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 21. Es más, el TS entendió que su aplicación *contra reo* constituía uno más de sus efectos prácticos, cuando la pena superase la gravedad de las normas concursales. El argumento es dominante en la doctrina italiana: *vid.* por todos, MAGGIORE, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 172 y 173.

⁴⁸ *Vid.* PROTO, *Sulla natura...*, *ob. cit.*, p. 26: “[...] se ha notado cómo la indagación histórica no se debe confundir con la dogmática, pues una cosa es la finalidad histórica de una institución que su justificación actual” (t/l); también, PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 101.

⁴⁹ Así lo indican TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 117; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 27; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 695.

presupuestos sustantivos de las sanciones. Estas últimas ideas las sintetiza muy bien la STS 414 del 23.03.1995 (RJ. 1995-2261), cuando afirma:

“El delito continuado no constituye una figura típica autónoma sancionada con una pena básica y abstracta perfectamente determinada, sino que se trata de una construcción doctrinal y jurisprudencial, más tarde asumida por el Legislador (Art. 69 bis establecido por L. 8/1983, de 25 junio [RCL 1983\1325 y ApNDL 2364]), que trata de evitar los efectos exasperantes de la pena que pudiera ocasionar la aplicación de las reglas del concurso real. Se trata de una unidad jurídica y ahora como una especie de unificación legislativa que se establece para evitar las dificultades derivadas de la indeterminación de los elementos constitutivos de cada una de las infracciones particulares”. Desde luego, una lectura atenta de dicha justificación jurisprudencial permite concluir que ella convierte la institución en un instrumento autoritario, no para exceptuar la normativa concursal (pues los delitos que la componen tampoco están demostrados y, por ello mismo, serían inaplicables, con lo cual no importaría si se trata de una ficción o de una realidad jurídica), sino para evitar los efectos del principio constitucional del *in dubio pro reo*, cuando existan amplias lagunas probatorias en la imputación procesal de los hechos. En un claro retroceso, la STS de 08.04.2009 (RJ. 2408-2009), sostiene que: “el que la pluralidad de acciones u omisiones han de infringir el mismo o semejante precepto penal, lo que nos está indicando que el complejo continuado está integrado por una serie de delitos, que lo son autónomamente considerados y que, merced a la abrazadera de los condicionamientos o requisitos legales, se consideran y se tratan jurídicamente como una sola infracción penal compleja. El *art. 69 bis, ahora 74 del C.Penal*, nos habla de la infracción o infracciones que es tanto como diversas conductas integrantes por sí mismas de un delito agrupadas todas ellas en el complejo continuado”.

(2) Unidad por ficción absoluta o material. Ahora bien, a modo de respuesta dogmática y político-criminal a la vertiente historicista referida⁵⁰, nace la teoría de la unidad por ficción absoluta o material (*unbeschränkte Fiktionen*), sostenida por autores como DELITALA Y MASSARI⁵¹. Esta concepción señala, en primer lugar, la diferencia que existe entre la noción ontológica del delito continuado (entendido como una pluralidad de delitos objetiva y subjetivamente completos —un complejo de violaciones de la misma disposición legal—) y la definición jurídica que le prevé, no como un concurso de delitos, sino como un título delictivo autónomo y una morfología criminal única. Y, a partir de allí, en segundo lugar, afirma la inadmisibilidad de la teoría de la ficción jurídica relativa, por cuanto sólo permite concebir la continuación delictiva como un procedimiento punitivo limitado para aplicar una unidad de sanción a una pluralidad de delitos ontológicamente diversos.

En efecto, el concepto de ficción del cual parte la postura tradicional no constituiría una verdadera ficción jurídica, sino más bien una norma de segundo nivel referida a la acumulación de penas por absorción punitiva, que no permite asumir una unidad jurídica por conexidad que atienda a la verdadera entidad jurídica material que representa el delito continuado, desde luego, sin confundir la esfera individual con la pluralidad de acciones e infracciones en efecto realizadas⁵². En otras palabras, lo que en verdad

⁵⁰ Crítico: PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 140: “[...] la verdad es que la teoría de la ficción, más que sobre saldos e indiscutidos argumentos teóricos, encuentra su fundamento en la mayor facilidad con que, con base en ella, es posible informar todas las soluciones al principio que se cree básico por la existencia del instituto del delito continuado, es decir, aquel de favorecer al culpable. El que ha llevado a desleír gradualmente la concepción de Delitala, sin duda, teóricamente, preferible a las otras inspiradas en la ficción, hasta aquella *quod modum pœnam* de Leone que permite cualquier acrobacia inspirada en susodicho criterio” (t/l).

⁵¹ Cfr. GIACOMO DELITALA, *Diritto Penale*, Racolta degli scritti, vol. I, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 544 y ss.; *id.*, *In tema...*, *ob. cit.*, pp. 198 y ss.; MASSARI, *Le dottrine...*, *ob. cit.*, pp. 221 y ss., advierte, *ibidem*, p. 222, que tampoco se trata de una simple unidad ficticia, sino de una unidad como la que ocurre respecto del delito progresivo o complejo.

⁵² Cfr. DELITALA, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 545: “[...] [e]l legislador no se ha limitado a establecer una excepción a la norma relativa al concurso de delitos [...] la pena es única porque el delito es ficticiamente único [...]” (t/l); DELITALA, “*In tema...*, *ob. cit.*, p. 199; *id.*, “*Reato Continuato...*, *ob. cit.*, p. 120: “[...] con tal negación se tiende a desconocer la ficción jurídica sobre la cual reposa el delito continuado, porque afirmar que esta ficción tiene únicamente por objeto la sanción de los delitos concurrentes y no también la propia noción, vale tanto como afirmar que no estamos en presencia de una verdadera ficción” (t/l); SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 539: “[...] la unidad se revela ilusoria si cada

predica la teoría relativa, al falsear la realidad social del Derecho y prescindir de la ley de la “complejidad”⁵³, es una mera modalidad homogénea de concurso real compuesto por tantas lesiones jurídicas como acciones ontológicas⁵⁴, a la que en el plano legal —y de forma ficticia— se ha provisto con una penalidad inferior, como si esta construcción fuera una simple circunstancia de atenuación punitiva que modifica los tipos concurrentes.

Para los partidarios de la teoría de la ficción absoluta, pues, el legislador penal no se limitó a establecer una regla penológica excepcional; para que, de verdad, pueda hablarse de “unidad” por ficción jurídica, es necesario que el alcance del delito continuado abarque los elementos de las diversas actuaciones delictivas completas del agente como una unidad con inclusión de la acción, la infracción y la pena (*quid pluris*), aunque ello sólo ocurra de manera ficticia⁵⁵. Dicho lo cual, la figura en examen sería un nuevo delito único ficticio, un verdadero título delictivo o una modalidad particular de delito complejo⁵⁶, que tendría como límite la unidad de la sanción; una penalidad —que no punibilidad— también única en consideración al “*favor*

conducta debe constituir por sí misma un delito y se hace valer [...] solo para algunos efectos” (t/l).

⁵³ MORO, *Unità e pluralità*, ob. cit., pp. 178-179: “[l]a realidad misma del derecho sería falseada, si la valoración jurídica de la materia social prescindiera de la ley de la complejidad, que se pone junto a la de la unidad (simple) y de la pluralidad pura. [...] Este paso de lo múltiple a lo unitario (complejo), éste venir a menos de las formas delictivas individuales es eventualmente un proceso ideal entre dos diversos modos de considerar y caracterizar la realidad social. Cuando varios delitos, en vista del nexo de continuación o complejidad, confluyen en una figura de delito comprensiva, se presentan plasmados en la entidad criminosa unitaria, su ser particular es idealmente distinguible de su ser unitario y viene en evidencia la síntesis ideal de la que aquella figura emana” (t/l).

⁵⁴ GIACOMO DELITALA, “In tema..., ob. cit., p. 197.

⁵⁵ Cfr. GIACOMO DELITALA, “In tema..., ob. cit., p. 197; id., “Reato Continuato..., ob. cit., p. 121, a lo cual agrega que “[l]a realidad jurídica es diversa de la realidad de hecho, y los hechos de la continuación no pueden considerarse si no como elementos constitutivos de una única figura delictiva” (t/l); PIASAPIA, *Reato continuato*, ob. cit., p. 199. Según JUNG, “Aufgabe..., ob. cit., p. 916, esta teoría ha sido acogida por la jurisprudencia suiza, que privilegia de forma alternativa posturas objetivas o mixtas (objetivo-subjetivas) que acogen la teoría del dolo continuado.

⁵⁶ En este sentido, DELITALA, “In tema..., ob. cit., p.204: “[l]a realidad jurídica es diversa de la realidad de hecho, así los delitos en continuación no podrán considerarse sino como elementos constitutivos de una única figura delictiva. El mismo fenómeno se verifica el delito complejo, que consta de dos o más delitos distintos, los cuales vienen considerados por la ley como elementos constitutivos de figura delictiva diversa” (t/l). Crítico frente a la perspectiva absoluta, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, ob. cit., p. 784.

rei”, en virtud de cual se deroga la regla punitiva de acumulación de penas propia del concurso material de delitos⁵⁷.

Ahora bien, con tal punto de partida, en ambas vertientes de la ficción (relativa y absoluta) resulta incongruente fundamentar una pena que sobrepase la punibilidad del delito único tomado como referencia, porque se contradiría el efecto benéfico (el “*favor rei*”) defendido como base de la institución analizada⁵⁸. Es más, en sentido crítico puede sostenerse que el delito continuado se reduce a un instrumento punitivo, a un simple efecto empírico y unilateral que busca evitar la imposición de penas desproporcionadas e injustas.

De hecho, el fundamento del “*favor rei*” ha sido criticado por representar un ambiguo “sociologismo criminal” que, si bien puede ser la justificación práctica de la continuación (sólo para ciertos efectos), es claro que no constituye su antecedente jurídico o la razón que define su naturaleza unitaria o plural. Como se pretende al emplear este principio para agrupar o desintegrar de forma alternativa los elementos de la continuación delictiva, según los efectos buscados por el intérprete, lo que genera una profunda inseguridad jurídica sobre la figura⁵⁹. Por ello, la aplicación casuística de la regla a determinados casos por parte de los jueces, produce efectos

⁵⁷ Así, la Corte de Casación de Italia en sesión unida sent. 9148 del 17.10.1996, en *Riv. Pen.*, Torino, Utet, 1996, p. 1326, sostiene que “[...] [e]l segundo, en cambio, atañe al tratamiento sancionatorio unitario, que debe ser sometido al culpable por varios delitos comprendidos ya desde el primer momento o en sus elementos esenciales, en el diseño criminal originario [...] en respeto al principio del *favor rei* que deroga aquel del cúmulo material de las penas”. En un sentido similar, aunque difuso *vid.* STS 1287 del 29.06.2001 (RJ. 2001-5956), en la que se declara que, “[s]i no hemos considerado probados los hechos que, en la Sentencia recurrida, sirven de base a la apreciación de un segundo delito de apropiación indebida, es evidente que el relato fáctico ya no contiene más que un hecho susceptible de dicha calificación jurídica, lo que impide hablar del concurso de delitos que se regula penológicamente mediante la figura de la continuidad delictiva” (t/l).

⁵⁸ *Vid.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 186: “[...] con la tesis del delito continuado como ficción surge la inquietud de si es procedente aplicar esta figura aún en contra de los intereses del procesado, con lo cual se estaría atentando contra el fundamento mismo de esa ficción legal [...]”.

⁵⁹ *Cfr.* LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 270: “[...] el juez, por una intuitiva sensación y por aquel motivo de equidad... reconoció aquella identidad de resolución con el Código abrogado y reconoce aquella identidad de diseño con el Código vigente, que autoriza a fijar la pena en límites más humanos, sin que él mismo logre advertir en que consista tal extremo y de cuáles elementos se deduce en la especie examinada” (t/l). En sentido crítico, *Vid.* PROTO, *Sulla natura...*, *ob. cit.*, pp. 38 y 39; PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 101 y PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 141.

asistemáticos en la valoración de la figura, que han llevado a parte de la doctrina a considerar que el concepto de delito continuado resulta instrumental o convencional, es decir, al servicio de un empirismo poco o nada justificado.

Aún más, las teorías de la ficción relativa y absoluta fueron objetadas (en su momento) porque permitieron que los jueces disminuyeran “*motu proprio*” las altas penas aplicables a las hipótesis de concurso real de delitos, con lo cual se unificó en la mente aquello que era distinto en la imaginación del sujeto y en la realidad procesal. Así lo advierte PIASAPIA: “¿Pero entonces el diseño (criminoso) ya no le pertenece al culpable, sino al juez! ¿Ya no es el autor quien exfolia de este peñasco de representaciones una esquirla de voluntad por cada delito que cumple, sino que es el juez quien derrite en bloque lo que fue independiente?”⁶⁰ (t/1).

A lo dicho se suma la crítica en el sentido de que ambas teorías son incompatibles con la concepción del proceso penal entendido como instrumento civilizado de juzgamiento en el Estado social y democrático de Derecho, porque resulta un despropósito permitir que el Estado adelante procesos e imponga consecuencias jurídicas sobre el tamiz de hechos y delitos que suponen una asignación legislativa ficticia que resulta contraria a la realidad legal. El proceso penal perdería su esencia real en estas circunstancias, pues la investigación no cumpliría sus verdaderos propósitos, se acusaría por hechos distintos de aquellos que demuestran las evidencias, y, además, se probarían situaciones que al final no son consideradas de forma fiel en la sentencia condenatoria.

En fin, adviértase que algunas concepciones modernas partidarias de la teoría de la ficción en cualquiera de sus modalidades, agregan al delito continuado otras justificaciones y presupuestos materiales, prácticos o procesales, que por lo general permiten mantener la vigencia de la ficción mediante un incremento de la pena, con lo cual construyen una postura que

⁶⁰ DOMENICO PIASAPIA, “Aspetti psicologici e giuridici del «disegno criminoso» in tema di reato continuato”, en *RIDP*, I, 1948, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 240 y ss.

no resulta lejana a la teoría de la realidad jurídica⁶¹. Por ello, niegan como delito continuado aquellas hipótesis precedidas por una unidad de acción, que a su turno, implican una pluralidad de delitos que se pueden reconducir a una infracción jurídico-penal unitaria, lo cual deja por fuera un gran número de hipótesis de continuación. Todo ello, al considerar esta figura como una variante del concurso real homogéneo de tipos.

B. TEORÍA DE LA UNIDAD JURÍDICA. Esta postura intermedia, entre las concepciones de la realidad natural subjetiva y la ficción jurídica, es la planteada por la ciencia penal alemana y seguida por autores en España, Italia y América; sostiene que la figura en examen es una realidad creada por el Derecho positivo o consuetudinario sin correlativo ontológico o, lo que es lo mismo, una unidad delictiva autónoma legal⁶². En palabras magníficas de JIMÉNEZ HUERTAS, en el delito continuado “la unidad jurídica que integra una pluralidad de conductas naturales no es afirmada ante la

⁶¹ Vid. MORO, *Unità e pluralità*, ob. cit., p. 221: “[a] veces las ficciones se entienden de un modo tan rígido y eficaz, que hace surgir la duda que en semejantes posiciones de pensamiento —unidad ficticia— equivalga sencillamente a unidad jurídica y que con ella se quiera aludir a la superioridad y autonomía del punto de vista jurídico frente a cada consideración naturalística o meramente social de la realidad” (t/l); MASSARI, *Le dottrine...*, ob. cit., p. 222; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, ob. cit., p. 228.

⁶² En la jurisprudencia cfr. STS 31 del 21.01.1994 (RJ. 1994-81) y CSJ PENAL, auto del 25.06.2002, e17089 y sent. del 25.07.2007, e27383, para la cual este instituto “[f]ue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos. El legislador considera la existencia de un sólo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad”. Delito que es calificado como una realidad jurídica. En la doctrina cfr. BONADIES, “Su pretesi limiti...”, ob. cit., pp. 1241 y 1243, afirma que se trata de un delito estructuralmente perfecto y autónomo; MORO, *Unità e pluralità*, ob. cit., p. 184, señala que tal situación “[...] aparece con toda evidencia en los casos de unidad legal, que consisten en situaciones complejas, las cuales deben ser aclaradas, simplificadas y unidas en función jurídica. El esquema elemental de la acción se presenta varias veces en esta situación, la cual no puede ser concebida unitariamente, sino es superando esta articulación con criterios aglutinantes, no de hecho, pero sí jurídicos” (t/l); PIASAPIA, *Reato continuato*, ob. cit., pp. 76 y 107, asegura que el delito continuado “[...] pierde indiscutiblemente esta característica (la de concurso) por fuerza del único diseño y la misma objetividad jurídica que lo constituye en unidad autónoma de delito [...]”. Según el autor, *ibidem*, p. 219, se trata de un delito autónomo “[...] cuyo carácter unitario es establecido por aquel diseño criminal que los partidarios de la ficción con mucha facilidad olvidan, y que no destruye, más bien supone la pluralidad de los delitos perfectos en todos sus elementos (con tantas acciones y con muchos eventos) [...]” (t/l); PUNZO, *Reato continuato*, ob. cit., p. 141, “[...] el delito continuado es una unidad verdadera y real, no se quiere para nada significar que ello sea un delito único, cuya existencia excluye aquellos de la entidad que lo componen, los cuales se anulan, para dar vida a este, hasta el punto de perder la característica de ser delitos por sí mismos, para sólo convertirse en las partes de donde se compone este todo” (t/l).

simple existencia de varias conductas penales que ficticiamente se interpretan como una sola por razones de economía oportunista o de protección delincencial, sino ante los claros relieves unitarios que dicha pluralidad ofrece y que descubren que las diversas conductas son exponentes de un singular fenómeno jurídico-penal”⁶³. Así las cosas, por razones jurídicas, este instituto sería una unidad típica de acción en sentido amplio que, de acuerdo con la interpretación del tipo penal correspondiente, la homogeneidad sustancial y/o contextual que denotan las múltiples acciones u omisiones episódicas contempladas en sentido natural, las diversas infracciones delictivas completas e independientes resultantes, y, el especial elemento subjetivo-directivo que las abarca (dolo unitario, de conjunto o plan criminal), encuentra una razón social de aplicación única de las normas jurídicas al considerar la figura como un solo desvalor normativo.

Desde luego, autores como IMPALLOMENI consideran la unidad legal como una circunstancia de agravación, por lo cual sería un delito único (en sentido jurídico), pero plural desde la perspectiva ontológica; por ello, pues, la unificación tendría lugar por el elemento subjetivo unificador, que no podría ser confundido con los dolos típicos de las diversas infracciones realizadas por el autor⁶⁴.

Ahora bien. Desde un punto de vista estructural, el delito continuado sería, al menos, un evento de pluralidad de acciones naturales conexas en lo subjetivo y desde la perspectiva objetiva separables —unidad jurídica de acción en sentido amplio— y una aparente multiplicidad homogénea de tipicidades completas y diferenciables que las acogen (un solo hecho desde

⁶³ Cfr. MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, México, Porrúa, 1955, p. 218; *id.*, *Derecho Penal Mexicano*, Introducción al estudio de las figuras típicas, T. 1, 3ª ed., México, Porrúa, 1980, pp. 316-319.

⁶⁴ GIOVANNI BATISTA IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 3ª Reimp. curata da Vincenzo Lanza Torino, Utet, 1921, p. 467, afirma: “[l]a continuación es una circunstancia que, de cara al delito ordinario, agrava la responsabilidad por la persistencia de la voluntad delictiva, que está en la repetida violación de la ley [...] Diremos que el delito continuado participa del concurso real y del concurso formal al mismo tiempo, y que por ello es un delito único y múltiple [...] [e]s único por la unidad genérica de resolución criminal y múltiple, no sólo porque su materia resulta de varios delitos, sino también porque la generalidad de la resolución no excluye la pluralidad de las resoluciones concretas [...]”(t/l).

la perspectiva del concurso de delitos); ajustadas desde la antijuridicidad material como un supuesto típico único en “sentido amplio”, autónomo y complejo, que se castiga con una penalidad única proporcional a tal infracción⁶⁵ [SSTS 1537 del 12.12.1999 (RJ. 1997-8838) y 1316 del 10.07.2002 (RJ. 2002-7450)]. Lo que configura, como lo expresa PUNZO:

⁶⁵ Cfr. WARDA, “Grundfragen..., *ob. cit.*, p. 85; VON LISZT, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 150, es “[...] la realización ininterrumpida, y en veces reiterada, del mismo hecho delictivo; una pluralidad de actos hasta entonces no punibles, jurídicamente reunidos por su homogeneidad, que no sólo debe fundarse en el contenido del dolo que existe cada vez y en la tendencia contra el mismo bien jurídico, sino, ante todo, en la similitud del modo de comisión” (t/l); CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 53 y ss.; PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 123: “[...] no se encuentra ningún obstáculo más a la formación del delito continuado entre las hipótesis de conexión sustancial” (t/l); *id.*, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 601; RANIERI, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 145; BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, p. 430; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 431 y 432 quien, en la p. 128, lo define como “una repetición de acciones u omisiones de equivalente significación penal, llevada a cabo por un mismo sujeto que, en virtud de similares circunstancias favorecedoras, se representa unas como continuación de las otras, se consideran, por decisión normativa, un solo hecho en sentido jurídico, que adicionalmente pueden conllevar una sola realización típica (unidad de norma penal lesionada) o varias (concurso ideal) dependiendo del carácter, personalísimo o no, del bien jurídico lesionado por cada acción”; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, pp. 72 y 432, propone estudiarlo en sede del concurso de infracciones aunque sea valorado como un delito único; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 658: “[e]l prototipo de la unidad jurídica de acción lo proporciona, una vez más, el delito continuado, en el que una pluralidad de acciones en sentido natural se reúnen en una acción única en sentido jurídico si entre ellas existe un nexo de continuidad, referido tanto a lo espacio-temporal, la forma comisiva, la generalidad del bien jurídico y el dolo, [...] En estos casos, las diversas manifestaciones de voluntad [...] en sentido natural, que además, por separado, constituirían cada una un único delito perseguible como tal, se refunden en una unidad conforme a un criterio valorativo de continuidad”, pp. 667 y ss.; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 572 y 584; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 642; VALLE MUÑOZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 409, señala: “[...] se prevé un tratamiento penológico diverso y unitario a determinados supuestos de concurrencia real homogénea de delitos a través del reconocimiento legal del delito continuado y delito con sujeto pasivo masa (Art. 74 CP). Si bien, debe reconocerse que en este último caso cabría apreciar en algunos supuestos la existencia de una unidad típica en sentido amplio, pues la presencia de todos los elementos subjetivos y objetivos requeridos pudieran unirse en una sola desvaloración legal”; ARCE AGGEO, *Concurso...*, *ob. cit.*, p. 235; RIGHI, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 446; PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 235: “[...] se trata de un concurso material sucesivo y homogéneo; teniendo apenas como nuevo elemento la unidad teleológica de acción [...] por lo anterior, [...] estaremos delante de una idéntica situación de hecho, que debe traer como consecuencia una igual situación y derivación jurídica en los ordenes típico y punitivo”, aunque luego, al negar la unidad sustantiva y procesal del delito continuado, asume —de manera confusa— la teoría de la ficción absoluta. Cfr. STS del 27.10.1972 (RJ 1972-4454) y CSJ PENAL, sent. del 17.03.1999, e12187, J. GÓMEZ. También, asumen una unidad jurídica de acción, aunque exigen que el autor realice las diversas acciones naturales con una voluntad global o conjunta de ejecución (dolo global): BRODAG, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 163; GEPPERT, “Grundzüge..., *ob. cit.*, pp. 363 y 364; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 714 y 716 (*Tratado*, pp. 769 y 771-772); KRATZSCH, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, p. 181; MITSCH, “Konkurrenzen... *ob. cit.*, p. 389 y 390; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 293.

“un súper delito”, “una confederación de delitos” o “un trust de delitos”⁶⁶, o como lo denomina MEZGER: “un concurso ideal condensado legalmente”⁶⁷, que resulta aplicable como un límite político-criminal que restringe de forma excepcional la normativa del concurso real de delitos, cuando jurídicamente sea inaplicable la norma del delito único precedido por una unidad de acción. Ello, porque las distintas acciones u omisiones no cuentan entre sí con una estrecha conexión temporal y espacial⁶⁸.

En este sentido, resultan de especial importancia las SSTS 732 del 07.07.2009 (RJ. 4587-2009), 919 del 20.11.2007 (RJ. 2007-7223), 300 del 22.02.2001 (RJ. 2001-479) y 1313 del 25.06.2001 (RJ. 2001-5668). La última de ellas afirma, al superar las teorías de la ficción jurídica en materia de continuación: “[c]omo se expresa en las sentencias de esta Sala de 2 de febrero (RJ 1998\412) y 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4438), el delito continuado no aparece definido como una suma de «delitos» sino de «acciones u omisiones» o también infracciones contra bienes jurídicos. Añaden dichas sentencias que, a estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva. Si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva” (Cursivas por fuera del texto original)⁶⁹. Además, las SSTS 563 del 24.09.2008 (RJ. 2008-

⁶⁶ PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, pp. 145 y 146.

⁶⁷ MEZGER, “Das fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, pp. 3265 y ss.

⁶⁸ Así, PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 136; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 432, para quienes “supone una ampliación de la unidad de acción mediante el nexo de continuidad, por fuera de los casos de unidad natural o unidad de acción típica”.

⁶⁹ También, SSTS 678 del 07.06.2006 (RJ. 2006-4092), del 10.03.1994 (RJ. 1994-2120), la última sostiene: “[l]a figura del delito continuado tiene realidad virtual y propia esencia desde que, primero jurisprudencialmente y luego legislativamente en la reforma del

4800) y 667 del 05.11.2008 (RJ. 2008-6095) señalan que “[...] el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver, en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva”.

Y agrega el TS en sent. 1049 del 28.06.1999 (RJ. 1999-6110) que “[...] no deja de ser razonable admitir la existencia de un delito continuado, habida cuenta de la homogeneidad de los hechos descritos en el «factum» y la absoluta imposibilidad de concretar con precisión las ocasiones en que estos se cometieron, ya que, por una parte, parece más acorde con la realidad de los hechos y más respetuoso con el principio «pro reo» por otra, agrupar la totalidad de los hechos según su estructura material y objetiva gravedad, una vez que el delito continuado no es concebido exclusivamente como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva”.

Desde luego, a partir de una postura jurídica de unidad de conducta, algunos autores consideran que de no darse el nexo de continuidad que estructura el delito único autónomo, toda vez que subsiste una pluralidad de acciones e infracciones individuales completas divisibles en sentido concreto-normativo, se deberá aplicar en consecuencia la normativa del concurso de

Código Penal de 1983 (RCL 1983\1325 y ApNDL 2364), se abandonaron los antiguos criterios de ficción jurídica, para acudir a la realidad jurídica centrada en la existencia de un dolo de continuación o dolo conjunto, que abarca la totalidad de la conducta extendida en el tiempo, de modo que los actos concretos se presentan como meros elementos o partes de un resultado global realizado continuadamente en una progresión sucesivo-temporal [...]”. En igual sentido, la STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184): “[e]l delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera "realidad jurídica" que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva [...]”.

tipicidades —por lo general real⁷⁰—, siempre que la ley no disponga otra cosa por razones de punibilidad.

Con todo, la continuación tendría una justificación en esencia práctica —aunque no necesariamente político-criminal—⁷¹, que permitiría solucionar eventuales conflictos probatorios (por la indeterminación de las acciones) o impedir el comienzo de un proceso judicial por cada conducta semejante realizada con idéntica unidad de designio o motivo sino, también, atenuar la aplicación de la pena del concurso real homogéneo cuando sea desproporcionada sin que ello comporte una finalidad benéfica para el procesado. Justo es decirlo, esta concepción es criticada por alcanzar extremos de empirismo insostenibles, que sólo sirven para eludir o exceptuar la aplicación penológica del concurso real homogéneo, en casos de dudosa necesidad político-criminal⁷², o cuando no se cuente con la prueba necesaria para imputar dicho concurso de delitos.

⁷⁰ Sobre el particular, resulta muy ilustrativa la STS del 22.05.2001 (RJ. 2001-5146) de la sala de lo militar, cuando advierte: “[e]l Tribunal sentenciador describe correctamente los elementos configuradores del delito continuado, mencionando entre ellos el requisito de la pluralidad de acciones, pero sin detenerse a concretar la valoración individualizada de cada episodio como acción típica, lo que debió realizar por cuanto que la acción que se encuentra en la base de toda hipótesis concursal ha de ser una acción típica. El artículo 74 aplicado requiere expresamente que los preceptos infringidos por las plurales acciones sean preceptos penales, que podrán ser constitutivos de delito o de falta, pero en cualquier caso debe tratarse de hechos penalmente relevantes. No basta con declarar la existencia indeterminada de una pluralidad de acciones, sino que es preciso que en cada una de ellas se constate la realización del tipo y la culpabilidad del autor, pues sólo con el dolo de continuación, como parece afirmar la resolución recurrida, no es posible configurar un delito continuado (SSTS, Sala 2ª, 28—10—1988 [RJ 1988\8242]; 24—4—1989 [RJ 1989\3504] y 20—9—1993 [RJ 1993\8134])”. En sentido diverso a la configuración de un concurso real posterior, MORO, *Unità e pluralità...*, *ob. cit.*, p. 216, indica: “[...] en realidad la síntesis obrada a propósito del delito continuado, lo transforma, en cierto sentido, en concurso ideal. La serie de acciones es equiparada, en el relieve jurídico, a una sola acción, por lo cual, debería aplicarse el concurso ideal”.

⁷¹ Así, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 714 (*Tratado*, p. 769) aluden a las ventajas procesales en la averiguación y el tratamiento de una multitud de hechos que caen en un mismo tipo delictivo, a pesar de las desventajas político-criminales que ello implica. En contra, no obstante acoger la teoría de la unidad real, AMBROSETTI, *Problemi...*, *ob. cit.*, p. 19, que mantiene una justificación de “causa indulgentiae”. Por su parte, MUSCATIELLO, “Pluralità...”, *ob. cit.*, p. 198, asume una postura mixta e indica que esta justificación coincide con el “favor rei”, aunque por razones prácticas, debido a la severidad que de otro modo la decisión del caso concreto podría tener (t/l); PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 235.

⁷² Cfr. PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 141 y MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 627 y 628 (6ª ed.).

Ahora bien, entender que el instituto en examen es una figura autónoma supone afirmar que ella tiene su propia antijuridicidad —injusto unitario—, con independencia de las antijuridicidades de las infracciones unificadas por la ley⁷³. Sin embargo, para el concepto causalista del delito no sucede lo mismo con la culpabilidad, porque ésta —entendida como forma de culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional— dependerá de la culpabilidad concreta de cada uno de los delitos que componen las figuras autónomas y no de una culpabilidad general derivada del injusto unificado del delito continuado⁷⁴, situación que sería incompatible con el merecimiento de pena que fundamentaría una pena única para los delitos en serie.

En fin, se dice que esta construcción tiene ventajas procesales evidentes, porque a pesar de regirse en sus efectos por el principio de “unidad jurídico material y jurídico procesal de acción”, cuando sobrevenga un acto de justificación o exculpación, alguna causa de extinción de la acción (prescripción) o de la punibilidad, o cese el carácter delictivo de algunos de los actos seriados que conforman la continuación, los demás subsistirán sin que ello comporte su extinción como unidad legal. Dicho en otras palabras: los diversos componentes estructurales del delito continuado conservan su individualidad jurídica hasta cierto punto funcional, no siendo necesario que todos conformen la serie continuada para la punibilidad, el tiempo necesario para determinar la prescripción, la amnistía, la responsabilidad de los partícipes, algunas circunstancias del delito, penas accesorias, etcétera. Ello, salvo en los eventos en los que sea conveniente, desde el punto de vista punitivo, hacer valer en forma parcial el indulto, la prescripción o cuando la cosa juzgada deba considerarse inmutable⁷⁵.

⁷³ Vid. MORO, *Unità e pluralità*, ob. cit., p. 207, para quien la unificación de las diversas acciones representa un injusto autónomo, a tal punto que “en realidad las diferentes acciones, los diversos delitos, reconduciéndose por la continuidad a un solo hecho, no es sólo que estén conectados juntos; ellos dan lugar, de este modo, a un sentido unitario propio. No sólo se anulan las configuraciones criminales autónomas, se crea positivamente un nueva” (t/l).

⁷⁴ Cfr. PUNZO, *Reato continuato*, ob. cit., pp. 158 y 159.

⁷⁵ En este sentido, CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, ob. cit., p. 431; PAGLIARO, *Principi...*, ob. cit., pp. 601 y 602.

En este sentido tiene razón el profesor ANTÓN ONECA, al afirmar: “[a] primera vista, entre la teoría italiana de la ficción y la alemana de la creación jurídica no existen diferencias sensibles, pues ambas explican la institución como obra del derecho en oposición a la realidad natural. Todavía resulta más alejada de ésta la posición de los alemanes, que prescinden de todo elemento subjetivo, incluso de la unidad de designio proclamada por Carrara. Sin embargo, difieren en el fundamento, que para los italianos es evitar la acumulación de penas en beneficio del reo, y para los alemanes es un motivo de utilidad y oportunismo. Y en relación con el distinto fundamento, se separan también en las consecuencias: los italianos las limitan al ahorro para el condenado en los efectos desfavorables de la pluralidad de infracciones, mientras los alemanes, una vez afirmada la realidad jurídica, ven en el hecho un solo delito cualesquiera que sean los resultados”⁷⁶.

Desde luego, el verdadero problema de esta teoría está en hacer depender la diferencia del trinomio: unidad natural de acción, unidad de acción continuada y multiplicidad de acciones homogéneas, de una exigencia que la doctrina dominante reconoce como accesoria en la estructura del delito continuado, como lo es la medición contingente y ambigua de la estrechez o proximidad de la conexión espacial y temporal de los diversos actos realizados por el autor, desde la perspectiva de un observador social imparcial⁷⁷.

En efecto, si los diversos actos parciales están en una estrecha relación temporal y espacial, podrá apreciarse una unidad natural de acción; si ella es sólo razonable o próxima, se podrá configurar un delito continuado como amplificación de la acción y la tipicidad. Y, para terminar, si la relación

⁷⁶ ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 499.

⁷⁷ A veces, dicho requisito ha sido negado por el TS, *cf.* STS 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580): “[e]n el caso contemplado por la segunda [STS del 24.06.1994], la descripción se presentaba como paradigmática de la exteriorización de un único dolo excluyente de renovaciones plurales con autonomía diferenciada. Se reincide en su concreción externa, sobre el mismo sujeto pasivo, con aprovechamiento de idénticas ocasiones y razón de prevalimiento por parte del mismo sujeto activo. Ello significa la evidencia de un propósito unificador que aglutina las acciones en un contexto homogéneo propio de la continuidad delictiva «sin que el que temporalmente sean espaciadas sea suficiente para eliminar tal continuidad”.

temporal y espacial es inexistente o desproporcionada (por su excesiva duración), se configurará un concurso real de tipos⁷⁸. De este modo, para esta teoría la conexidad no es accesoria sino fundamental; pero no sólo para estructurar lo objetivo del delito continuado sino también lo subjetivo, como bien da cuenta la teoría del dolo continuado, que por lo general es seguida por estos autores. En síntesis, la diferencia entre las figuras aludidas y en particular la configuración del delito continuado, depende del juicio y la capacidad del observador para determinar tal conexidad objetivo-subjetiva, lo cual deja la institución como una fórmula hueca de simple conveniencia político-criminal. No es evidente, ni tampoco es cierto que esta figura como modalidad de acción típica en sentido amplio, pase en todos sus extremos por la pura normatividad.

Ahora bien, al interpretar el Art. 74 del CPE/1995, mod. LO 15/2003, la doctrina y la jurisprudencia españolas acogen casi siempre una variante teórica de la postura de la realidad jurídica sobre la naturaleza del delito continuado⁷⁹, no obstante que de manera ocasional, se haya asumido la teoría de la realidad natural e, incluso, que la doctrina mayoritaria tradicional haya explicado la figura con base en la teoría de la ficción, ya superada por los desarrollos dogmáticos contemporáneos. Desde luego, se trata de una mezcla teórica muy interesante, que muestra la riqueza conceptual de esta institución.

Así las cosas, el CPE sostiene que el delito continuado consiste en una lesión reiterada del mismo precepto o de preceptos distintos mediante una pluralidad de acciones u omisiones ontológicas, realizadas “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”, que se reconducen

⁷⁸ Siguen esta línea CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 432.

⁷⁹ Así, por ejemplo, la STS 1316 del 10.07.2002 (RJ. 2002-7450), declara que “[e]l artículo 74 del Código Penal considera como un solo delito, al que denomina continuado, una pluralidad de acciones u omisiones que aisladamente consideradas serían por sí solas constitutivas cada una de ellas de una infracción delictiva. Han sido razones de justicia material, de política criminal y de técnica jurídica las que han impulsado primero la creación doctrinal y jurisprudencial de la figura y luego su consagración en los textos legales, desde la reforma de 1983”; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 800, afirma que “[s]e adscribe el legislador, a nuestro juicio, a la teoría de la *realidad jurídica*, por lo que a la naturaleza jurídica del delito continuado se refiere. Así parece deducirse de la primacía valorativa que se otorga a la lesión jurídica *por encima* de la unidad o pluralidad de acciones, y del hecho de no exigirse ni siquiera un designio común (base de la teoría de la ficción jurídica) [...]”.

a una única infracción⁸⁰. Se trata en realidad de una teoría de la realidad jurídica mixta con tendencia objetiva⁸¹, que busca estructurar la continuidad delictiva atendido al plan del autor —elemento subjetivo—, o de manera alternativa a la idéntica ocasión en la que actúa el sujeto —aspecto objetivo puro— mediante la interpretación del tipo penal correspondiente.

Por ello, no parece afortunada aquella posición de un sector doctrinal que precisa, al postular la derogación parcial del texto del Art. 74, que la legislación española no admite la teoría de la realidad natural, pues “[...] el mismo Código penal ha admitido la posibilidad de que no exista una unidad de dolo, lo que destruirá esa concepción”⁸². Se trata, sin duda, de un criterio que no se compadece con la realidad jurídica en la medida en que esta concepción no abandona en ningún caso, salvo en sus posturas más extremas, la primacía de un dolo incluso continuado.

Ahora bien. Respecto a la teoría de la ficción, es factible que esta se acomode más al viejo texto del Art. 69 bis, que al actual Art. 74 mod. LO 15/2003 del CPE, al menos desde el punto de vista de la punibilidad. No obstante, no puede negarse que esta concepción tenga operatividad en la ley, si se quiere lingüística o formal, cuando la norma indica que “será castigado como” autor de un delito continuado. No obstante, de manera ocasional, la jurisprudencia del TS entiende que este instituto es una realidad jurídica, un proceso jurídico unitario, un tipo de delito autónomo que tiene existencia (vida) prejurídica auténtica e independiente, sin necesidad de acudir a la ficción por razones de benignidad⁸³.

En fin, considerados los efectos asumidos por los seguidores de esta teoría, queda la sensación de que el delito continuado es utilizado de manera

⁸⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 868 y 869.

⁸¹ Así lo da a entender, respecto al texto de 1983, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 187, al afirmar que “[...] [e]n definitiva, se abandona la unidad de sujeto pasivo que exigía la jurisprudencia, dándose más valor al elemento objetivo así como al subjetivo”.

⁸² TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 118.

⁸³ *Vid.* STS del 25.05.1998 (RJ 1998-4438): “a estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva” y STS 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580).

ambivalente. Es decir, en algunos casos se entiende que opera de verdad mientras que en otros no, aplicándose en el último caso las reglas del concurso real homogéneo de delitos. Por ejemplo, en materia de prescripción, algún sector de la doctrina argumenta que el tiempo del plazo prescriptivo debe contarse para cada acto individual y no a partir del último acto parcial de la unidad de acción en sentido amplio⁸⁴; o, en materia de delito masa, algunos autores condicionan la existencia de la ficción del carácter determinado o indeterminado de los sujetos pasivos afectados⁸⁵. Con tal punto de partida, entonces, esta teoría fomenta la inseguridad jurídica al sostener que el delito continuado tiene una naturaleza artificial y cambiante, según la necesidad punitiva del intérprete.

C. TEORÍA DE LA UNIDAD REAL (ONTOLÓGICO-NORMATIVA). Mientras que las posturas anteriores estructuran el delito continuado de acuerdo con una visión mecanicista o relativista del delito, como una mera convención artificial, una ficción jurídica o una unificación formalista del concurso real homogéneo de delitos con cuestionables resultados desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, esta concepción —que parte de un concepto de la unidad de acción ontológico-normativa (final-social: *vid. Supra*. Síntesis Cap. I)⁸⁶— considera la continuación delictiva como una modalidad de delito único.

⁸⁴ *Cfr.* ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 933.

⁸⁵ *Cfr. ibídem*, p. 871.

⁸⁶ *Vid.* GASPARE GUCCICARDI, “Considerazioni sul reato continuato”, en *Rev. Pen.*, 1972, vol. I, pp. 601 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 985-986; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 496 y 497; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 865: “[h]abrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, acumulando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una injerencia en la persona de éste”. También la jurisprudencia española, *vid.* STC del 02.11.1983, califica el delito continuado como una “realidad natural y sustantiva capaz de abarcar la totalidad de una conducta compleja y de tracto sucesivo encaminada a un mismo fin, animada por un dolo unitario y unificada por una culpabilidad homogénea”, SSTS del 16.06.1972 (RJ. 1972-3156); del 10.06.1974 (RJ. 1974-2857); del 26.10.1983 (RJ. 1983-4803) califica la continuación como ente “ontológica y esencialmente real”; del 15.07.1983 (RJ. 1983-4188) indica que es “una realidad natural, sustancial u ontológica [...] que se da, aunque concurren pluralidad de acciones singularizadas, siempre que guarden homogeneidad comisiva, exista unidad o afinidad de

En otras palabras, el delito continuado es una forma especial de realización unitaria del mismo tipo penal, que nace —como toda acción humana final en la mente del autor— primero como deliberación y luego como resolución de llevarla a cabo, y que luego tiene relevancia normativo-social. Así, el delito continuado se presenta como una manifestación externa mediante diversos actos ejecutivos seriados y progresivos que, a partir de la interpretación, conexión y proyección final del curso de un acontecimiento, pueden ser considerados como un proceso ejecutivo unitario desde una perspectiva social⁸⁷. Y, en sede de tipicidad, como proceso unitario que también se compadece con el contexto situacional final-social de acción u omisión que requiere formal y materialmente el hecho concreto, tomando como referente el bien jurídico tutelado. Proceso ejecutivo unitario que comporta un solo injusto material en sentido normativo. Es decir, nace de una acción natural llevada a cabo en cámara lenta, en la que el aspecto subjetivo y el sentido situacional de la acción en la realidad social, que luego coincidirá con el del tipo, sirven como conexión o factores de unificación.

precepto penal violado, unidad de sujeto pasivo y, por encima de todo, un dolo, propósito o intención unitaria [...]” y del 08.06.1967 (RJ. 1967-3057), advierte que el delito continuado “es el resultado no de una ficción adjetiva o procesal, sino jurídica, por tener entidad sustantiva suficiente, derivada de su misma condición real o de hecho, productora de una estructura natural”. También las SSTs del 04.03.1981 (RJ. 1981-1042), 04.02.1985 (RJ. 1985-862), 25.06.1985 (RJ. 1985-3056), y STS del 21.10.1991 (RJ 1991-8856). En Colombia *vid.* CCONST., C-369/2000, C. GAVIRIA; C-551/2001, Á. TAFUR; CSJ PENAL, sents. del 18.12.2000, e14318, C. GÁLVEZ, y sent. del 26.09.2002, e12530; asume la teoría de la realidad natural (con base en la finalidad como extraño elemento antitécnico) la CSJ PENAL, sent. del 25.06.2002, e17089, E. LOMBANA.

⁸⁷ Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 26 y 27: “[...] esta institución se presenta cuando el agente realiza diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia (nexo de continuación) y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final; en otros términos, se trata de una forma especial de realizar determinados tipos penales mediante la reiterada ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares / Así las cosas, pese a que en apariencia cada uno de los actos parciales representa, de por sí, un delito consumado o intentado, todos ellos se valoran de manera conjunta como una sola conducta ontológica y normativamente entendida —por ende, como un solo delito— para lo cual se debe partir de una concepción social-final de la acción humana”; CARRARA, *Reminiscencias...*, *ob. cit.*, p. 271. En contra: REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 169, cuando afirma —a partir de la unidad de conducta por el número de afectaciones al bien jurídico— que sostener que la acción está conformada por una pluralidad de actos, supone hacer una distinción irrelevante; también, FLORIÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 67.

En este sentido se pronunció la STS 279 del 01.03.1995 (RJ. 1995-1903), al afirmar que “[l]a figura del delito continuado, enjuiciada muy diversamente por la doctrina científica y legal, en su devenir histórico, ha venido últimamente siendo considerada como una propia realidad jurídica, como ente ontológico y esencialmente autónomo, traducción en el ámbito jurídico penal de una realidad natural detectable fuera de él. Realidad acusable ante la comprobación de la unidad de «designio criminal» que impulsa la total dinámica del agente, sin presencia de factores que, afectando a la posible consideración global de los hechos, acentúen la singularidad de cada acto, impidiendo su mutuo engranaje o entramado al tiempo de buscar la auténtica traducción jurídica del total relato fáctico de que se parte”. El delito continuado —resume la sent. de esta Sala de 25 junio 1985 (RJ 1985\3056)—, no es ficción «*pietatis causa*», ni expediente de política criminal, ni modo de endurecer el ordenamiento jurídico castigando adecuadamente conductas que, en su aislamiento, son de índole venial, mientras que, contempladas unitaria y conjuntamente, revisten extraordinaria gravedad, sino ente jurídico de esencialidad real, dotado de existencia y «nomen» propios y autónomos, y que, ontológicamente, tiene vida auténtica e independiente sin necesidad de acudir a ficciones o a entelequias”. [vid. SSTS 522 del 19.09.1996 (RJ. 1996-6925), 21.03.1986 (RJ.1986-1672) y 02.07.1984 (RJ. 1984-3767)].

Por supuesto, esta evolución de la teoría de la realidad supone ir más allá de la concepción subjetivista o de la realidad natural que de forma original sustentaron juristas como DI ALIMENA, JIMÉNEZ DE ASÚA, CORREA O FLORIÁN⁸⁸, al afirmar, en términos generales, que el delito continuado

⁸⁸ En efecto, BERNARDINO DI ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, vol. 1, Napoli, Luigi Pierro, 1910-1912, pp. 399 a 401. Texto que tiene traducción al español, *Principios de Derecho Penal*, vol. 1, Trad. y notas de Eugenio Cuello Calón, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, pp. 492 y ss.: “[e]l delito continuado es único, único subjetivamente porque la resolución es una sola, uno solo es el dolo, y desde el primer instante se representa el delincuente todas las acciones sucesivas; también es único objetivamente [...] el delito continuado no es un conjunto de delitos, con pena atenuada, sino un delito único, más grave que el delito sencillo correspondiente, precisamente por la persistencia del dolo que dura desde el momento de la resolución hasta el momento en que se ejecuta la última acción”; CORREA, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 154 y ss.; FLORIÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 70; LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, Sudamericana, 1978, p. 529, dice: “[h]ay que partir de una verdad a

constituye un único delito real prejurídico, porque supone una única determinación y una única volición sobre un “hecho” o suceso delictuoso, y, por ello mismo, las diversas y sucesivas consumaciones no serán más que las diversas y sucesivas partes de una sola consumación que representan la ejecución de un dolo único. Es decir: “la unidad psicológica de una acción mirada en momentos diversos”. Esta teoría no carece de elementos normativos, ni le da igual preeminencia a los elementos ontológicos, al momento de determinar aquello que en la realidad valorada constituye un delito único precedido por una única conducta fraccionada en el modo de su ejecución.

Por eso, desde el punto de vista estructural, para esta postura teórica es posible sostener que los distintos actos —comisivos u omisivos— homogéneos, sucesivos y parciales realizados por el sujeto constituyen —aspecto objetivo de continuidad ejecutiva—, por una parte, una unidad final de conducta entendida como proceso ejecutivo unitario gobernado por una misma resolución de voluntad final o plan criminal —aspecto subjetivo de unificación—, que los abarca de forma unitaria en su sentido social de principio a fin⁸⁹; y, por otra, una infracción única de la ley penal, pues las infracciones parciales derivadas de la unidad de acción reproducen una lesión homogénea y progresiva contra el mismo bien jurídico tutelado y una

nuestro juicio evidente, el delito continuado no es un caso de concurso de delitos, sino de *delito único*, una unidad real. Por eso, nosotros preferimos el silencio de la ley (como en España), a la fórmula legislativa, con expresión de muy controvertidos requisitos”. Sobre el tema, CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 35.

⁸⁹ Por tal razón es criticada por PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 89, pues “[l]a expresión “unidad real” semejaría cierta estructura unitaria y prejurídica, en contraposición a la “unidad ficticia”, la cual, en cambio, negaría la existencia de esta” (t/l); CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 27: “[e]n la jurisprudencia del T. S. la noción de delito continuado aparece originalmente muy vinculada (y en la mayoría de los casos confundida) con la unidad de acción”; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 134: “[...] la redacción del art. 74, y antes del art. 69 bis, impide atribuir al delito continuado la naturaleza jurídica de realidad natural o sustantiva, y ello porque, de un lado, se requiere la pluralidad de acciones, cada una de ellas susceptible de calificarse como delito individualmente considerada, lo que conlleva la necesidad de dolo propio en cada hecho singular, no pudiéndose hablar de dolo unitario, salvo que se identifique con el plan preconcebido, pero en este caso no podrá afirmarse que naturalmente haya un único delito; de otro se incorporan a la regulación los supuestos de aprovechamiento de idéntica ocasión que excluía la concepción del delito continuado como realidad sustantiva y natural”. Sin embargo, una cosa es que las acciones se puedan considerar como delitos independientes y otra diferente es que lo sean, pero no se apliquen por razones legislativas, jurídicas o ficticias. Desde la perspectiva normativa, la continuación no es una conjunción de delitos, por lo tanto no es impensable hablar de realidad natural-normativa como delito único.

única culpabilidad⁹⁰, que responden a los efectos de una desvaloración jurídico-social única de la naturaleza y el contexto del tipo penal infringido según el bien jurídico tutelado —aspecto valorativo de integración normativa—. Como lo sostiene la STS 510 del 10.03.1994 (RJ. 1994-2120), en virtud del elemento subjetivo de unificación, “los actos concretos se presentan como meros elementos o partes de un resultado global realizado continuamente en una progresión sucesivo-temporal”.

De este modo, lo que define la unidad de acción y de infracción no es una realidad infrarrepresentada como una apreciación causal de diversos actos unificados por una valoración moralista o benéfica de la consecuencia jurídica imponible al autor, o una solución artificial y práctica para resolver problemas procesales o probatorios; sino la resolución criminal que da sentido final y social cualitativo a los diversos actos particulares realizados una o varias veces de forma semejante que, como parte de un todo ejecutivo —plan criminal—, son abarcados por el sentido normativo del mismo tipo penal y el bien jurídico, representando así el paso de un injusto meramente objetivo a un injusto causal, final y social. Desde luego, dichos niveles resultan artificiales respecto al delito continuado total.

D. TEORÍAS DE LA COMBINACIÓN. Estas posiciones sostienen que el delito continuado comporta dos modalidades diferentes, pero complementarias, en el conjunto de casos que pueden ser considerados como una unidad continuada: por un lado, resulta una unidad de acción ontológico-normativa, y, por la otra, una unidad de conducción —“continuada”— de la vida punible, por lo cual su fundamento descansa en el elemento subjetivo⁹¹, sin que por ello dejen de ser reconocidos los avances que supuso concebir el

⁹⁰ En este sentido, la STS del 12.10.1980 (RJ. 1980-3693): “el delito continuado, en la técnica moderna del derecho penal, tiene su fundamentación en que diversas conductas o actividades deben tener un tratamiento penal único, porque principios de la realidad natural y jurídica reclaman que diversas manifestaciones individuales y sociales de naturaleza delictiva tengan o descansen en una misma culpabilidad y antijuricidad”.

⁹¹ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 226 y ss. (*Derecho*, pp. 268 y ss.). En contra de la modalidad (la segunda) por conducción de la vida punible, *vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 864. Para Zaffaroni, estas hipótesis de continuación podrían ser resueltas en sede de punibilidad, sin alterar la teoría del delito continuado. También vincula la realidad natural y jurídica: CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 37.

dolo como conjunto o de continuación, en la estructura de los elementos subjetivos de la institución jurídica. Incluso, otros autores como FERNÁNDEZ CARRASQUILLA o CANTARERO BANDRÉS, afirman que se trata de una figura especial, ello es, un *tertium genus* que supone combinar las tesis de la realidad natural y la jurídica⁹².

E. EL RECHAZO DEL DELITO CONTINUADO. Por otra parte, no pueden dejar de mencionarse aquellas posturas doctrinales, bastante arraigadas en el último decenio del siglo XX, que niegan toda carta de naturaleza jurídica y de necesidad político-criminal al delito continuado —como modalidad única o unificada de realización del tipo—, pues la existencia de un suceso total en el que media una unidad de resolución o un dolo continuado no resulta un referente decisivo para apreciar un injusto total, en el contexto de los tipos penales infringidos de forma seriada.

En efecto, algunos doctrinantes sostienen que este instituto solo es un privilegio punitivo sin sentido⁹³, contrario a la ley y al principio de culpabilidad, tras la poca claridad que demuestran sus requisitos sustantivos y procesales. Como consecuencia de ello, estas teorías buscan aplicar el tipo correspondiente —en palabras de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR⁹⁴— de forma aberrante mediante la normativa del concurso real de tipicidades. Entre tanto, otros autores subrayan la innecesaridad de la figura por razones probatorias, pues, si en la continuación delictiva también se requiere probar cada uno de los actos particulares que componen la unidad de acción en sentido amplio, entonces no existirá ningún inconveniente para establecer procesalmente una multiplicidad de delitos diferentes y fundamentar así la punibilidad del concurso real (como si se tratase sólo de un problema de cuantificación de acciones).

⁹² Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 8; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 45.

⁹³ Cfr. PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 141; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 627 y 628 (6ª ed.); RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...* (1976), *ob. cit.*, p. 730, cuando advierte —antes de 1983—: “[...] no hay razón alguna para excluir en nuestro derecho de las reglas del concurso los casos que doctrinalmente se denominan como delitos continuados”.

⁹⁴ Vid. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 861.

Por lo demás, este grupo de expositores advierte que ésta institución jurídica comporta ciertas desventajas político-criminales como, por ejemplo: su benevolencia inoportuna, la pérdida de exactitud en la individualización judicial de la pena y los efectos que sobre ella ejerce el principio de cosa juzgada, entre otros⁹⁵; en tanto que las distintas finalidades que esta institución pretende alcanzar, bien pueden ser logradas mediante una correcta configuración legal y punitiva del concurso real de tipicidades.

En fin, por estas y otras razones, el pleno del Gran Senado de la sala del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN, conforme a las proposiciones de las secciones 2ª y 3ª de la Sala de lo Penal, decretó no reconocer el delito continuado como unidad jurídica o típica de acción —no exenta de bases ontológicas—, frente a los supuestos de Estafa [StGB § 263] y abuso sexual [StGB §§ 173, 174 y 176]. Incluso, respecto a otros tipos penales, el BGH declaró que para el tratamiento adecuado del desvalor total de estos supuestos, bastan las disposiciones concursales cuya adecuación debe examinarse caso a caso por los tribunales⁹⁶; por consiguiente, la figura del delito continuado sólo podrá considerarse como una institución excepcional en la práctica judicial alemana. A ello, como es lógico, condujo la carencia de regulación expresa de la figura en el ordenamiento punitivo vigente, pues sin ella no existiría ninguna justificación para inaplicar el concurso de delitos.

Es más, se puede advertir que el delito continuado es una institución que todavía no ha alcanzado un desarrollo dogmático claro, con lo cual subsisten algunas dudas político-criminales sobre su aplicación. Sin embargo, parte de la doctrina entiende con razón que dichas críticas no son suficientes para abandonar la figura, considerada como una solución punitiva que puede prestar beneficios político-criminales en la lucha contra la criminalidad⁹⁷, sin convertirla en un simple expediente para solucionar problemas

⁹⁵ Así, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 714 (*Tratado*, p. 769).

⁹⁶ Con carácter general, *cfr.* ADEN, “Das ende...”, *ob. cit.*, pp. 1109-1110; ARTZ, “Die fortgesetzte...”, *ob. cit.*, pp. 1000-1002; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 715 (*Tratado*, p. 770); HAFT, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 283; ZCHOCKELT, “Die praktische...”, *ob. cit.*, pp. 361 y ss.

⁹⁷ *Vid.* ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 861: “la necesidad del concepto es elemental [...]”.

judiciales. Así las cosas, la teoría alemana actual sobre el asunto no deja de mostrar un cierto derrotismo intelectual, pues no parece conveniente que cada vez que la doctrina enfrente un concepto poco desarrollado, se le relegue y se omita a la usanza excepcional del Derecho jurisprudencial. Una situación que ya parece rancia en la materia, a pesar de la buena salud de que goza la institución en ordenamientos jurídicos como el español y el colombiano.

IV. SÍNTESIS

Analizadas las posturas expuestas sobre el delito continuado, y una vez se concluye que sólo las teorías de la ficción absoluta o de la realidad son compatibles con aquella concepción de la continuación como unidad de acción y unidad de delito, puede afirmarse que esta figura constituye una unidad real y normativa contrastable, es decir, una unidad ontológico-normativa opuesta a un complejo de violaciones jurídicas independientes conectadas por puro capricho del legislador. En la doctrina, por ejemplo, es muy interesante la tesis de SAUER⁹⁸, al afirmar que este instituto está constituido por varias acciones naturales que pueden aparecer como un delito de varios actos⁹⁹. Tampoco se puede olvidar lo dicho por la Corte Constitucional de Colombia —válido para dicho país— en el sentido de que “[e]l artículo 32 [...] no tiene por objeto establecer un trato distinto —y más favorable— para el concurso de hechos punibles, sino aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo "hecho punible unitario o continuado" y, por tanto, que debe ser penado como tal” Además, se dice

⁹⁸ Vid. SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 339 y 340.

⁹⁹ Vid. CSJ PENAL, auto del 09.10.1997, e368, C. MEJÍA: “[...] [s]i fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno de ellos como delito autónomo, el tomarlos como partes de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una sola acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto activo, de la unidad de plan, de la identidad de los distintos actos y de su prolongación en el tiempo”.

que “[...] una modalidad del concurso aparente de tipos penales es el delito continuado [...]”¹⁰⁰.

En fin, el delito continuado consiste en una modalidad especial de ejecución de determinados tipos penales¹⁰¹, que se presenta cuando el sujeto realiza una unidad de conducta en sentido amplio como proceso ejecutivo unitario, estructurada por diversos actos ejecutivos particulares de forma más o menos similar y de la misma naturaleza típica —aspecto objetivo de continuidad—, que se encuentran conectados entre ellos por una relación relevante de dependencia o de continuidad, según el plan criminal y la unidad de fin del sujeto —aspecto subjetivo-final de unificación—. Como es evidente, la posición asumida no es del todo objetivo-subjetiva, porque es indispensable que opere además un factor valorativo o material de integración normativo-social, dicho lo cual el aspecto ontológico por sí solo (el proceso ejecutivo unitario) resulta insuficiente para configurar la actuación ejecutiva seriada como una significación típica total (delito único).

Así las cosas, la continuación no supone acoger cualquier clase de actuaciones parciales homogéneas, sino sólo aquellas en unidad de conducta que contribuyan a desarrollar, desde un punto de vista final y social, el marco jurídico que luego abarca el sentido del tipo penal infringido o una modalidad típica semejante. Es decir, actuaciones que estructuren una unidad situacional homogénea y unitaria que atienda a los respectivos elementos objetivos y subjetivos básicos o genéricos de una modalidad

¹⁰⁰ CCONST., C-638/2000, C. GAVIRIA.

¹⁰¹ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 991; *id.*, *Manual...*, ob. cit., p. 496. En este sentido resulta muy interesante el Art. 28 del CP Federal de México, cuando advierte que “[n]o hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado”. ALFREDO ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Parte General, t. 2, 2ª ed., Santiago, Ed. Nacional Gabriela mistral, 1976, p. 82: “[e]ntre nosotros, no existiendo reglamentación expresa, la teoría del delito continuado sólo puede sustentarse en la definición inicial del delito como acción, sobre la base de que en el delito continuado no hay más que una acción, cuyo aspecto interno (voluntad finalista) es único, y cuyo aspecto externo (proceso ejecutivo) se ha fraccionado por razones circunstanciales. La consecuencia, que a nuestro parecer se ajusta más a la realidad de las cosas, es admitir que el delito continuado es un solo delito y no varios, y en consecuencia, recibe únicamente la pena indicada para el solo delito cometido”. De hecho, este autor de manera lúcida distingue los fenómenos de la continuación y la reiteración de delitos.

criminal (sujetos, objetos y verbo rector)¹⁰² según el caso, previa consideración y valoración del injusto total de resultado respecto de un bien jurídico que admita una lesión progresiva. De otra parte, la serie continua de actos ejecutivos —comisivos u omisivos— realizados por el autor, se debe corresponder desde el punto de vista valorativo con una modalidad de realización fraccionada y continuada del mismo tipo (o uno similar), que conlleve un aumento progresivo del contenido del injusto material¹⁰³, por la mayor afectación del mismo bien jurídico lesionado que el agente se propuso obtener. En este nivel de análisis —a diferencia de aquél donde se examina la unidad de acción como proceso ejecutivo unitario— el criterio normativo de la interpretación del sentido situacional del tipo ya no se analiza como *prognosis* descriptiva sino *prescriptiva*¹⁰⁴, en el sentido de que efectivamente se determina la atribución de la valoración típica a dicha conducta, al ser complementada por los criterios normativos de: la naturaleza del bien jurídico, la necesidad político-criminal de abarcar en su totalidad el injusto de la conducta y la prohibición de la doble valoración del hecho.

Además, es necesario precisar que la integración jurídica de las lesiones naturales de un mismo tipo penal —que no es exclusiva del delito continuado—, responde a la posibilidad que ofrece la naturaleza del bien jurídico de admitir un cúmulo cualitativo y/o cuantitativo de lesión, es decir, a la capacidad de anular la autonomía de la lesión parcial del objeto material en pos de la totalidad del desvalor jurídico¹⁰⁵ realizado por el autor, siempre

¹⁰² Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 715 y 716 (*Tratado*, p. 771): “[...] el curso del hecho debe representar los mismos requisitos internos y externos”; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 56; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 51.

¹⁰³ Así, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 861; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 675.

¹⁰⁴ En sentido similar, MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 388, señala que solo el número de acciones es influido por la unidad de acción natural, no sin embargo el número de infracciones penales; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 114: “[...] entendida la unidad de acción como criterio para determinar cuándo una sucesión de actos por su inmediatez y estrecho contexto espacio-temporal deben ser considerados un solo hecho como objeto unitario de valoración jurídica, de suerte que nada decide aún sobre la unidad o pluralidad de realizaciones típicas [...]”.

¹⁰⁵ En este sentido MORO, *Unità e pluralità...*, *ob. cit.*, pp. 187 y 188: “[I]a razón de conexión que vence sobre la autonomía de las figuras delictivas individuales, no opera sobre el plano cuantitativo, pero sí según un sentido que conduce razonablemente a anular

y cuando el núcleo esencial de dicho bien jurídico no se desnaturalice o no se vulnere la dignidad humana, al punto de comprobar la necesidad de castigar lesiones individuales contra el bien jurídico tutelado. Por eso, ya se advirtió que la diferencia entre el delito continuado y aquéllas otras modalidades de unidad de realización típica repetida, que impliquen una intensificación cuantitativa del injusto (“realización iterativa del tipo penal”), radica en el sustrato ontológico-normativo, es decir, en la clase de grado de unidad de conducta que les precede. Así, mientras que a los casos de “realización iterativa del tipo penal” corresponde una unidad de conducta en sentido estricto (unidad de acción natural), al delito continuado le atañe una unidad de conducta en sentido amplio (proceso ejecutivo unitario).

Ello implica, desde luego, matizar dos consideraciones: (i) si bien es cierto que la diferencia entre el delito continuado y las demás formas de “realización iterativa del tipo penal” radica en el grado de unidad de conducta que les precede, no parece adecuado afirmar que sólo las formas iterativas distintas a él sean problemas de concurso aparente. Y ello es así, porque la unificación del injusto material del delito continuado en la tipicidad, en todo caso debe regirse por dichos principios interpretativos (unidad de valoración típica); recuérdese, además, que el “concurso aparente” es un problema de tipicidad en efecto aplicable y no un asunto llamado a resolver los conflictos entre la acción y el tipo. Desde esta perspectiva, pues, el delito continuado es una realidad ontológico-normativa, es decir, una unidad de conducta en sentido amplio que implica un proceso ejecutivo unitario, esto es, la realización fraccionada de una tipicidad única (por la intensificación de la lesión al bien jurídico y la unidad subjetiva). Además, ello implica no confundir la acción con la tipicidad.

(ii) Deben matizarse afirmaciones como la siguiente: “[s]in embargo, que la continuidad delictiva se considere por una decisión normativa un caso de

las formas autónomas según las cuales la materia de lesión se configura. La unidad legal de delito, en la forma de la continuación o de la complejidad, no es simplemente la suma de las figuras delictivas particulares, casi que se trata sólo de trasladar dentro de un ámbito ordenado uno más comprensivo, y dejando sustancialmente el todo inalterado, una materia que asimismo bien pudiera componerse en distintos tipos criminosos” (t/1). En sentido similar, SANZ MORÁN, *El Concurso...*, ob. cit., p. 201.

unidad típica de acción [...] no quiere decir que lo sea. Si no quiere reducirse la figura a la inutilidad debe considerarse que la unidad de acción por continuación constituye realmente un supuesto diverso del contemplado, esto es, un caso de plurales realizaciones típicas y el tipo en cuestión se mostró insuficiente para abrazar las plurales acciones”¹⁰⁶. En realidad, esta aseveración es poco compatible con aquella otra que considera al delito continuado como una unidad sustantiva y procesal; en este punto no se puede ser ambiguo: o se acepta que esta figura es una realidad jurídica u ontológico-normativa, o se admite que es una ficción jurídica pero no ambas al mismo tiempo; lo que no parece viable es mantener la base naturalística como regla rígida en la interpretación de la institución. Ello sólo implica confundir más la construcción en examen. Si se trata de una unidad ontológico-normativa, en ningún caso será un concurso de tipicidades, de hecho, por definición, lo excluirá.

En este sentido, la unidad normativa y subjetiva permite fundamentar el nexo de continuidad y, con ello, la penalidad única del delito continuado por el sistema de absorción agravada, como sucede en las legislaciones española o colombiana, o con base en el de la absorción, acorde con el modelo previsto en el CPM colombiano. Por ello, el acto parcial cuyo contenido de injusto resulte omnicomprendido de los otros será la base operativa para la aplicación de la pena, que será complementada por el incremento de injusto que implican los demás actos parciales; ello obedece a la aplicación de las reglas materiales de interpretación que rigen el aparente concurso de delitos en la configuración del delito único, sin que dichas reglas sean el único criterio de interpretación válido aplicable¹⁰⁷.

Esta es la diferencia entre el delito continuado y el concurso real, y es por ello —no por el criterio antidemocrático de la indeterminación de las

¹⁰⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 144.

¹⁰⁷ En este sentido, *ibidem*, pp. 66 y 67: “[t]ambién el delito continuado es contemplado por la teoría como supuesto de unidad típica de acción ampliada en forma extrema, y en consecuencia, como problema de concurso de leyes, pues el único hecho a que se reduce la pluralidad, fuera del caso de ataque a bienes personalísimos de diversos titulares, produce una sola realización típica cuando realiza repetidamente el mismo tipo penal, aunque admitiéndose cierta heterogeneidad en los tipos realizados y no excluyéndose expresamente la continuidad para determinados ataques a bienes personales, aunque se vean afectados diversos sujetos [...]”.

acciones—, que resulta procedente la acumulación material de las penas. Es más, la unificación normativa no supone una reiteración de tipicidades individuales o una progresión del mismo tipo penal desarrollada desde actos previos hasta la consumación: sino como una unidad final de conducta e infracción desde el punto de vista ontológico-normativo. Tampoco se puede olvidar que el concurso real exige, a diferencia del delito continuado, una pluralidad de acciones ontológicas independientes y no naturales sucesivas como partes del todo típico.

Por eso, el delito continuado no se observa desde una perspectiva *ex post* sino desde una panorámica amplia como para entender su verdadera naturaleza, más acorde con el concurso ideal que con el real. Incluso, a diferencia de aquellas teorías que sostienen la reducción ficticia o legal de la multiplicidad de infracciones homogéneas a un único delito, de tal suerte que de no ser posible aplicar el delito único pueda darse cabida al delito continuado para evitar el concurso real homogéneo de delitos¹⁰⁸, aquí se sigue la postura contraria, es decir, se sostiene que si no es posible acudir al delito único en el caso concreto —y entiéndase con ello también un delito continuado—, es lógico aplicar la normativa del concurso de delitos, ideal si subsiste la unidad de conducta o real si debe sancionarse en forma independiente una pluralidad de acciones u omisiones.

De hecho, el instituto en examen no solo posee una estructura dogmática propia, también tiene una penalidad distintiva basada en el concepto material de continuación, que obedece a sus propios desvalores de injusto y de culpabilidad. Desde la perspectiva asumida aquí, la unidad de conducta final y la unidad de realización típica son los elementos que satisfacen el mínimo de los requisitos necesarios para sostener que el delito continuado es una de modalidad más grave de delito único que cuenta, como una unidad desvalor ontológico-normativo compuesta por varios actos ejecutivos particulares —consumados o tentados—, con su propio y particular

¹⁰⁸ Así, PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 149: “[e]n otros términos, las diversas violaciones que, inmediata y subsiguientemente deberían de considerarse, desde un punto de vista normativo, cualitativamente idénticas y atribuibles a un sólo crimen, darán lugar, cuando por otros motivos no se pueda admitir un delito único, a un delito continuado” (t/l).

momento consumativo¹⁰⁹. Consumación que, además, posibilita la penalidad única y el tratamiento jurídico unitario por el que debe caracterizarse la institución, aspectos sobre los que luego se volverá. Lo más importante —y hacia allá deberá orientarse cualquier acuerdo doctrinario y jurisprudencial—, es que el delito continuado, sea como se llegue a él, constituye una unidad delictiva y sus efectos, de acuerdo con ello, sean regulados de modo consecuente por la ley penal.

¹⁰⁹ *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, “La terminación...”, *ob. cit.*, p. 90: “[...] la fase de consumación, que representa el momento en el que se reúnen todos los elementos que conforman el sustrato material requerido por los diferentes términos típicos de la correspondiente figura delictiva de la parte especial. En otras palabras, se produce la consumación cuando se satisfacen todos los presupuestos exigidos por el concreto tipo penal, de tal forma que la conducta realizada en el específico supuesto de hecho coincide con la representación abstracta que el legislador ha establecido previamente en el respectivo precepto penal”.

Capítulo Quinto

LOS ELEMENTOS DEL DELITO CONTINUADO (I)

A partir de la definición del instituto propuesta en capítulos anteriores, pueden indicarse al menos tres elementos cardinales sin los que no es posible erigir esta figura jurídica los cuales, a pesar de no existir unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de su contenido concreto, son los siguientes: En primer lugar, se requiere la existencia sucesiva (seriada) de varios actos homogéneos comisivos u omisivos parciales que configuren una unidad de acción en sentido amplio y una unidad relativa de tipo, realizados por uno o varios sujetos activos invariables —unidad del injusto objetivo de la acción—. Desde luego, un importante sector de la doctrina habla de hechos plurales ontológicos independientes, como se verá más adelante.

En segundo lugar, una relación de dependencia subjetiva entre dichos actos ejecutivos particulares, afincada en el plan criminal del agente, en un dolo unitario o en el aprovechamiento de una misma situación contextual —unidad de desvalor de acción personal—. Y, en tercer lugar, debe configurarse una unidad de afectación al mismo bien jurídico —unidad de desvalor de resultado—, como presupuesto necesario para la valoración social de una sola tipicidad jurídico-penal; en el último caso, por lo general se exige que el bien jurídico no sea de aquellos calificable como eminentemente personal¹.

¹ Para VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 162-164, el delito continuado tiene como elementos obligatorios: “a) La unidad de sujeto activo [...] b) La unidad de acción [...] c) La infracción de la misma disposición o de una semejante (unidad normativa relativa) [...] d) La unidad o pluralidad de sujeto pasivo [...] e) Que no se trate de ofensas a bienes jurídicos altamente personales, salvo el caso del sujeto pasivo único [...]. En cuanto al requisito subjetivo es indispensable la unidad de fin, pues el agente debe obrar con un dolo global o de conjunto, esto es, de conformidad con un plan comprensivo de los distintos actos particulares, determinándolos en líneas generales [...]” y como elementos accidentales se requieren “[...] medios o procedimientos semejantes [...] se deben aprovechar ocasiones idénticas [...] y una cierta conexión espacial y temporal [...]”. *Vid.* ESER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 226 y ss.; MEZGER y BLEI, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 309 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 443; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 585.

Entre tanto, la jurisprudencia del TRIBUNAL SUPREMO suele exigir los siguientes elementos para apreciar la construcción en estudio, consideradas las exigencias legales sobre la materia: (i) una pluralidad de “hechos” activos u omisivos diferenciables desde la perspectiva ontológica, realizados en una conexión espacial y temporal razonable (no autónomos) y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales [SSTS 825 del 16.07.2009 (RJ. 5272-2009), 732 del 07.07.2009 (RJ. 4587-2009), 667 del 05.11.2008 (RJ. 2008-6095), 667 del 05.11.2008 (RJ. 2008-6095),²]; (ii) una unidad de designio o propósito que revele un dolo unitario (unidad de propósito y resolucón) en cuya virtud se reúnan los distintos actos (acciones en sentido naturalístico) como diversos episodios que reflejan de forma fragmentaria una sola y única ejecución de un plan o programa preconcebido o el aprovechamiento de idénticas ocasiones [STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), 218 del 02.03.2006 (RJ. 2006-1047), 1088 del 06.11.1995 (RJ. 1995-8729), 03.03.1994 (RJ. 1994-1768)]; (iii) una homogeneidad y unidad de supuesto de hecho penal violado o de tipos muy próximos, así como una homogeneidad de técnica comisiva u omisiva «modus operandi» [STS 218 del 02.03.2006 (RJ. 2006-1047), 1242 del 03.10.2005 (RJ. 2006-3328), 820 del 23.06.2005 (RJ. 2005-4147) y 1103 del 11.06.2001 (RJ. 2001-10315)]; (iv) una identidad del sujeto o sujetos activos en todas las acciones parciales [STS del 12.07.1985 (RJ. 1985-4069)], e identidad de sujeto pasivo cuando se vulneren bienes jurídicos

² Cfr. las SSTS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), 218 del 02.03.2006 (RJ. 2006-1047), 1242 del 03.10.2005 (RJ. 2006-3328), 820 del 23.06.2005 (RJ. 2005-4147), 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580), 18.12.1987 (RJ. 1987-9797), 19.10.1992 (RJ. 1992-8346) y 04.07.1991 (RJ. 1991-5529). Una síntesis adecuada en la STS 825 del 16.07.2009 (RJ. 5272-2009): “Siendo así concurrirían en su actuación los requisitos exigidos por la jurisprudencia (vid STS. 24.4.2004), para la apreciación del delito continuado: a) Pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; c) Realización de las distintas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) Unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; e) Unidad de sujeto activo; f) Homogeneidad en el «modus operandi» por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines. / En definitiva "el factor homogeneizador viene determinado principalmente por el elemento que gira en torno a la unidad de designio que mueve la voluntad del sujeto activo, pudiéndose establecer, sin lugar a dudas, que todas y cada una de las actuaciones separadas son el producto de una deliberada y reflexiva planificación" (STS. 24.2.2000)”.

“eminentemente personales”; y v) una identidad de bienes jurídicos atacados que no tengan naturaleza eminentemente personal, salvo aquellos que de forma expresa sean permitidos por la ley penal [SSTS 218 del 18.02.2004 (RJ. 2004-2894) «Timo del Nazareno³»; 1962 del 2003 (RJ. 2004-2776); 1569 del 24.11.2003 (RJ. 2003-9463); STS 1749 del 21.10.2002 (RJ. 2002-9131) y STS 1020 del 10.02.1997 (RJ. 1997-1550)].

A su turno, la CSJ de Colombia exige: (i) un componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor o por el designio unitario; (ii) el despliegue de multiplicidad de comportamientos de acción u omisión, reconducible en algunos pronunciamientos a una unidad de acción en sentido jurídico; y (iii) la identidad del tipo penal afectado con tales comportamientos [CSJ PENAL, auto del 25.06.2002, e17089, E. LOMBANA]⁴, siempre y cuando no se afecten bienes jurídicos eminentemente personales. Estos tres elementos: (i) el aspecto objetivo de continuidad ejecutiva, (ii) el aspecto subjetivo de unificación y (iii) el aspecto valorativo-social de integración normativa típica, estructuran lo que la doctrina llama el «nexo de continuidad». Como es evidente, este concepto jurídico-sustantivo entendido como la posibilidad de predicar esta especial forma de realización del tipo penal, no es solo una noción formal sino material, compleja y muy rica desde el punto de vista dogmático y político-criminal, que denota la unión jurídica que expresan las partes del continuo o aquella cualidad o

³ Vid. STS 1962 del 2003 (RJ. 2004-2776), define esta modalidad delictiva como aquella que consiste en negocios civiles que entran en el ámbito del Derecho penal y que se caracterizan porque el autor oculta de manera engañosa o fraudulenta su propósito previo de incumplimiento de las obligaciones contraídas con los sujetos pasivos; STS del 10.03.1994 (RJ. 1994-2120); CSJ PENAL, sent. del 07.10.2008, e28538, Y. RAMÍREZ: “[c]uando se desborda el ámbito del derecho civil porque no se trata de un simple incumplimiento contractual, sino que precisamente un negocio jurídico es utilizado para defraudar patrimonialmente a una de las partes contratantes, pues fruto del error derivado del ocultamiento se encubre la realidad para motivar a la víctima a la realización del negocio, que no se pactaría en el evento en que se conocieran las circunstancias encubiertas, y se afecta su patrimonio económico con el consecuente provecho de la enajenante, se está ante un delito de estafa, que por la cuantía en el presente asunto debe calificarse como agravada”.

⁴ En sentido similar *cf.* CSJ PENAL, sent. del 26.09.2002, e12530, que exige como requisitos del delito continuado, los siguientes: “a) un componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; b) el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y c) la identidad del tipo penal afectado con los tales comportamientos”; CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383 y auto del 25.06.2002, e17089.

condición de las funciones o transformaciones continuas, por lo que concierne a la lesión o el peligro de bienes jurídicos que admiten afectaciones de naturaleza progresiva.

Desde luego, los elementos del delito continuado dependerán de la legislación penal que regule la figura. Por ejemplo: algunas codificaciones como la colombiana de 2000, parágrafo del Art. 31 del CP y CPM, Art. 32, asumen una postura unitaria mixta (objetivo-subjetiva). Otras, como la italiana de 1936 (mod. 1974), Art. 81, párr. 2.º, subrayan una dirección en la que prevalecen componentes subjetivos; y, finalmente, otras legislaciones como la española de 1995, Art. 74 mod. LO 15/2003, acogen posturas tendentes a lo objetivo u objetivadas, sin perder de vista algunos elementos subjetivos. Desde luego, sin perjuicio de las diferentes elaboraciones teóricas sobre el tema, lo cierto es que en la actualidad la teoría del delito continuado se construye con base en elementos objetivos y subjetivos, aunque la diferencia entre unas y otras radica en el énfasis o en la relevancia legislativa que se le dé a los elementos tradicionales en la estructura del nexo de continuidad. Véanse a continuación los elementos o exigencias expuestos por la doctrina moderna en esta materia.

I. EL ASPECTO OBJETIVO DE LA CONTINUIDAD EJECUTIVA.

A. UNIFORMIDAD DE SUJETO ACTIVO. La doctrina y la jurisprudencia han aplicado de forma pacífica el delito continuado cuando existe uniformidad de sujeto activo que, referida al concepto de actuación continua, suele ser confundida con la «unicidad de sujeto activo». Ahora bien, en relación con esta exigencia, en primer lugar, es necesario que el sujeto actué de principio a fin y con dominio del hecho o la voluntad, en todos los actos seriados⁵ que conforman la unidad de acción comisiva u omisiva continuada —unidad de acción en sentido amplio—, hasta completar el dolo global o lograr el plan preconcebido [SSTS 1569 del 24.11.2003 (RJ. 2003-9463); 24.01.2002 (RJ. 2002-4630); STS 1749 del 21.10.2002 (RJ. 2002-9131); 09.04.2001 (RJ.

⁵ Así, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 215 y ss.

2001-2119); 20.11.1995 (RJ. 1995-8420); 14.02.1994 (RJ. 1994-1280); 10.01.1994 (RJ. 1994-2120); 07.06.1992 (RJ. 1992-6142); 23.11.1992 (RJ. 1992-9503); 04.06.1991 (RJ. 1991-5529)]. Sólo cuando se constate dicha uniformidad o identidad de los sujetos activos, será posible acreditar la unidad del elemento subjetivo en la ejecución particular de los actos seriados que congloba el delito continuado⁶ (el mismo autor o coautores, con la misma clase de dolo o “culpabilidad”).

Como es lógico, lo dicho no significa que el sujeto activo deba ser único, es decir, que sea equivalente a una persona física única⁷, pues ello impediría la posibilidad de castigar aquellas hipótesis de delito continuado en las cuales los actos seriados (que estructuran la unidad de acción en sentido amplio), sean realizados de manera uniforme por el sujeto activo a título de autoría mediata (dominio de la voluntad sobre uno o varios instrumentos que ejecutan los actos parciales) o en coautoría (dominio funcional del hecho), como se verá más adelante.

En realidad, el concepto de pluralidad de sujetos no es extraño al diseño conceptual del delito continuado en la modernidad [CP, Art. 29, incs. 1.º y 2.º]. Resulta ilustrativa en este sentido la STS 76 del 31.06.2006 (RJ. 2006-490), al precisar que “[e]n el último apartado de ese fundamento de derecho 3º de la sentencia 462/2003 que acabamos de reproducir queda claro que en estos casos hay una falta de homogeneidad en las dos conductas de penetración vaginal aquí examinadas en cuanto al modo de actuación de los cuatro procesados y el quinto cooperador ausente de este procedimiento, al haber sido distinto el autor material en cada una de esas dos agresiones sexuales. No podemos olvidar que la construcción del delito continuado se hace para cuantificar la responsabilidad criminal de una persona a la que se atribuyen determinados hechos cometidos por ella misma. También es aplicable a los casos de coautoría, como podría ser el aquí examinado, pero ello sólo cuando la homogeneidad de las acciones lo permita, lo que no

⁶ Vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 106.

⁷ Esta confusión se observa en la STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), en la que se requiere: “[...] e) Identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador, lo que es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad”.

ocurre cuando hay diversidad en la persona del autor material” (subrayado por fuera del texto original).

En segundo lugar, es indispensable que el sujeto —autor o coautores— actúe con la misma calidad sustantiva en todos los actos del proceso ejecutivo unitario continuado, tal y como lo exige el principio de unidad de imputación⁸. Por ello, resulta insostenible el nexo de continuidad y, con ello, la identidad objetiva de la infracción, cuando: (i) el sujeto actúa como autor en unos actos y partícipe (cómplice o cooperador necesario durante la ejecución) en otros, porque no existiría homogeneidad de realización, ni resultan equivalentes los dolos de autor y partícipe⁹. Cosa distinta sería que el sujeto actuase de manera simultánea en todos ellos como autor y partícipe (concurso aparente), caso en el cual se aplicaría sin dificultad el principio de subsidiariedad tácita. Y (ii), cuando el sujeto obre como autor inmediato en unos actos y como autor mediato o coautor en otros, toda vez que se quiebra la exigencia de homogeneidad del *modus operandi* entre los actos parciales¹⁰, aunque se conserve la calidad de autor en todo el proceso ejecutivo. Lo dicho es válido, con independencia de que el mismo autor realice la continuación delictiva con el auxilio, determinación, cooperación o ayuda de distintas personas en la ejecución de los actos seriados¹¹.

B. UNIDAD O PLURALIDAD DE ACCIONES. Esta exigencia es una de las más discutidas en la historia de la figura dogmática, al punto de que las legislaciones y la doctrina moderna se hallan divididas al ocuparse del asunto. Por ejemplo, la legislación penal colombiana señala que el delito

⁸ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 497; *id.*, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 35; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 433; TOMÁS TÍO, “Delito...”, *ob. cit.*, núm. 39, p. 126; CASTIÑEIRA PALOU, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 89.

⁹ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 35 y 36: “[n]o es, pues, posible la continuidad entre *acciones de partícipe* y *de autor* pues éste exige que la intervención en la infracción se lleve a cabo al mismo título”; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 401.

¹⁰ En contra: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 402: “[...] no se excluirá la identidad objetiva y subjetiva cuando concurren acciones de autor y de coautor —dominio funcional del hecho— o de autoría mediata, pues no debe excluirse la continuidad por la circunstancia de haberse valido el autor de un instrumento para la ejecución del hecho”.

¹¹ En la doctrina mayoritaria, ANTÓN ONECA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 463; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 153; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 106; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 249 y 400; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 35.

continuado está configurado por una unidad de ejecución en sentido amplio [CPM, Art. 32 “hecho punible unitario o continuado”], como presupuesto material que se fragmenta en varias acciones u omisiones naturales parciales, vinculadas por el mismo supuesto de hecho típico desde el punto de vista objetivo y subjetivo —dolo global o unitario—. A su turno, la legislación española considera que el delito continuado se presenta cuando se realizan varias acciones u omisiones en sentido naturalístico¹² [CPE, Art. 74], las cuales son calificadas por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias como independientes desde el punto de vista ontológico —típicas, antijurídicas y culpables—, al definir la continuación como una ficción derivada del concurso de delitos. Para la doctrina moderna, estas múltiples acciones ontológicas se podrían reconducir a una unidad jurídica de acción, como ampliación de la unidad natural de acción.

Por ello, nada impide considerar tal independencia como un requisito eventual no imperativo o de naturaleza doctrinal en virtud del cual es posible entender que, si bien la ejecución del delito supone una fragmentación en varios actos comisivos u omisivos ontológicos (en sentido puramente natural), ello sólo obedece a la estructura del presupuesto jurídico-material de la continuación (la naturaleza del hecho), es decir, a un proceso ejecutivo en sentido amplio que puede consistir en una unidad de acción ontológico-normativa o jurídica.

Ahora bien, resulta importante señalar las principales tendencias teóricas sobre el particular. En primer lugar, se pueden advertir aquellas concepciones causales y normativas que definen el delito continuado como una pluralidad de acciones u omisiones ontológicas independientes que causan una pluralidad de infracciones delictivas a la ley penal, unificadas desde el punto de vista punitivo —*ope legis*— mediante una ficción jurídica para lograr ciertos efectos prácticos, cuya base común es un elemento subjetivo que le otorga sentido a la valoración global de la identidad

¹² También, exigen pluralidad de conductas: CP MÉXICO, Art. 17, III; CP ITALIA, Art. 81.2. CP PORTUGAL, Art. 30.2; CP GUATEMALA, Art. 71; CP HONDURAS, Art. 37; CP NICARAGUA, Art. 83; CP EL SALVADOR, Art. 42; CP PUERTO RICO, Art. 80; CP COSTA RICA, Art. 77; CP PANAMÁ de 2007, Art. 85; CP BRASIL, Art. 71 y CP URUGUAY, Art. 58. A su turno, CP COLOMBIA, Art. 31 (una o varias); CP VENEZUELA, Art. 99 y CP PERÚ, Art. 49, hablan de varios actos ejecutivos, no de una pluralidad de acciones.

objetiva del comportamiento delictivo —unidad de designio criminal—. En sentido estricto, entonces, el delito continuado no sería más que un concurso real de delitos que, a partir de una cuestionable regla punitiva *sui generis*, desnaturaliza y permite derogar la aplicación de las reglas concursales¹³, exigencia que oscurece todavía más las hipótesis delictivas precedidas por una unidad de acción en sentido amplio, como unidades típicas o jurídicas de acción: el delito permanente.

Desde un punto de vista material, las teorías de la ficción estructuran la unidad de acción continuada por reducción, ello es, por existir diversas acciones naturalísticas delictivas autónomas y seriadas —en sentido jurídico—, éstas se reconducen a una unidad ficticia única sólo para efectos punitivos. Por tal razón, REYES ALVARADO¹⁴ invierte el argumento y afirma que es por el hecho de mantener el supuesto equivocado de que el delito continuado es una ficción, lo que lleva a la doctrina a configurar este supuesto como una pluralidad de acciones.

En segundo lugar, subsisten aquellas posturas que definen el delito continuado como una “unidad jurídica de acción”¹⁵ en el sentido de la teoría

¹³ Así, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 558; BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 709, quienes advierten que no se trata de una acción unificada sobre la base de una interpretación social-valorativa, pues ello finalmente no es una pluralidad de acciones; PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 74; DELITALA, “In tema...”, *ob. cit.*, p. 192; RIZ, *Lineamenti...*, *ob. cit.* p. 136; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 796; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 693; GÓMEZ MÉNDEZ, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 36: “el delito continuado no es más que una especie del concurso material de tipos, y concretamente, del concurso sucesivo y homogéneo. La única diferencia existente, es la del nexo psicológico que une las distintas conductas del agente, constitutivas, cada una de ellas, de una verdadera violación legal. Para desnaturalizar el concurso, el legislador hubo de recurrir a una “ficción” que solo se justifica por razones penológicas”; REYES ECHANDÍA “El problema...”, *ob. cit.*, pp. 621 y ss.

¹⁴ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 196.

¹⁵ Cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Strafrecht...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 418 (*Derecho*, pp. 533 y ss.); MEZGER, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 369; SOWADA, “Probleme...”, *ob. cit.*, p. 248; WARDA, “Grundfragen...”, *ob. cit.*, p. 85; BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, p. 430; CHOCLÁN MONTALVO, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 128: “[...] por virtud del delito continuado una repetición de acciones u omisiones de equivalente significación penal, llevada a cabo por un mismo sujeto que, en virtud de similares circunstancias favorecedoras, se presenta unas como continuación de las otras, se consideran, por decisión normativa, un solo hecho en sentido jurídico, que adicionalmente puede conllevar una sola realización típica (unidad de norma penal lesionada) o varias (concurso ideal) dependiendo del carácter, personalísimo o no, del bien jurídico lesionado por cada acción”; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 670; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 46 y 47; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 431. También, aunque exigen que el autor realice diversas acciones naturales con

del concurso de tipos [STS del 22.05.2001 (RJ. 2001-5146) y CSJ PENAL, sent. del 20.02.2008, e28880, Y. RAMÍREZ¹⁶]. Así, la figura en estudio sería un caso de pluralidad de acciones u omisiones homogéneas — equivalentes— y seriadas que, con ocasión de circunstancias favorecedoras similares, permiten ser encuadradas desde el punto de vista jurídico como una unidad de acción especial ampliada de manera cuantitativa por el sentido del tipo penal infringido, que expresa una sola infracción jurídico-penal contra el bien jurídico tutelado. Dicho encuadramiento solo es posible cuando las conductas tengan una razonable conexión temporal, espacial, objetiva y motivacional. Se trata, pues, de una unidad de acción que comienza donde terminan las hipótesis de unidad de acción típica formal o natural (única) en sentido estricto.

Ahora bien. Desde el punto de vista legislativo, tanto en Italia [CP, Art. 81, inc. 2º] como en España [CPE, Art. 74 mod. LO 15/2003], la continuación requiere la existencia de “una pluralidad de acciones u omisiones”. Según la jurisprudencia más reiterada, se trata de una multiplicidad de hechos diferenciales desde la perspectiva ontológica que no hayan sido sometidos a enjuiciamiento y sanción por el órgano jurisdiccional [SSTS 218 del 18.02.2004 (RJ. 2004-2894); 357 del 19.03.2004 (RJ. 2004-1848); 1569 del 24.11.2003 (RJ. 2003-9463) y 1316 del 10.07.2002 (RJ. 2002-7450)].

Por ello, algún sector de la doctrina española sostiene que el Art. 74 acoge una teoría material de unificación jurídica que supone una unidad de acción ampliada desde el ángulo jurídico, configurada por distintas acciones

una voluntad global o conjunta de ejecución (dolo global), BRODAG, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 163; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 363; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 714, 715 y 716 (*Tratado*, pp. 769 y 771-772); KINDHÄUSER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 361; KÖHLER, *Strafrecht, ob. cit.*, p. 689; KRATZSCH, “Die fortgesetzte...”, *ob. cit.*, p. 181; MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 389 y 390; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 293; CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e17151: “[...] se está en frente a un delito continuado cuando el autor en desarrollo de un plan preconcebido, con la misma proyección final de la conducta, realiza varias acciones u omisiones que afectan un bien jurídico que admite graduación, que de analizarse separadamente podrían adecuarse típicamente como la reiteración del mismo precepto penal [...]”; y CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383.

¹⁶ Dicha providencia señala: “De otro lado, el delito continuado presupone la unidad de conducta, en el sentido final y normativo o jurídico penal, aunque desde el punto de vista físico o natural puedan individualizarse varios movimientos que a su vez parezcan coincidir repetidas veces con la misma descripción típica”.

fisiológico-causales, cada una de las cuales es una reiteración naturalística independiente del mismo tipo de delito, todo lo cual permite afirmar la existencia de varios delitos diferentes realizados en un mismo espacio y de manera temporal próxima¹⁷. Por ello, cuando opera la unificación jurídica, la construcción en estudio supone —en principio— una verdadera unidad sustantiva y procesal que sólo por excepción desplaza el concurso real de delitos; sólo en los casos en los cuales los diversos actos sean reductibles a una unidad de acción, mediante una autorización legal expresa —típica—, se podría vincular el delito continuado con el concurso ideal homogéneo de tipos que protege bienes jurídicos “eminentemente personales”.

Desde luego, afirmar que la continuación constituye una tradicional subespecie del concurso real de tipos, acarrea una contracción sustancial del ámbito operativo¹⁸ y del delito continuado mismo, que niega cualquier vínculo directo entre éste y el concurso ideal, incluso cuando ambas figuras tengan en común una unidad de acción natural u ontológico-normativa en sentido estricto. También, implica un coste político-criminal porque supone negar que el instituto en estudio abarque las hipótesis de unidad de acción y varias tipicidades reductibles a un injusto único. Esa postura parece injusta, pues una multiplicidad de tipicidades realizada por una pluralidad de conductas puede ser sancionada como un *delito único continuado*, mientras

¹⁷ La STS 532 del 19.05.2003 (RJ. 2003-4454), sostiene: “[e]l delito continuado se regula hoy en el artículo 74 CP sobre la base de reconocer jurídicamente la existencia de una sola acción delictiva, aunque descompuesta en distintas acciones, siempre que la ejecución de éstas obedezca a un plan preconcebido o se aproveche el autor de idéntica ocasión, se ofenda a uno o varios sujetos, e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza”. A pesar de considerar que el delito continuado es “una unidad delictiva”; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 72, considera que “la utilización del término «acción u omisión» en el delito continuado no se entiende en el de la acción en sentido natural, sino como acción típica, antijurídica y culpable”. Por eso, CHOCLÁN MONTALVO, *Delito...*, *ob. cit.*, pp. 186 y 187, asevera que “[...] lógicamente ello no quiere decir que además aquella pluralidad de acciones no deba determinar más concretamente varias acciones típicas, pues, es de esencia a la acción continuada que se realice el supuesto de hecho de varias realizaciones del tipo legal y que cada hecho principal, en su singularidad, realice completamente un tipo penal. Por ello cada una de las acciones ha de constituir por sí misma una violación de la norma penal”.

¹⁸ *Cfr.* TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 132; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 37, indica: “la situación fáctica a la que se aplica el delito continuado es idéntica a la que da lugar a la aplicación de las normas del concurso real; con ello se quiere poner de relieve que lo que realmente se está exigiendo, cuando se habla de pluralidad de acciones, es una pluralidad de delitos”. Con lo cual, no sería posible entender como delito continuado los casos en los cuales una acción da lugar a dos o más delitos.

que un sinnúmero de tipicidades originado por una unidad de acción podrá ser penado como un concurso ideal tipos, aún cuando medien los requisitos legales de la continuación delictiva, con inclusión de la posibilidad de reconducir las afectaciones producidas por los actos parciales seriados a un injusto unitario, mediante la interpretación del tipo”, como si se tratara de una unidad de acción natural o una unidad de acción en sentido estricto.

Así las cosas, consagrada la hipótesis de una pluralidad de hechos e infracciones penales, cierto sector de la doctrina advierte que no parece adecuado aceptar: (i) que el Art. 74 sólo admita acciones ónticas “independientes” —concepto naturalista de la acción continuada— [STS 709 del 28.03.1994 (RJ. 1994-2604)], pues si se acoge lo más (multiplicidad) se debe acceder a lo menos (unidad). Y (ii) negar cualquier posibilidad de abarcar hipótesis precedidas por un único proceso ejecutivo¹⁹ —unidad de acción jurídica u ontológico-normativa—, en el que concurren varias acciones u omisiones ontológicas seriadas, unidas desde el punto de vista normativo por un mismo elemento subjetivo final, por la valoración del tipo penal y el bien jurídico correspondiente.

Desde luego, se trata de un mismo proceso ejecutivo ideado con antelación —en términos generales por el autor—, en el cual cada acto tiene su propia sustantividad, sin estructurar una tipicidad diferente. No en vano, autores como COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN indican que la exigencia de una pluralidad de acciones u omisiones “no atiende a la esencia racional del delito continuado”²⁰. También, en STS 2 del 15.10.1999 (RJ. 1999-7176), el TS expone: “[a] los efectos de la determinación de la pena es preciso decidir en primer lugar la cuestión de la unidad o pluralidad de las acciones descritas en los hechos probados. Aun siendo plurales, la Sala entiende que se trata de un delito continuado [...]” (Subrayado por fuera del texto original).

¹⁹ Así, PASCUALE CURATOLA, “L’unità D’azione nel reato continuato”, en *SP*, 1950 N.S. 4, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 86 y 87 cita núm. 15 y 90; ZAGREBELSKY, *Reato continuato ob. cit.*, p. 91: “[...] en el artículo 81 incisos 1.º y 2.º CP, la llamada a unidad o pluralidad de acciones u omisiones está referida a la unidad o a la pluralidad de procesos ejecutivos, en la forma de la acción o en aquella de la omisión” (t/1).

²⁰ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 786.

Además, repárese en que ninguno de los dos cuerpos normativos aludidos (CP colombiano y español) exige de forma expresa la «independencia» de dichas acciones para configurar la institución normativa tal y como se requiere para el concurso real, por lo cual dicha equiparación es extensiva para configurar un concurso real sucesivo y homogéneo de tipos. Una postura contraria implicaría: i) olvidar que el CPE emplea la locución “hecho” en un sentido general, de tal suerte que no existe tampoco una pre-configuración ontológica del sentido de la expresión «hecho», de la cual se desprendan las consecuencias que desea un determinado sector de la doctrina o de la jurisprudencia²¹. Y, ii), que la antigua relación: multiplicidad de acciones-un único delito, hoy resulta equivalente (en el plano valorativo) a una unidad de acción (jurídica o en sentido amplio) y una única infracción, como sucede en los casos de delitos permanentes, colectivos, de organización, etcétera.

En fin, la estructura unitaria de la acción continuada no tendría porque suscitar verdaderos problemas, si se entiende que no sólo las diversas fórmulas legales unifican varias acciones u omisiones “complejas” en una unidad jurídico-sustantiva de ejecución —unidad de conducta en sentido jurídico— sino, también, que el enjuiciamiento del delito continuado implica considerar todas las actividades parciales homogéneas unificadas como un presupuesto material indispensable para legitimar la mayor penalidad de la continuación sobre el delito base y la menor o igual punibilidad frente al concurso de tipicidades. Como lo afirma VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “[...] no es absolutamente cierto que el “delito continuado” suponga siempre una “pluralidad de conductas”, por el contrario: debería concluirse que en esta modalidad delictiva se está ante verdaderos casos de

²¹ Recuérdese que el TS no siempre ha exigido una pluralidad de acciones como sucede, por ejemplo, en la STS 532 del 19.05.2003 (RJ. 2003-4454): “[e]l delito continuado se regula hoy en el artículo 74 CP sobre la base de reconocer jurídicamente la existencia de una sola acción delictiva, aunque descompuesta en distintas acciones, siempre que la ejecución de éstas obedezca a un plan preconcebido o se aproveche el autor de idéntica ocasión, se ofenda a uno o varios sujetos, e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza [...]”]; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 26.

acción única con pluralidad de actos ejecutivos que es, justamente, lo postulado por un consecuente concepto final de acción”²².

En tercer lugar, subsisten aquellas posturas que definen el delito continuado como una modalidad especial y real de ejecución del tipo penal, como lo indica el texto del CPM, Art. 32, al indicar que él supone que “[...] la ejecución del hecho punible se fragmente en varias acciones u omisiones [...]”. Ello es, se trata de una unidad de conducta final como presupuesto material²³, compuesta por diversos actos ejecutivos parciales homogéneos seriados que, a partir de un elemento subjetivo total y mediante la interpretación formal y material del tipo, quedan cobijados en su significación penal como un único proceso ejecutivo conjunto fraccionado, causativo al tiempo de una sola infracción a la ley penal por intensificación del injusto material (desvalor de resultado único).

En realidad, materialmente se daría una unidad de acción natural ampliada en cámara lenta²⁴; una sola tipicidad mediante la cual un mismo bien jurídico es ofendido (lesionado o puesto en peligro) en forma progresiva en pequeñas series homogéneas, configurando un injusto unitario y una sola culpabilidad. Sobre el particular, la CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e1715, A. GÓMEZ y E. LOMBANA, expresó: “[...] el delito continuado presupone la unidad de conducta, en el sentido final y normativo o jurídico penal, aunque desde el punto de vista físico o natural puedan individualizarse varios movimientos que a su vez parezcan coincidir repetidas veces con la misma descripción típica. [...] unidad de conducta final a la que corresponde una

²² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, ob. cit., p. 123, al comentar la [CSJ PENAL] sent. del 03.12.1996, e8874, C. GÁLVEZ, referida al delito de estafa. R. MARINELLI et. al, “Reati continuati –Valore rilevante- Si deve determinare in relazione alle singole azioni”, Corte di Cassazione, 25 gennaio 1934 (XII), Sez. I Pres. e Rel. De Ficch. P.M. Santori, en *RIDP*, 6/1 1934, Padova, Cedam, 1934, pp. 379 y ss.

²³ Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, ob. cit., pp. 497 y 498; *id.*, *Derecho...*, ob. cit., pp. 995-996: “[s]e ha dicho que este instituto requiere una pluralidad de acciones u omisiones —aunque ello no significa, necesariamente, que se tenga que optar por la tesis de la unidad jurídica de acción—; no obstante, si se asumen las concepciones realistas se debe admitir que éste es un caso de verdadera unidad de acción final, pues los diversos actos o hechos —comisivos u omisivos—, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución del actuar punible, conforman una sola conducta llevada a cabo en un determinado contexto social y animada por un propósito también único”.

²⁴ Vid. HAFT, *Strafrecht...*, ob. cit., p. 283.

sola desvaloración jurídica incrementada, porque la reiteración del comportamiento no es sinónimo de una nueva incursión en el tipo penal, como si se tratara del concurso, sino que significa un aumento del contenido injusto de la misma conducta final, tomada como un todo; de ahí que, en ocasiones, coincide con el aumento de la culpabilidad por mayor reproche y se reflejará en la determinación de la pena”.

Por ello, la conexión de los diversos actos parciales radica en la unidad ontológico-normativa y no en la conexidad temporal o en la incidencia de cambios exteriores en la ejecución sucesiva del delito, pues como sucede en el aparente concurso de tipos, en el delito continuado se da una aparente adecuación de tipicidades conectadas por una unidad de conducta final en sentido amplio, según el plan previo, que cambia cuando se concluye que cada acto parcial seriado supone —desde la perspectiva valorativa— una progresión de la lesión total del mismo bien jurídico que conforma una única tipicidad y un injusto unitario²⁵. Esta progresión, adviértase, no significa que una tipicidad interfiera a las demás en aparente relación de horizontalidad, sino que el tipo comprensivo de la acción parcial más grave y el resultado total forman, por completo, el desvalor de los demás actos parciales, siempre que la naturaleza del bien jurídico tutelado no obligue a considerar diversas tipicidades en concurso ideal homogéneo de tipos.

En estos casos, el criterio rector será la orientación teleológica del acoplamiento en serie de los diversos actos parciales de acuerdo con el plan del autor. Es decir, una sola manera de actuar que no tiene la capacidad de convertir una acción en varias independientes (concurso real), sino de unificar la tipicidad o configurar la unidad de infracción penal. Desde luego, un importante sector de la doctrina critica esta teoría al asegurar que es

²⁵ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 553-559: “[...] se presenta cuando el agente realiza diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia (nexo de continuación) y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final; en otros términos, se trata de una forma especial de realizar determinados tipos penales mediante la reiterada ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares. Así las cosas, pese a que en apariencia cada uno de los actos parciales representa, de por sí, un delito consumado o intentado, todos ellos se valoran de manera conjunta como una sola conducta ontológica y normativamente entendida —por ende, como un solo delito— para lo cual se debe partir de una concepción social—final de la acción humana”; WESSELS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 231 y 232.

inadmisible apelar a la unidad de conducta ejecutiva en la teoría del delito continuado, porque resulta absurdo penar tal situación como si se tratara de una acción única, cuando “de hecho” no lo es²⁶. Tal crítica, por supuesto, no es del todo afortunada, por varias razones:

Primero. No se puede olvidar que desde el punto de vista estructural no es lo mismo una “acción única” que una “unidad de acción” y que existen muchas modalidades de delito único que, “de hecho”, no sólo comportan una multiplicidad de acciones u omisiones naturales que el legislador castiga como una unidad de acción desde el punto de vista ontológico-normativo, sino que también conllevan distintas penalidades sin que sea absurdo —por ello— distinguirlas entre sí, porque no es lo mismo aplicar un delito simple que uno complejo, o uno permanente que otro continuado, así todos sean diferentes modalidades de delito único, en distinto grado.

Segundo, el hecho de penar una unidad de conducta como delito continuado no es un asunto que concierne sólo a lo que “sea de hecho”, sino también a lo que “sea de derecho”, porque si se tratase de castigar los supuestos sólo con base a lo que “algo” sea en el mundo ontológico —a los meros “hechos”— con olvido del factor normativo, se asumiría de forma paradójica una teoría puramente causal en el ámbito de la unidad y pluralidad de conductas; al efecto, recuérdese que el concepto de hecho es más amplio que el de conducta o acción. Semejante posición sí sería absurda, como lo prueba el hecho de que dichos autores la rechazan de plano; por supuesto, con dicho punto de partida se pretende minimizar desde el punto de vista jurídico la finalidad del agente en el ámbito de la estructura de la continuación delictiva, considerados los complejos problemas probatorios que ella suscita en la práctica judicial.

²⁶ En contra: CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 45; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 194: “[l]a idea según la cual la acción constituye en sí misma una realización típica, nos lleva a rechazar el entendimiento del presupuesto objetivo del delito continuado como actos sucesivos de la consumación de la idea criminal, esto es, como infracciones de un proceso consumativo, idea ésta que tradicionalmente ha llevado a la jurisprudencia a no deslindar claramente la unidad y la pluralidad de acciones”. En realidad, es todo lo contrario: es la idea tradicional de la pluralidad de tipicidades la que ha oscurecido la autonomía de la continuación como unidad jurídica, pues su base es ontológica (pluralidad de acciones naturales independientes).

Y, tercero, no se puede desconocer que estos expositores sustentan una teoría para la que, en realidad, importa muy poco lo que “sea de hecho”, pues el énfasis de su construcción —que por cierto es ideal—, reside en la cantidad de ofensas materializadas contra el bien jurídico y no, en verdad, en el número de acciones e infracciones que las causan. Es más, debe recordarse que a ellos sólo les interesa la acción como material ontológico de la pluralidad de infracciones que, en virtud de la valoración normativa, es reconducida a una sola infracción o a una penalidad única por razones político-criminales discutibles.

Para culminar, en cuarto lugar, existen teorías mixtas para las cuales el delito continuado puede comportar eventos de unidad ontológico-normativa de acción y casos de unidad jurídica de acción²⁷; en fin, en esta materia la doctrina explica la naturaleza de la figura según el alcance que quiera y esté dispuesta a aceptar —o sea capaz de aplicar al caso concreto—, en relación con los actos que pueden configurar la unidad por continuación.

Ahora bien, cuando se menciona la voz unidad por continuación según la definición adoptada en el texto, se señala la existencia real de una figura delictiva unitaria, caracterizada por un nexo de continuidad o dependencia, esto es, una forma de realización seriada o progresiva de la conducta proyectada por la unidad de fin del autor, cuya estructura y naturaleza implican, además de la unidad de acción en los términos expuestos, una integración normativa típica —un injusto material unitario—. Por supuesto, sólo es posible hacer tal distinción desde un punto de vista metodológico porque, en definitiva, la esencia de la continuación es la de ser una unidad delictiva como forma de realización del mismo tipo penal infringido y de vulneración de similar bien jurídico tutelado²⁸.

²⁷ Así, WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 226 y ss. (*Derecho*, pp. 268 y ss.), quien admite como delito continuado, por un lado, casos de unidad de acción que requieren un dolo común unitario y de la misma naturaleza que dote de sentido los actos desde el comienzo, la homogeneidad de los actos particulares y un injusto unitario; y por otro, casos de unidad jurídica que necesitan el aprovechamiento de la misma oportunidad o de la misma relación permanente, homogeneidad de los actos individuales, de las situaciones externas y de la motivación del autor.

²⁸ En fin, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 161, sostiene: “[...]siempre se coincide en que el delito continuado supone el desarrollo de unas conductas que aun cuando pudieran ser encasilladas individualmente como delitos autónomos son consideradas por el

De este modo, gracias al primer elemento del delito continuado se dilucida como prognosis, si los diversos actos ejecutivos parciales pueden ser comprendidos final y socialmente como una unidad de conducta seriada o un proceso ejecutivo unitario —objeto de valoración—, coincidentes con el contexto de acción u omisión que denota la unidad relativa de tipo, con lo cual se anula la valoración autónoma de las realizaciones simples, naturales o formales del verbo rector. Con razón, pues, afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que “[...] es el tipo el que tiene que permitir en cada caso la comprensión de su realización o violación en unidad o pluralidad de tiempos y/o lugares. Si el bien jurídico que tutela el respectivo tipo penal resulta vulnerado totalmente por un único acto, la continuidad es impensable; pero si la lesión jurídica puede progresar, ahondar, agravarse, es posible la comisión fragmentada o escalonada y la continuidad se hace jurídicamente posible”²⁹.

En otras palabras: la unidad de acción ontológico-normativa implica sostener que los períodos de tiempo más amplios existentes en la continuación, tendrían el mismo valor que los espacios integrantes de la conducta única o la unidad natural de acción (unidad en sentido estricto), como una única manera de actuar o como un único proceso ejecutivo fragmentado en el tiempo. Ahora bien, por el segundo elemento, conectado con el anterior de manera íntima, se verifica si cumplidas las exigencias de unidad relativa de tipo infringido y de lesión de un bien jurídico que admita progresiones de afectación, puede ser configurado un injusto unitario³⁰, con lo cual se descarta una aparente multiplicidad de tipicidades con base en las reglas del aparente concurso de tipos.

En este orden de ideas, la cláusula de continuación prevista en la parte general de los CP —norma penal incompleta integradora—, supone

derecho penal como un solo delito en cuanto lesionan todas idéntico bien jurídico en cumplimiento de un plan común”. Pluralidad de conductas en sentido naturalístico que finalmente constituyen una unidad de conducta en sentido jurídico.

²⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 12.

³⁰ *Ibidem*, p. 44: “el delito continuado sólo es un modo de progresión delictiva y no se trata, en él, de varios injustos que se religan [...], sino de varias magnitudes de lesión o de la lesión paulatina o progresiva de un mismo bien jurídico que constituyen un injusto unitario”.

reinterpretar y reestructurar el tipo penal de la parte especial, para convertir tal hipótesis en un supuesto unitario que, por un lado, suponga la unidad de la aparente serie de conductas “independientes” y, por otro, anule la existencia normativa de diversas tipicidades. De este modo, el delito continuado conlleva una realidad que se refleja en cada una de sus partes: un delito único, a efectos sustantivos y procesales de acuerdo con el especial elemento subjetivo que lo caracteriza y le otorga sentido, dicho lo cual se trata de un supuesto jurídico que queda por fuera del ámbito del concurso de tipos.

Así, se puede sostener que las hipótesis estructurales de continuación que no puedan ser unificadas típicamente, no obstante estar precedidas por una unidad de acción ontológico-normativa —pluralidad de actos ejecutivos—, podrán estructurar un concurso ideal homogéneo de tipos propio pero no un concurso real, pues las consideraciones referidas a la unidad de acción no se anulan en estos casos desde el punto de vista dogmático ni político-criminal, así sean afectados bienes jurídicos personalísimos como la vida, la intimidad o la integridad personal. En ello, a su turno, radica la diferencia entre la unidad de acción ontológico-normativa y la “unidad jurídica de acción” pura, que aprecia una relación dogmática y punitiva natural entre el delito continuado y el concurso real —pluralidad de actos delictivos—, mientras que postulan una relación jurídica artificial entre el primero y la concurrencia ideal, al entender ambas categorías como supuestos especiales de unidad de acción típica. Como es lógico, la última relación solo sería efectiva cuando el presupuesto fáctico plural de la continuación pueda ser reconducido en forma legal a una unidad jurídica³¹.

Como se planteó, afirmar a modo de presunción naturalística inderogable que el delito continuado supone siempre una pluralidad de acciones u omisiones naturales —independientes y autónomas—, unidas sólo por razones jurídicas o punitivas, y no una serie de actos ejecutivos parciales finales de cara al tipo penal en unidad de conducta, simplifica la consideración de la figura. Ello, pues al forzar la referencia a dicha multiplicidad como un sinnúmero de acciones independientes, el problema

³¹ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 80.

del delito continuado se reduce a precisar si este puede considerarse como una entidad delictiva autónoma por asimilación jurídica y, por ello, reconducible en ciertos casos excepcionales al concurso ideal; o, por el contrario, si debe aplicarse la normativa del concurso real, al mantener vigente la caduca relación correctiva (ficticia) que caracteriza al delito continuado en el sistema de punibilidad.

Desde esta perspectiva, que la ley vigente requiera como sustrato ontológico una pluralidad de acciones u omisiones naturales, no impide que la construcción del delito continuado demande, como presupuesto adecuado —atendida su naturaleza— una unidad de conducta progresiva [aunque parta de una base concursal [SSTS 781 del 07.07.2009 (RJ. 4858-2009), 532 del 19.05.2003 (RJ. 2003-4454), del 22.05.2001 (RJ. 2001-5146)³²] que, desde luego, suponga una construcción de la teoría de la unidad y pluralidad de acciones mucho más refinada. No se puede perder de vista que el concurso real exige una multiplicidad de acciones independientes, mientras que el delito continuado demanda una pluralidad de acciones u omisiones naturales dependientes que puedan ser reconducidas a una unidad ontológico-normativa de acción (en sentido amplio). Al ser ello así, se advierte que el ordenamiento jurídico no es consecuente, cuando se concluye que las teorías que mejor explican el delito continuado son las de la realidad, con lo cual la

³² Precisamente, la STS 781 del 07.07.2009 (RJ. 4858-2009) afirma: “La identidad del tipo penal cometido en ambos casos y la del sujeto activo en los dos delitos no significa continuidad delictiva, porque delito continuado no significa reiteración en el comportamiento criminal ni repetición del mismo tipo penal por el sujeto sino la realización de una pluralidad de acciones delictivas que ofenden a uno o varios sujetos e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, cuando su realización lo sea en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (*art. 74 del Código Penal*). Esta exigencia que, entre otras, es la básica del delito continuado y la que le da entidad como figura jurídica confiere a la pluralidad de delitos una unidad interna característica, pues cada infracción aislada no es sino ejecución parcial de una única ideación y ejecución (S. 19 abril 2005) de suerte que la pluralidad de acciones comisivas pierde sustantividad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los hechos (S 367/2006 de 22 de marzo), realizados con cierta conexidad temporal, es decir en unas coordenadas espacio-temporales próximas indicativas de su falta de autonomía (S. 19 de abril de 2005)” (cursivas por fuera del texto original). También, la citada STS 532 del 19.05.2003 (RJ. 2003-4454), sostiene: “[e]l delito continuado se regula hoy en el artículo 74 CP sobre la base de reconocer jurídicamente la existencia de una sola acción delictiva, aunque descompuesta en distintas acciones, siempre que la ejecución de éstas obedezca a un plan preconcebido o se aproveche el autor de idéntica ocasión, se ofenda a uno o varios sujetos, e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza”.

teoría de la unidad y pluralidad de acciones tiene que cumplir un papel fundamental, no solo para la configuración estructural de las figuras concursales sino, también, para la continuación delictiva, con la consiguiente eliminación de los prejuicios y malentendidos terminológicos y punitivos que existen en la relación: “acción-resultado-tipo”.

Para terminar, lo que en definitiva es rechazable en la actualidad — cualquiera sea la posición asumida—, es la exigencia de la indeterminación de los actos que integran la unidad de conducta en sentido amplio, como uno de los presupuestos fundamentales para la aplicación del delito continuado en el proceso penal [CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383; SSTS 731 del 10.06.2005 (RJ. 2005-3751), 578 del 26.04.2004 (RJ. 2004-3240) y 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580)³³ en materia de agresiones sexuales continuadas; la STS 146 del 06.02.2001 (RJ. 2001-357) que excluye la posibilidad de estructurar un delito continuado de agresiones sexuales, porque se está “[...] ante atentados perfectamente singularizados, de los que se conoce el lugar, el día y la hora [...]”]; en la STS 1695 del 07.11.2000 (RJ. 2001-753) que afirma la continuación delictiva en materia de delitos sexuales, porque los actos aprovechados en el tiempo, a partir del plan del autor, “no tienen fechas precisadas concretamente”; y del 23.04.1982 (RJ. 1982-2113)]. En fin, no faltan decisiones que relativizan la exigencia de probar cada una de las acciones, al indicar que si bien “[...] no

³³ En dicha sentencia se sostiene: “[...] es lo cierto que dicha indeterminación comisiva tiene que amparar la consideración de los hechos en continuación delictiva, como interesa el recurrente, si bien que subsidiariamente, al describirse varios accesos carnales aprovechando idénticas circunstancias de tiempo, lugar y ocasión”. Otro ejemplo de ello puede verse en la STS 1276 del 29.06.2001 (RJ. 2001-5954), cuando se indica, “[c]omo ya hemos dicho, consideramos deseable en estos casos que se precise el número de hechos, pues de ellos deriva la gravedad de la conducta que se sanciona. Y el problema que aquí se plantea es, si pese a esa inconcreción, cabe aplicar la figura del delito continuado, cuyo requisito esencial radica precisamente en la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones, que, por infringir el mismo o semejante precepto penal y obedecer a un plan preconcebido (al que se asimila el aprovechamiento de idéntica ocasión), se consideran una sola infracción punible. Estimamos que la realidad de esa pluralidad aparece en los hechos probados cuando nos hablan de «distintas fechas no determinadas» y de «diversas ocasiones». Al menos fueron dos y ello sería suficiente para integrar la pluralidad exigida en este artículo 74”. Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 188; y CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, ob. cit., p. 146: “[u]n elemento que en realidad actúa como presupuesto del delito continuado es la indeterminación de las acciones, por más que en la actualidad se cuestione seriamente”. En el mismo sentido, REYES ALVARADO, *El concurso...*, ob. cit., p. 233: “[...] mientras los elementos básicos del delito estén demostrados no hay necesidad de individualizar cada una de las actividades del procesado”.

se precisa fecha exacta, si hay concreción temporal en cuanto se dice que los hechos sufridos por la menor ocurrieron en el curso escolar 1996-1997, es decir cuando tenía diez años de edad” [STS 1448 del 11.10.1999 (RJ. 1999-7029)].

Es evidente que dicha exigencia no tiene sustento legal en la normativa penal española, en la italiana o en la colombiana, por lo cual recurrir a ella para desvirtuar la continuación cuando se presenten los demás elementos — sobre todo el subjetivo—, o para mantener la figura presumiendo la pluralidad de acciones independientes, implica interpretar las reglas probatorias en contra del principio de *in dubio pro reo*, al inaplicar el delito continuado para sustentar la existencia de un concurso real o al aplicarlo para negar la existencia de un delito único por ausencia de pruebas ciertas. Esta interpretación no sólo atenta contra las más elementales garantías procesales del Estado social y democrático de derecho —presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, favorabilidad, etcétera— sino que, además, basa la construcción del instituto en una presunción subjetivo-probatoria de diversas infracciones, que no es posible sostener desde la perspectiva político-criminal³⁴, a la par que entorpece de forma increíble la modalidad de continuación por omisión³⁵.

De hecho, los ordenamientos jurídico-procesales modernos parten del mismo principio: lo que no se logre demostrar en el proceso judicial por parte de los instructores competentes, debe seguir el curso jurídico que determina el *in dubio pro reo*, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se puedan derivar. Por algún motivo la carga de la prueba corresponde al Estado.

³⁴ Críticos: ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 500; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...* (1976), *ob. cit.*, pp. 731 y 732. Por su parte, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 92, expone: “la importancia que el T.S. atribuye a la determinación de las distintas acciones explica que en muchas ocasiones se deduzca el elemento subjetivo de la indeterminación de los hechos y que, por el contrario, la determinación del tiempo, lugar y cuantía de las diversas acciones tenga como consecuencia la negación de que aquellas estén unidas entre sí por un elemento subjetivo. Cuando las acciones estén perfectamente determinadas no se aplica el delito continuado aunque concurra el elemento subjetivo; en los casos de indeterminación se aplica siempre afirmando la existencia de aquél, de donde se deduce la probabilidad de que se presuma la concurrencia de tal elemento”.

³⁵ Así CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 47.

C. UNIDAD RELATIVA DE TIPO. Una vez analizado el material ontológico-normativo sobre el cual se predica la relación de continuidad, resulta fundamental examinar —desde las perspectivas formal y material— el segundo elemento objetivo y sistemático que permite configurar el delito continuado: la “unidad relativa de tipo”³⁶. Este elemento, téngase en cuenta, es conocido por la doctrina como “unidad de precepto penal”, “unidad de ley violada”, “unidad de delito”³⁷, “unidad de norma violada”, “unidad de lesión”, “unidad de tipo penal”, etcétera, expresiones que tienen alcances diferentes, algunos inadecuados, porque se prestan para desacuerdos conceptuales que dificultan de manera innecesaria el desarrollo dogmático de la figura.

Respecto a su regulación legal, debe decirse que la legislación española recoge este elemento en el Art. 74.1 del CP/1995, al indicar que la pluralidad de acciones u omisiones debe infringir “[...] el mismo precepto legal o preceptos de igual o semejante naturaleza”³⁸. La legislación penal colombiana también exige dicho componente en el CP, Art. 31, inc. 1º, al requerir que con una sola acción u omisión se “infrinja varias veces la misma disposición [...]”³⁹. Finalmente, es necesario recordar que el CP italiano vigente —a partir de la enmienda de 1974— prescindió de tal homogeneidad en el Art. 81.2 (sus. DL. 11.04.1974, núm. 99), para crear una nueva figura denominada “continuación de delitos” como “piu violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge”⁴⁰, figura que genera una clara desnaturalización del delito continuado tradicional al

³⁶ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 715 (*Tratado*, p. 771) le denominan unidad de injusto objetivo de acción; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 84, señala: “[I]a situación del elemento de identidad de delito en el ámbito de la tipicidad puede conducir a una adecuada configuración del mismo. El primer paso, para averiguar si una acción es delictiva, consiste en ver si está incluida en un tipo legal. En principio podrá afirmarse que el delito es el mismo cuando sea el mismo tipo de injusto realizado por varias acciones”. Lo expresa claramente el CP MÉXICO, Art. 17, III. “[...] concretan los elementos de un mismo tipo penal [...]”.

³⁷ Así, el CP PUERTO RICO, Art. 80, utiliza la expresión: “producen los elementos de un mismo delito”; también, el CP BRASIL, Art. 71.

³⁸ De manera idéntica, el CP NICARAGUA, Art. 83. También, el CP PERÚ, Art. 49, aunque habla de “[...] la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza”.

³⁹ De manera semejante: CP EL SALVADOR, Art. 42; CP PANAMÁ 2007, Art. 85; CP VENEZUELA, Art. 99.

⁴⁰ Así CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 55: “[s]i se admite que pueden agruparse en un delito continuado acciones totalmente diversas entre sí, resulta imposible distinguir aquella figura del concurso real de delitos”.

refundirla con el concurso material de delitos, hasta el punto de que el único elemento relevante del primero sería el elemento subjetivo “designio criminal”⁴¹.

Ahora bien. El primer punto de discusión en este ámbito reside en la necesaria precisión en torno del término “precepto legal” (España) o de la locución “disposición” (Colombia), como es apenas natural desde la perspectiva del lenguaje empleado por los respectivos ordenamientos penales. Por ello, mientras la expresión “precepto legal” se puede reconducir sin grandes inconvenientes técnicos al concepto de supuesto de hecho o tipo, concebido como segmento de la estructura lógica de la norma penal — supuesto de hecho, cópula y consecuencia jurídica—⁴², la voz “disposición” utilizada por la legislación Colombiana tiene tal amplitud que, incluso, en algunos casos puede equipararse a las locuciones “artículo” o “norma”. Algo que debe precisarse, porque la dilatación pueril de los términos en la materia puede significar la reducción del espacio de aplicación material de ciertas figuras como el concurso ideal y el mismo delito continuado.

De este modo, si se identifican —según una vieja interpretación— los términos “la misma disposición” o “el mismo precepto legal” con el concepto de “norma” penal⁴³ para exigir que ésta sea infringida una o varias

⁴¹ Vid. AMBROSETTI, *Problemi...*, *ob. cit.*, p. 22: “[l]a exclusión de la disciplina del delito continuado por la violación heterogénea determinó en realidad, a causa de la excesiva fragmentación de las figuræ criminis del actual Código, la imposibilidad de reconducir al trato sancionatorio del artículo 81, inciso 2.º, episodios delictivos «ideológicamente y sustancialmente unitarios»” (t/l); NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 387, quien califica el delito continuado heterogéneo como un absurdo lógico y dogmático; RISTORI, *Il reato...*, *ob. cit.*, pp. 33 y 34; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 49, señala: “[i]ntervenida la reforma de 1974, en la amplísima fórmula por último integrada en el decreto-ley, ninguna identidad de violación o analogía lesiva entre lesiones diferentes es requerida; con la consecuencia de que el sentido unitario del delito continuado puede encontrarse solamente a nivel subjetivo” (t/l).

⁴² El TS en algunas ocasiones también lo asimila a la “infracción de la misma o semejante norma penal”: STS 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580). Como advierte VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 241, los términos precepto y sanción recuerdan: “[...] la concepción monista de los imperativos de donde proviene”.

⁴³ Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 797. En la actualidad se habla de “unidad normativa relativa”: MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 644. Sin embargo, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 54, afirma con razón: “[a]dmitiendo que la norma penal es un precepto provisto de sanción resulta necesario que exista identidad de precepto y de sanción para poder afirmar que se ha violado la misma norma. /De esta forma queda excluida la posibilidad de continuación, al margen de aquellos casos en que varía el precepto, siempre

veces, a la par se tendrá que exigir la identidad de las consecuencias jurídicas previstas para todos los actos realizados por el sujeto. De tal suerte, no se podrá aplicar la continuación delictiva cuando el agente realice diversos actos parciales que se adecúen, en forma sucesiva, a un tipo básico y a uno similar agravado o atenuado, ni tampoco cuando algunos de los episodios alcancen la consumación y otros sean tentados, porque la pena para estas modalidades típicas resulta diversa y, por ello mismo, se infringirían supuestos de hecho y normas penales diferentes⁴⁴. Así, cuando se tiene claro que el delito continuado tiene por objeto el supuesto de hecho y no la consecuencia jurídica —que además es especial—, se advierte que esta postura reduce de manera inaceptable el ámbito de aplicación del delito continuado en algunas de sus modalidades más usuales, para las cuales se aplicaría de forma absurda la normativa del concurso de tipos.

Además, si dichos conceptos se equiparan al término formal de “artículo” aplicable o uno asimilado a éste⁴⁵, entonces se niega lo irrefutable: que muchos artículos de la parte especial del CP consagran varios supuestos de hecho similares u autónomos entre sí⁴⁶; o, viceversa, que es posible configurar un solo supuesto de hecho mediante diversos artículos de la ley penal. Además, cuando el artículo contemple *in situ* la consecuencia jurídica aplicable, también se debe exigir su unidad con la asunción de los resultados punitivos que de ello se derivan. En fin, lo dicho confirma que el contenido material y el alcance de esta exigencia objetiva siempre han estado subordinados a la necesidad punitiva de abarcar o restringir la continuación a determinados supuestos de hecho⁴⁷, y los ordenamientos colombiano y español no son la excepción a esta regla política.

que es distinta la sanción a imponer”. Así el CP GUATEMALA, Art. 71.2.º: “[c]on violación de normas [...]”.

⁴⁴ Cfr. DELITALA, *Diritto...*, *ob. cit.*, pp. 536 y 537.

⁴⁵ En este sentido, *vid.* la Jurisprudencia del TS, sent. del 25.06.1985 (RJ. 1985-3056), que exige homogeneidad “[...] en un mismo artículo de la parte Especial del Código Penal, o en varios, siempre que entre sí se hallen estrechamente interrelacionados o concatenados”.

⁴⁶ Cfr. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 239: “[...] cuando un artículo es compuesto de varias partes, cada una de las cuales contiene una previsión del delito en sí (a veces con variación del elemento sancionatorio), cada una de las partes constituye una disposición autónoma” (t/l); SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 541; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 797.

⁴⁷ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 52.

Ahora bien, en realidad este criterio permite precisar el marco de valoración social del tipo penal respectivo. Y ello es así, porque en virtud de esta exigencia material se requiere que los diversos actos parciales constitutivos de la unidad de conducta (en sentido amplio, como proceso ejecutivo unitario) contribuyan a desarrollar, desde un punto de vista normativo-social, el mismo supuesto de hecho penal o una modalidad típica semejante, para estructurar una unidad situacional homogénea y unitaria que atienda a los respectivos elementos objetivos y subjetivos básicos o genéricos de la especie criminal (sujetos, objetos y verbo rector)⁴⁸. Dicho de otra forma: se requiere que todos los actos parciales realizados por el autor en continuación se ajusten de manera progresiva al mismo contexto situacional del tipo de estafa, de hurto, de abuso de confianza, etcétera; pero no que alguno represente en un plano formal el tipo de estafa y otro un hurto, aunque lesionen el mismo bien jurídico, sin que sea necesaria una homogeneidad absoluta.

Se trata, entonces, de un elemento objetivo cuya función consiste en limitar la clase de conductas que pueden hacer parte de la continuación, de conformidad con la expresión típica materializada por el mismo desvalor de acción. Por ello, GEPPERT⁴⁹ advierte que la función esencial de este criterio es aproximar la continuación al concepto de unidad de acción en sentido natural, en virtud de la misma fenomenología o estructura criminal. Ya se expuso, refiriéndonos a los grados de unidad de conducta, que sólo se podrá verificar una unidad de acción como un único proceso ejecutivo material, cuando tal unidad se deduzca de la interpretación de la conexión y proyección final del curso de un acontecimiento que guarda en forma simultánea —desde una perspectiva social— el mismo sentido situacional

⁴⁸ Sobre el particular, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 715-716 (*Tratado*, p. 771): “[...] el curso del hecho debe representar los mismos requisitos internos y externos”. El término “uno semejante” tiene antecedentes en la literatura alemana: WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, p. 227-228 (*Derecho*, p. 269): “[...] la misma infracción jurídica puede derivar de la lesión de varios tipos emparentados entre sí, que quedan comprendidos en el concepto común superior de delito (el superior más cercano)” Por su parte, aunque desde la teoría de ficción, *cfr.* CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 51: “para poder estimar un delito continuado es necesario además que todas las acciones constituyan el mismo delito de forma que puedan ser consideradas “como si se tratara de uno solo”; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 56.

⁴⁹ *Vid.* GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 364.

final de acción u omisión que requiere, como base fáctica formal y abstracta, el supuesto de hecho realizado. En este caso, se presenta una unidad de sentido comportamental que bien puede conducir a la afectación unitaria o plural de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, como sucede en los casos de continuación. Por lo cual la acción o su unidad jurídica no son determinadas desde el punto de vista típico, ni siquiera por la voluntad del legislador.

En fin, vale la pena recordar que algún sector de la doctrina italiana — anterior a 1974— juzgó correcta la posibilidad de aplicar el delito continuado —pese a referirse al criterio de la identidad normativa—, cuando entre los supuestos de hecho o preceptos existiera una relativa identidad de elementos esenciales objetivos y subjetivos⁵⁰. Como consecuencia de ello, se puede admitir la figura cuando el agente, con la finalidad de ejecutar un plan criminal, realice actos parciales seriados de distinta gravedad que, al contar con elementos básicos comunes sin excluirse en su aplicación conjunta, conservan la unidad típica relativa entre el precepto infringido —homogeneidad formal— y el mismo bien jurídico afectado —homogeneidad material—.

Se podrá instruir la continuación delictiva cuando alguno de los actos parciales implique un elemento típico o una circunstancia de tiempo, modo o lugar que agrava o atenúa la misma modalidad del tipo básico, o cualifica el sujeto, el objeto o la acción⁵¹. Pero se no podrá estructurar la figura,

⁵⁰ Así, por ejemplo, GIANLUCA CONSO, “Punti fermi in tema di reato continuato”, en *RIDP*, II, 1949, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 86 y 88; DELITALA, *Diritto...*, *ob. cit.*, pp. 535 y 536, en términos generales sostiene que se trata de una infracción de una norma especial que cubre, desde luego, la norma general o las diversas modalidades de comisión que complementan o integran a la primera. La unidad relativa de tipo no es un problema que se puede reducir al título, a la cantidad o al grado de ejecución, sino a la cualidad de cada delito respecto del bien jurídico; *id.*, “In tema...”, *ob. cit.*, pp. 192 y 193, ratifica: “por misma disposición de ley no debe entenderse el mismo artículo de ley, ni tampoco la misma norma. [...] No se trata de la violación de la misma norma, sino única y simplemente, de la violación del mismo precepto [...]” (t/l). También, MAGGIORE, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 176; REMO PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, vol. I, Torino, Utet, 1950, p. 490; SILVIO RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, vol. I, Padova, A. Milano, 1956, p. 422 (*Manual*, pp. 140-141).

⁵¹ *Vid.* TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 141; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 59; ROBERTO VON HIPPEL, *Manuale di Diritto Penale*, Roberto Vozzi (trad.), Prefacio de Arturo Rocco, Napoli, Eugenio Jovene, 1936, p. 251. En contra: PUNZO, *Reato continuato ob. cit.*, p. 63, quien excluye la continuación entre delitos básicos o agravados y delitos

cuando el sujeto ejecuta al tiempo actos comisivos u omisivos que desconozcan la identidad u homogeneidad continuada.

A la par, queda descartada la posibilidad de aplicar el delito continuado entre tipos simples y tipos calificados o autónomos —*delicta sui generis*—, porque en los últimos se asumen elementos típicos que dotan de significación propia a la descripción comportamental, excluyen la aplicación de la figura típica básica y fundamentan una penalidad diferente en razón del mayor o menor grado de injusto y culpabilidad que proyectan⁵². Es más, que pueda predicarse la continuación entre tipos calificados, dependerá de la clase de bien jurídico tutelado en concreto, porque la figura no procede respecto a determinados bienes jurídicos “eminente personal”, como sucede con las calificantes por violencia.

A pesar de ello, parte de la doctrina rechaza la exigencia de homogeneidad típica, porque esta impide configurar supuestos de delito continuado que no tienen por qué ser rechazados, cuando exista unidad de bien jurídico. En este sentido, por ejemplo, REYES ALVARADO sostiene que dicha exigencia es innecesaria, porque “[...] es perfectamente posible que exista un delito continuado en el evento de quien queriendo apoderarse de determinada suma de dinero decide apropiarse de ella mediante la sustracción de sumas parciales en días diversos, aún cuando el primer día decida aprovechar que ha sido asignado para el manejo de una caja registradora y tome de allí una cierta cantidad, pero el segundo día decida aprovechar un descuido de la cajera para tomar similar suma, y el tercer día resuelva forzar la caja registradora para apoderarse de otra parte y finalmente decida penetrar de noche para sustraer la suma restante. Aun en hipótesis como la comentada, donde es clara la falta de homogeneidad de las diversas acciones

autónomos o calificados, por considerar que los últimos tienen el carácter de normas principales —y no secundarias como los eventos agravados—, dado que se trata de “*fattispecie*” diversa y precepto propio. En otras palabras, para este autor solo puede haber continuación entre infracciones de normas principales iguales y secundarias derivadas de éstas (t/l); SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 348, aa), al abordar el tema de los de tipos homogéneos.

⁵² Vid. POSADA MAYA y OTRO, *El sistema...*, *ob. cit.*, p. 331; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 434; CONSO, “Punti fermi...”, *ob. cit.*, pp. 87 y 88. En contra: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 41, sostiene: “[...] puede haber nexo de continuación entre un hurto simple y uno calificado [...]”. Ello, en principio, sólo sería correcto cuando la calificante no implique la vulneración de un bien jurídico “altamente personal”.

naturalísticamente entendidas [...], se debe reconocer que nos hallamos frente a un caso de delito continuado”⁵³. Desde luego, dicha crítica sería aceptable si se acogiera la necesidad de una homogeneidad absoluta entre los diversos actos parciales o se recondujera la homogeneidad al mismo tipo o al mismo *modus operandi*, sin aceptar supuestos de hecho “similares”.

Por tal motivo, lo que se requiere en realidad es una homogeneidad relativa que se presenta al comprobar que todos los supuestos de hecho resultan abarcados por el mismo modelo típico modificado, o por otras circunstancias accidentales de tiempo modo o lugar, que no desvirtúan el sentido valorativo de significación del tipo, convirtiéndole en un tipo penal autónomo⁵⁴.

En definitiva, más allá que los actos ejecutivos realizados en unidad final-social de conducta tengan la capacidad de *de corresponderse o tenerse o no como la realización de un proceso ejecutivo o unidad comportamental unitaria* —aspecto normativo—, que, en relación de identidad aparente, se correspondería con el sentido social —situacional cognoscible del contexto típico de acción u omisión final de determinada clase, que puede coincidir luego con aquel que denota el tipo penal infringido; la doctrina y la jurisprudencia también reclaman cierta identidad relativa en su forma de realización, es decir, una homogeneidad del «modus operandi»⁵⁵. Sin

⁵³ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 199. Este ejemplo supondría admitir la continuación de delitos incluso entre tipos simples o modificados y tipos calificados en nuestro ordenamiento jurídico. También, JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1092, indica: “[...] si se determina la unidad ajustándose a la regulación del concurso en derecho positivo; entonces no se trata una vez más sino de distinguir entre una sola realización de tipo y concurso ideal”, la pregunta es ¿cuál: homogéneo o heterogéneo?

⁵⁴ En contra: REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 200 y 219, quien admite la continuación entre tipos simples y autónomos. Aunque el ejemplo radica en las discutibles calificantes del hurto en Colombia, que en nada cambiarían la situación típica (salvo por la agravante de violencia), si fuesen convertidas a simples agravantes, el autor termina por considerar que en el delito continuado, al ser uno solo hecho punible, no es posible hablar de varias adecuaciones a idénticos o similares preceptos, porque en el fondo ello supondría privilegiar el criterio clasificador de los tipos que utiliza el legislador, que la materialidad del bien jurídico infringido.

⁵⁵ *Cfr.* STS del 02.12.2002 (RJ. 2002-10954), que califica como acertada la tipificación de una estafa agravada como un «continuum» delictivo de naturaleza patrimonial, según el «modus operandi»; STS 1103 del 11.06.2001 (RJ. 2001-10315); CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383, para la cual el delito continuado se caracteriza por “[...] la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa [...]”. *Vid.* los CP de PORTUGAL, Art. 30.2. “[...] executada por forma essencialmente homogênea”;

embargo, este criterio indiciario no parece necesario en el delito continuado, por dos razones fundamentales:

Primero: porque la unidad relativa del tipo no se desestructura cuando los actos parciales impliquen considerar diversas circunstancias típicas accesorias de tiempo, modo o lugar (agravantes o atenuantes), o distintos medios de ejecución, siempre y cuando éstas no fundamenten un tipo autónomo (*delicta sui generis*) o no supongan un elemento subjetivo renovado. Es más, argumentar que el *modus operandi* debe ser igual en todos los actos progresivos realizados por el autor, sería tanto como exigir la exclusiva infracción del mismo tipo básico, lo que está descartado en el Art. 74.1 CPE. Así, por ejemplo, MANZINI afirma: “[l]a diversidad de los medios usados para cometer los varios delitos idénticos no excluye por sí sola la posibilidad de la figura jurídica de la continuación. El medio se adapta a las contingencias concretas, y su elección, y su uso, cuando no indiquen diversidad de proyecto criminoso o no concreten la violación de otras disposiciones de ley, son elementos jurídicamente indiferentes”⁵⁶.

Y, segundo, porque la unidad relativa del tipo garantiza ya la existencia de cierta homogeneidad básica o genérica en la ejecución de la continuación delictiva. Por eso, no hay por qué recurrir al *modus operandi* para verificar el mismo verbo rector o la misma modalidad de acción u omisión. Por tal motivo, este elemento adicional sólo constituye un indicio para determinar *a priori* si los actos son parte de un mismo proceso ejecutivo, pertenencia que debe ser corroborada con posterioridad desde un punto de vista objetivo-subjetivo.

Debe quedar claro, entonces, que la simple realización de los elementos estructurales del mismo tipo penal o de uno similar modificado, no resulta suficiente para estructurar la continuación delictiva, incluso si existe un elemento subjetivo que permita unificar los hechos parciales realizados por el autor. Por ello, subsisten hipótesis en las cuales, a pesar de existir (i)

BRASIL, Art. 71 “[...] maneira de execução e outras semelhantes [...]” y EL SALVADOR, Art. 42.

⁵⁶ Esta consideración, aceptada por la doctrina, es expuesta desde la teoría de la ficción relativa por MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 428. También, REYES ECHANDÍA, “El problema...”, *ob. cit.*, p. 624.

unidad de acción, (ii) comunidad de fin, y (iii) homogeneidad objetiva, también perdura una diversidad de consideraciones típicas que excluyen el delito continuado desde un punto de vista político-criminal. El caso concreto se materializa con el concurso ideal homogéneo de tipos, en el que existe unidad de acción final y varias infracciones similares a la ley penal, de las cuales puede predicarse una identidad de elementos objetivos y subjetivos de realización⁵⁷, pero no la misma o única tipicidad. Por tal motivo, en este ámbito también cumple un papel trascendental la clase de bien jurídico protegido, porque de forma conjunta con el elemento que se examina, este permite ampliar o limitar la existencia de una tipicidad única.

De otro lado, resulta innecesario que los supuestos homogéneos que conforman la unidad de tipo infringida se encuentren en el mismo título jurídico penal, pues una vez superado el positivismo extremo, puede suceder que las descripciones similares estén en el Derecho Penal sustantivo, en el complementario, en leyes penales especiales o en todas a la vez, siempre y cuando cumplan las exigencias jurídicas expuestas⁵⁸. Así, no es viable en la actualidad impedir la unidad típica relativa y, por ende, el delito continuado, cuando éste se estructura por diversos supuestos de hecho previstos en la ley penal ordinaria y en ley penal militar⁵⁹. Es más, la mayoría de las legislaciones militares integran la aplicación de sus normas a la ley penal sustantiva [CPM, Arts. 18 “integración” y 195 “delitos comunes”], o asumen un modelo de injusto similar al recogido por la primera. Ello, salvo que se trate de la concurrencia de delitos comunes y delitos propiamente militares [CPM, Arts. 3.º, 18 y 20], en cuyo caso el asunto se traduce en una

⁵⁷ No resulta aceptable exigir la igualdad de sujeto pasivo para efectos de la identidad típica, pues es claro que el delito continuado requiere identidad típica con posible diversidad de titulares afectados del mismo bien jurídico impersonal.

⁵⁸ Vid. CONSO, “Punti fermi...”, *ob. cit.*, pp. 89 y 90; SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 541; REYES ALVARADO, *El concurso...* *ob. cit.*, p. 218. En contra de la posibilidad de configurar un delito continuado entre leyes ordinarias y especiales, MAGGIORE, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 177; MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 433; MASSARI, *Le dotrine...*, *ob. cit.*, p. 225.

⁵⁹ En este sentido, PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 151, advierte: “[...] pero no allí de admitirla en el caso particular de la relación entre robo común y robo militar, este último es previsto autónomamente porque, en vista de la notable diferencia que presenta en el plano social con respecto del robo común, se ha creído oportuno delinear el delito en sede propia” (t/l). En contra: CONSO, “Punti fermi...”, *ob. cit.*, p. 87 y DELITALA, “In tema...”, *ob. cit.*, p. 194.

cuestión de competencias procesales que se resuelve mediante el principio de especialidad.

De igual manera, resulta irrelevante que en la ejecución progresiva del plan criminal unitario, los actos parciales homogéneos realizados alcancen distinto grado de perfección punible⁶⁰. Así, por ejemplo: la STS 469 del 28.06.2006 (RJ. 2006-469), indica: “[...] hubo un delito continuado de estafa comprensivo de dos infracciones penales diferentes, una consumada por la adquisición de un vehículo Citroën valorado en 3’371.160 pts. Y otra en grado de tentativa en relación con la compra, también mediante engaño, de otro coche Peugeot que se iba a adquirir por 2’850.000 pts. [...]”.

En este sentido, resultaría incongruente castigar de forma distinta los actos consumados que los intentados en relación con el mismo tipo de delito, cuando: i) medie una misma dinámica comisiva u omisiva, ii) se lesione un mismo precepto penal de manera progresiva; y, iii) exista el mismo elemento subjetivo unificador. DELITALA, que parte incluso de la teoría de la ficción, advierte que “la unidad de la norma jurídica no se rompe por el simple hecho de la multiplicidad de las sanciones, la norma es única aunque las sanciones sean varias; más es una norma por decir las cosas compleja, porque prevé una pluralidad de hechos (delitos simples y agravados, consumados y tentados) que violan la misma disposición de ley aunque con

⁶⁰ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 996; id., *Manual...*, ob. cit., pp. 497 y 498; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, ob. cit., p. 864; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...*, ob. cit., p. 307; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, ob. cit., pp. 91 y ss.; CEREZO MIR, *Derecho...*, ob. cit., p. 1015; id., *Curso...*, ob. cit., p. 296; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, ob. cit., p. 671; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 869; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 189; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, ob. cit., p. 434; FRANCESCO ANTOLISEI, “Se possa ammettersi continuazione ai sensi dell’articolo 79 CP fra delitto consumato e tentativo e, particolarmente, tra omicidio consumato e omicidio tentato o mancato”, en *RIDPP*, III.II, 1912, Milano, F. Vallardi, 1912, pp. 536 y ss.; CONSO, “Punti fermi...”, ob. cit., p. 87; LEONE, *Del reato abituale...*, ob. cit., p. 247 ; MANZINI, *Tratado...*, ob. cit., p. 430; PIASAPIA, *Reato continuato*, ob. cit., p. 89; PUNZO, *Reato continuato*, ob. cit., pp. 30 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., pp. 715-716 (*Tratado*, p. 771). En contra: CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., p. 88, sostiene que no puede existir continuación en estos casos por faltar identidad típica. En efecto, para dicha autora la tentativa no realiza el mismo tipo que la consumación, sino uno más amplio: “[...] en el sentido de que comprende conductas no subsumibles en aquel, y surge de la combinación del tipo de delito consumado con las prescripciones de la parte general”; MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., p. 329 (6ª ed.).

diversa intensidad”⁶¹. En resumidas cuentas, no se transgreden las sanciones sino, única y exclusivamente, el supuesto de hecho.

Es más, de no ser así se beneficiaría con la penalidad de la continuación a quien logró consumir un conjunto de actos parciales comisivos u omisivos seriados, mientras que se castigaría con la penalidad concursal (más severa) a quien sólo logró consumir algunos de ellos⁶². Por tal motivo, los actos parciales tentados —imperfectos— quedan absorbidos (subsidiariedad material) por los actos parciales homogéneos consumados, en la unidad típica del delito continuado [STS 357 del 19.03.2004 (RJ. 2004-1848); 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580); 1179 del 09.07.1999 (RJ. 1999-5937), del 28.04.1994 (RJ. 1994-3311), 10.06.1991 (RJ. 1991-4556) y del 03.02.1983 (RJ. 1983-723)]. Todo lo anterior, por supuesto, siempre que dicha modificación objetiva externa no implique una interrupción subjetiva del nexo de continuidad como, por ejemplo: cuando el sujeto, al no lograr consumir todos los actos particulares planeados de forma previa, modifica el plan criminal desarrollando una repetición típica independiente o elabora un nuevo plan criminal, caso en el cual ya no sería posible sostener ni siquiera una unidad de conducta en sentido estricto.

Para terminar, debe plantearse la problemática del delito continuado en los tipos *compuestos mixtos o de conducta alternativa*. En realidad, la duda se plantearía cuando el sujeto activo del tipo realiza conductas distintas desde el punto de vista objetivo que configuran, de manera alternativa, modalidades del mismo delito, aunque sean sancionadas con igual pena. Ejemplos de ello serían: CP, Art. 299: “Alteración o modificación de

⁶¹ DELITALA, “In tema..., *ob. cit.*, p. 193.

⁶² Así, la STS del 05.07.1983 (RJ 1983-4025), declara: “[...] es perfectamente posible la existencia del delito continuado aun cuando las diferentes acciones que lo integren hayan logrado distinto grado de perfección punible, pues sería un contrasentido disgregar tales acciones y penar unas como consumadas y otras como intentadas o frustradas, cuando todas ellas obedecen a una idea finalística común, violan un mismo precepto penal sustantivo y se realizan con igual dinámica comisiva, ya que sostener lo contrario permitiría premiar a quien, mediante la consumación de todas las acciones componentes de su empresa delictiva, obtuviese el éxito total de la misma, frente al que, por no haber logrado la perfección de alguna de ellas, hubiese de ser condenado pluralmente en razón a los distintos grados a que hubieran llegado, unas y otras, en su correspondiente realización”. También, SSTS del 1068 del 07.06.2002 (RJ. 2002-7582), aunque sostiene que la tentativa y el delito consumado de un mismo tipo penal no guardan identidad objetiva, sino que son tipos de igual o semejante naturaleza; y, STS del 11.05.2000 (RJ. 2000-4892).

calidad peso o medida”; Art. 274: “Tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda”: “El que adquiriera, elabore, suministre, tenga en su poder, introduzca al país o saque de él [...]”, entre otras hipótesis.

Por supuesto, para responder de forma satisfactoria este asunto, debe esbozarse la cuestión relativa a si el agente, cuando realiza con unidad de fin varias acciones u omisiones alternativas dispuestas —como verbos rectores— por el mismo tipo penal, lleva a cabo una sola conducta típica o dos tipicidades diferentes como sucede en las hipótesis de tipos compuestos complejos. En este caso, la respuesta parece evidente: el autor sólo ejecuta una conducta típica y no varias distintas e independientes⁶³. Ello es así, pues sólo existe una única lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sin importar que ella se lleve a cabo por dos medios distintos, pues su realización alternativa es cobijada normativamente por el supuesto de hecho, según la voluntad del legislador, como una unidad típica de ejecución equivalente, por lo que en estos casos no puede hablarse de concurso de tipos —ni siquiera aparente—.

Así las cosas, puede estructurarse un delito continuado mediante la realización de actos parciales que, en principio, no guarden identidad de forma, siempre que sus modalidades estén cubiertas de manera expresa por el mismo tipo penal; y, más importante aún, siempre que el agente haya dispuesto su uso en el plan criminal como medios alternativos para ejecutar de forma fraccionada el delito. Ello, con una excepción ya anotada, en el sentido de que no se puede predicar la figura en estudio cuando el tipo mixto consagra tanto comportamientos activos como omisivos (ambigüedad del *modus operandi*, aunque igualdad de tipo básico).

c) En definitiva, queda por discutir la continuación de tipos penales en blanco, es decir, cuando deba acudir a un reenvío legal o administrativo para completar el supuesto de hecho y, con ello, la norma jurídico penal, tema que sin duda es muy problemático. En este caso, lo importante es que no se pierda la unidad normativa relativa de los actos particulares o parciales

⁶³ Vid. CONSO, “Punti fermi...”, *ob. cit.*, p. 88.

seriados, configurados a su turno por diferentes normas jurídicas penales y/o extrapenales, aunque el reenvío no sea igual pero sí semejante, porque si este cambia de manera sustancial ya no se podrá afirmar con certeza que se trata de una acción que infringe varias veces la misma disposición o una similar.

D. UNIDAD DE BIEN JURÍDICO AFECTADO. Además de la unidad relativa de tipo y de la identidad de realización estructural que requiere el delito continuado, según el sentido del tipo penal infringido, la doctrina y la jurisprudencia han exigido que los actos parciales seriados —que componen la unidad de conducta en sentido ontológico normativo como un proceso ejecutivo unitario— lesionen o pongan en peligro un mismo bien jurídico tutelado por el Derecho penal⁶⁴ como, P. Ej., el patrimonio económico o la fe pública, etcétera; esto es, una identidad de objeto jurídico lesionado que permita configurar una unidad de injusto de resultado jurídico (compuesto por varios resultados naturales progresivos)⁶⁵. De lo contrario, en tales hipótesis deberá apreciarse, por la carencia de continuidad y homogeneidad de lesión o de peligro en la trama de la realización delictiva y por la pervivencia de la razón de protección de varios tipos penales, una pluralidad heterogénea de tipicidades que limita la aplicación del nexo de continuidad.

En efecto, una cosa es que sea imposible configurar el delito continuado porque la unidad de conducta incluya la aplicación material de tipos penales distintos o heterogéneos, aun cuando se infrinja el mismo bien jurídico —ausencia de homogeneidad relativa típica según el sentido del tipo—; y, otra

⁶⁴ Vid. GEPPERT, “Grundzüge..., *ob. cit.*, p. 364; KRATZSCH, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, pp. 180 y 181; PIASAPIA, *Reato continuato ob. cit.*, p. 101; LEONE, *Del reato abituale..., ob. cit.*, p. 239, cuando precisa: “[...] puede entenderse la figura del delito continuado en cuanto la actividad del agente produzca varias lesiones del mismo bien u interés jurídico [...] es decir, la pluralidad de los eventos que [...] constituyen la nota característica del delito continuado, sea una pluralidad de acontecimientos del mismo género [...] entendiendo por acontecimientos de parecido género la pluralidad de las ofensas de la misma objetividad jurídica” (t/l); CUELLO CONTRERAS, *El Derecho..., vol. 2, ob. cit.*, pp. 671 y 672.

⁶⁵ Vid. CSJ PENAL, sent. del 20.02.2008, e28880, Y. RAMÍREZ, señala: “[...] se impone observar con detenimiento los efectos de la unidad de conducta en el campo de la antijuridicidad material, puesto que la noción de delito continuado se restringe a las hipótesis en las cuales el bien jurídico afectado admite grados de afectación, diversas cantidades de daño, o menoscabos de diferente cualidad. Tal el caso de los delitos contra el patrimonio, bien que evidentemente puede afectarse por partes, proporciones, o en escalas distintas”.

muy distinta es que no se pueda predicar el nexo de continuidad cuando, en primer lugar, cada realización parcial suponga —incluso con cierta homogeneidad típica— la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos diversos, como ocurre entre la concusión y la extorsión; y, en segundo lugar, cuando desde la perspectiva político-criminal sea necesaria una protección jurídica independiente del bien jurídico, frente a sus diversas lesiones —bienes jurídicos eminentemente personales—. Desde luego, lesionar el mismo tipo penal o uno semejante implica por lo general lesionar el mismo bien jurídico⁶⁶.

Esas cuestiones, adviértase, son interdependientes dentro de la objetividad típica pero suelen diferenciarse sin muchos inconvenientes como podría suceder, a título de ejemplo, entre un hurto simple y un hurto calificado por la violencia personal donde además se lesione la integridad personal como bien jurídico eminentemente personal— [SSTS 1572 del 25.11.2003 (RJ. 2003-9361), 1564 del 07.10.2002 (RJ. 2002-9972); 18.09.1993 (RJ. 1993-6769), 13.12.1995 (RJ. 1995-9243), 29.6.1999 (RJ. 1999-6120) y del 31.1.2000 (RJ. 2000-451); 25.7.2000 (RJ. 2000-6921)], ello aunque se haya aplicado dicha unidad a casos de rapto con diversos accesos y actos sexuales posteriores, por ser el rapto inherente al mismo delito y así se afecte la libertad sexual y la libertad ambulatoria [STS 1033 del 12.07.1997 (RJ. 1997-6012)], como aspectos del mismo bien jurídico libertad *in nuce*; y, en casos de abuso de autoridad militar en los cuales también se presentan hechos de maltrato personal que pueden afectar la integridad personal o el honor, bajo el argumento de que en dichos delitos, “[...] lo que eminentemente se protege en todos los casos es el valor militar de la disciplina, aunque también puedan concurrir otros valores principales” [STS

⁶⁶ En este sentido, no deja de tener la razón PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, pp. 144-145: “[e]l bien jurídico como requisito autónomo, una vez en abstracto, es decir el interés jurídicamente tutelado, es por necesidad conceptual siempre idéntico en la violación de la misma ley penal. La identidad del bien jurídico lesionado es, por tanto, incluida en el requisito más general de la violación del mismo precepto penal” (t/l); TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 139. Como PAGLIARO, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 40 y 41, refunde la identidad típica relativa y la lesión a un mismo bien jurídico en una “unidad normativa relativa”.

34 del 25.06.1997 (RJ. 1997-5277: Sala de lo Militar)], desde luego, valores eminentemente personales que se subordinan al bien jurídico disciplina⁶⁷.

Ahora bien, como sucede con la unidad típica relativa, la identidad de bien jurídico lesionado por sí sola no resulta suficiente para predicar la relación de continuidad. En este sentido, CASTIÑEIRA PALOU sostiene: “[...] el concepto de bien jurídico puede actuar como límite a partir del cual ya es imposible plantear la existencia del delito continuado. Cuando las acciones atacan bienes jurídicos distintos no cabe hablar de identidad objetiva. La identidad de bien jurídico es condición necesaria pero no suficiente del delito continuado”⁶⁸. En cualquier caso, el uso exclusivo de este factor supondría aplicar de manera inadecuada la figura, cuando exista diversidad típica pero el mismo bien jurídico como sucedería, por ejemplo: entre un hurto y una estafa o entre un abuso de confianza y una extorsión unidos por la lesión del patrimonio económico. En fin, todo indica que en estos casos no es posible hablar de un delito continuado, porque el legislador se decidió por la insuficiencia de la simple lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico para configurarlo. A ello debe sumarse la forma en que se llevó a cabo la realización típica.

⁶⁷ En este sentido, el tribunal mediatiza los valores principales de naturaleza eminentemente personal a la disciplina, así: “[s]ucede, sin embargo, que al tener dicho delito de abuso de autoridad un carácter pluriofensivo —como bien señala la sentencia recurrida—, también pueden resultar afectados bienes jurídicos eminentemente personales, como la vida, integridad e incolumidad personal, o la dignidad de la propia persona; y si tales bienes constituirían el único valor protegible en el Código Penal común, de considerarse los hechos al margen del ámbito castrense, la entidad de los mismos adquiere una mayor dimensión penal cuando se detecta su producción dentro de la vida militar, y muy especialmente cuando afecta al personal de reemplazo, más necesitado de protección en los Ejércitos por su presencia obligatoria y no condición profesional, por cuanto al atacar u ofender a dichas personas dentro de la milicia no solamente quedan afectados bienes personales sino la propia disciplina, como bien indican las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (RCL 1979\90, 395 y ApNDL 6195) al establecer que «la disciplina obliga a mandar con responsabilidad [...]» (artículo 28), y dentro de esa responsabilidad está la de «tratar con corrección a sus subordinados» (artículo 35). Por ello, resulta prevalente en el delito que contemplamos el valor de la disciplina, pues además de ser esta última una columna básica para el funcionamiento normal de los Ejércitos, constituye también un medio de protección de otros valores personales, que también pueden verse afectados por los actos indisciplinados”.

⁶⁸ Vid. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 68. De otro lado, es interesante advertir como la legislación italiana, al no exigir a partir de 1974 unidad normativa, tampoco requiere identidad de lesión del bien jurídico, con lo cual admite los casos de lesión heterogénea siempre y cuando pueda predicarse la existencia de unidad de resolución en el agente.

Lo dicho, sin dejar de apreciar en su contexto la interesante tesis de REYES ALVARADO⁶⁹, para quien la mera heterogeneidad típica seriada que lesiona un mismo bien jurídico en virtud de un mismo plan o finalidad, puede ser resuelta mediante la aplicación de los principios del concurso aparente de tipicidades. El problema de esta postura, es que en el fondo supondría aplicar dos veces seguidas los principios hermenéuticos: la primera, para apreciar una consunción de aparentes tipicidades por progresión en una unidad típica; y, la segunda, para sancionar la conducta por la forma de lesión más compleja o grave.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la unidad relativa de tipo y la lesión progresiva de un mismo bien jurídico tutelado constituyen —en conjunto— el aspecto valorativo de integración normativa típica⁷⁰. Justo es decirlo, este factor permite verificar si los desvalores de resultado de los actos ejecutivos parciales homogéneos realizados por el autor, en unidad de conducta amplia (proceso ejecutivo unitario), según el ámbito contextual del tipo infringido (unidad típica relativa precedida por unidad de acción ontológico-normativa), son abarcados también como una unidad material de injusto que permita considerar una sola infracción típica⁷¹. En este nivel de análisis —a diferencia de aquél en el cual se examina la unidad de acción como proceso ejecutivo unitario— el criterio normativo de interpretación del sentido situacional del tipo ya no se asume como prognosis⁷², pues en verdad determina la atribución de valoración típica a dicha conducta, al ser complementada por los criterios normativos de: la naturaleza del bien

⁶⁹ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 228.

⁷⁰ De acuerdo con CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 85: “[e]sta interpretación lleva implícita la de otras dos; la infracción de la misma norma y la de lesión del mismo bien jurídico realizado del mismo modo”.

⁷¹ Al respecto, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 715-716 (*Tratado*, p. 771), le denominan unidad de injusto de resultado; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 433.

⁷² En sentido similar, MITSCH, *Konkurrenzen...* *ob. cit.*, p. 388, reitera que solo el número de acciones es influenciado por la unidad de acción natural, no la cantidad de infracciones penales; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 114: “[...] entendida la unidad de acción como criterio para determinar cuándo una sucesión de actos por su inmediatez y estrecho contexto espacio-temporal deben ser considerados un solo hecho como objeto unitario de valoración jurídica, de suerte que nada decide aún sobre la unidad o pluralidad de realizaciones típicas [...]”.

jurídico, la necesidad político-criminal de abarcar en su totalidad el injusto total de la conducta y la prohibición de doble valoración del hecho⁷³.

Se busca así determinar una unidad de injusto materializada por el aumento progresivo del resultado jurídico que implica la lesión (o puesta en peligro) seriada del mismo bien jurídico tutelado⁷⁴ y no por la realización reiterada del tipo o por la unificación artificial de una diversidad de tipicidades, porque estos casos no implicarían varias valoraciones autónomas desde el punto de vista de los principios de necesidad y proporcionalidad. Esta tesis encuentra sustento en la STC 89 del 02.11.1993, cuando el Tribunal afirma: “el hecho único en el que se integran los distintos hechos penalmente tipificados *sea* “subsumible, dentro del mismo tipo en el que cabría incardinar cada uno de aquéllos, pero del que resulta un daño cuya magnitud le hace acreedor de una pena del mismo género pero distinta extensión [...]”.

No obstante, respecto a esta exigencia la doctrina penal dominante reclama una aplicación de la continuación circunscrita únicamente a bienes jurídicos que admitan incrementos cuantitativos en la consumación de su afectación progresiva, en sentido concreto. Lo que no podría admitirse, sería la ampliación cualitativa de la lesión del bien jurídico con dicha lesión progresiva en bienes jurídicos considerados como eminentemente personales. Desde luego, esta exigencia debe ser aclarada en su contenido, pues resulta evidente que el injusto unitario depende de la naturaleza del bien jurídico y no de la posibilidad exclusiva de acumulación o adición de

⁷³ En un sentido en parte diverso, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 178, afirma: “[...] además de comprobarse que concurren los presupuestos objetivos y subjetivos del párrafo 1º del art. 74, la aplicación del instituto de la continuidad estará condicionada a que tal apreciación sea compatible con el sentido del tipo —el precepto en los términos de la ley— que debe imponer, o al menos autorizar, la unificación como presupuesto para la debida comprensión del desvalor de conjunto. Sólo en estos términos puede plantearse la justificación dogmática de la relación de continuidad. Cuestión distinta es que el examen particularizado de los tipos de la parte especial no revele ningún caso en que una pluralidad de hechos conexos deba ser considerada hecho único más allá de lo que permiten categorías dogmáticas como la unidad natural de acción o la unidad típica de acción”.

⁷⁴ Un ejemplo de ello se observa en la STS 755 del 06.07.2001 (RJ. 2001-5427), donde el TS rechaza como parte de la afectación del injusto unitario, algunas acciones del plan criminal del sujeto activo que no afectaron el bien jurídico patrimonio económico de los sujetos pasivos.

los objetos materiales sobre los cuales recae la unidad de acción o el proceso ejecutivo unitario⁷⁵.

Así las cosas, para configurar un injusto unitario continuado se debe exigir que la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma penal admita progresiones de afectación⁷⁶ desde el punto de vista del tipo penal, de tal suerte que tal afectación: (i) pueda ser considerada como un todo, sin que se pierda la identidad y la trascendencia normativa del sustrato sobre el cual se materializa la protección típica, y (ii) se descarte una “*ratio*” de protección diferente cada vez que se ataque por completo el sustrato material del bien jurídico que impida estructurar un injusto unitario y, por ende, una unidad de infracción penal continuada⁷⁷. En términos generales, las progresiones de afectación son comunes en —pero no exclusivas de— los delitos patrimoniales [SSTS del 18.04.1994 (RJ. 1994-3336) robo; 218 del 18.02.2004 (RJ. 2004-2894) y 1962 del 2003 (RJ. 2004-2776), entre otras]⁷⁸. Por supuesto, de no admitirse esta matización no sería posible sustentar la relación de continuidad cuando los diferentes actos parciales se adecúan a un mismo tipo o a tipos similares con los cuales, desde el primer acto parcial, la lesión al bien jurídico no personalísimo quedaría completa desde el punto de vista causal (delitos contra la fe pública).

Así mismo, no se puede confundir el concepto de progresiones de afectación con la idea de “curso de una progresión delictiva unitaria”: desde actos previos ya punibles hasta la consumación total del tipo final; es más,

⁷⁵ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 293: “[...] los bienes jurídicos son conceptos abstractos que en ningún caso pueden ser confundidos con el *objeto* sobre el cual recae la acción del agente, como se verifica, *verbi gratia*, en el hurto (artículo 239), en el cual el objeto es la “cosa mueble” y el bien jurídico es “el patrimonio económico” como concepto abstracto”.

⁷⁶ Así ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 864 y 865: “es viable solo en los casos en que la naturaleza del bien jurídico admite grados de afectación” y siempre que no implique la injerencia física del sujeto pasivo en el delito.

⁷⁷ En este sentido, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 675: “[...] esta interpretación racional de los tipos que impide caer en el absurdo, sólo puede operar a partir del análisis de cada tipo penal y, particularmente, sólo en los casos en que la forma de afectación del bien jurídico admite grados. Cuando el contenido de injusto del hecho es único, como sucede en el homicidio, en que la afectación implica la destrucción del objeto de la relación en qué consiste, esta interpretación no puede hacerse [...]”. Aunque terminan por afirmar que, en estos casos, debe apreciarse un concurso real de tipos y descartarse un posible concurso ideal.

⁷⁸ *Vid.* SCHROEDER, “Die Zusammenrechnung...”, *ob. cit.*, pp. 230 y ss.

tampoco es lo mismo una ejecución progresiva del tipo que una ejecución progresiva de la misma consumación típica. Este último caso se plantea, con claridad, en la STS 994 del 09.10.2006 (RJ. 2006-6568), cuando el tribunal afirma lo siguiente: “[s]e ha de reconocer la razón de las partes, en cuanto que, si bien del relato resultan dos momentos diferentes en los que se llevan a cabo actos de disposición, sin embargo no son apreciables dos secuencias de hechos que presenten todos los elementos del delito de estafa considerado. Si hubo un primer acto de disposición con sendas entregas por parte de los dos perjudicados, y al cabo de unas dos semanas otro de diferentes cantidades, ambos actos dispositivos obedecían a la misma causa engañosa, consistente en la pretendida adquisición por los estafados de dos inmuebles en subasta pública. Y los acusados desplegaron con el mismo fin el mismo engaño, consistente en su afirmación de ser funcionarios (corruptos) de Hacienda que controlaban la subasta a través de la cual se tenía que producir la adquisición de los inmuebles”.

En síntesis: afirmar que el delito continuado sólo admite comportamientos seriados que lesionan de manera progresiva el mismo bien jurídico, no significa que el concepto de lesión progresiva implique —por su esencia o sustancia inherente— solo una intensificación sólo cuantitativa del bien jurídico⁷⁹, ello es, sumas acumulables desde el punto de vista de la descripción comportamental respectiva. Ello, por dos razones: i) dicha exigencia solo tendría importancia relativa en algunos supuestos de continuación delictiva, siempre que el bien jurídico admita con anterioridad progresiones de afectación⁸⁰; ii) una ampliación desmesurada de este criterio

⁷⁹ Cfr. CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e1715, A. GÓMEZ y E. LOMBANA: “[n]o empece, se impone observar con detenimiento los efectos de la unidad de conducta en el campo de la antijuridicidad material, puesto que la noción de delito continuado se restringe a las hipótesis en las cuales el bien jurídico afectado admite grados de afectación, diversas cantidades de daño, o menoscabos de diferente cualidad. Tal el caso de los delitos contra el patrimonio, bien que eventualmente puede afectarse por partes, proporciones, o en escalas distintas”. Por su parte, tiene razón JAKOBS, *Derecho...*, ob. cit., pp. 1081 y 1092, cuando expresa que “[e]l citado requisito carece de justificación material. Si no se da una nueva ampliación cuantitativa del primer delito, no por eso decae la unidad del comportamiento, sino sólo la posibilidad de una sola infracción, y se llega al concurso ideal homogéneo”.

⁸⁰ Otros supuestos en los que incrementos cuantificables tendrían relevancia punitiva pero no incidirían en la continuación, serían los de tráfico de estupefacientes y otras infracciones consagradas en el cap. II del tít. XIII del CP, por ejemplo, Art. 375 “Conservación o financiación de plantaciones”; Art. 376 “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes” y Art.

a toda clase de continuación complicaría más la postura asumida sobre la naturaleza del bien jurídico que, bien entendida, resulta suficiente para estorbar la unificación típica⁸¹, con la directriz agregada e innecesaria de la unidad de sujeto pasivo⁸².

De lo contrario, no podrían explicarse —de forma coherente— las hipótesis de bienes jurídicos no patrimoniales que admiten la continuación, según el CPE, apt. 1.º del Art. 74, y en los cuales este criterio resulta intrascendente. De hecho, en España no se discute la posibilidad de aplicar la continuación a los delitos colectivos (salvo contra la hacienda pública —elusión del pago de tributos—⁸³). Incluso, se pueden advertir hipótesis de lesión o peligro contra bienes jurídicos colectivos, cuya afectación progresiva no comporta —*por su naturaleza*— ni la acumulación de injerencias físicas, ni una acumulación cuantificable de su lesión, sino intensificaciones que comportan una lesión progresiva de la esencia misma del bien jurídico, casos frente a los cuales no parece existir ningún impedimento político-criminal para formar un injusto unitario continuado.

382 “Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos”. También, se podrían considerar algunos supuestos en materia de delitos contra la administración de justicia como, P. Ej., Art. 397 “Peculado por apropiación”.

⁸¹ Así, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 864 y 865.

⁸² *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 123.

⁸³ *Vid.* STS 325 del 11.03. 2004 (RJ. 2004-2806), cuando en materia de delitos fiscales afirma: “[...] la posibilidad en hipótesis de aplicar el instituto de la continuidad delictiva al delito fiscal, pese a alguna jurisprudencia contradictoria, la más reciente, véase STS 2115/2002, de 3 de enero de 2003 (RJ 2003\782), con cita de la Sentencia 2476/2001 (RJ 2002\2033), «aunque el delito fiscal —y concretamente, el de elusión del pago de tributos— tiene cierta semejanza con muchos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a los que es aplicable indiscutiblemente la figura del delito continuado en caso de concurso real, la definición legal del tipo que nos ocupa, así como la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados mediante su comisión, condicionados cada uno de ellos por hechos imponderables diferentes, ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios diversos, le dan al delito fiscal una estructura específica difícilmente compatible con la continuidad delictiva, nunca apreciada por esta Sala. Como se dice en nuestra reciente sentencia 1629/2001, de 10 de octubre (RJ 2001\8554), en que ya ha sido planteado expresamente el problema, cuando el texto del artículo 305 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) describe la acción como la elusión del pago de tributos se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes, incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal. Y si la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para que la elusión de su pago se amalgame con la del pago de otro de distinta naturaleza, la redacción del apartado 2 del artículo 305 CP lo es también, como se dijo en Sentencia de 9-3-93 (RJ 1993\2547), para que el impago del impuesto correspondiente a un período impositivo o declaración pierda su condición de delito independiente y se funda, en un delito continuado, con el impago del mismo impuesto correspondiente a otro período»”.

En este sentido, la jurisprudencia suele aceptar la existencia del delito continuado cuando se vulneran bienes jurídicos como los siguientes: la fe pública en materia documental [STS 52 del 15.01.2004 (RJ. 2004-938)], la falsedad en documentos públicos [SSTS 1789 del 31.20.2002 (RJ. 2002-9912) y 1403 del 22.11.1999 (RJ. 1997-8356)], la falsedad en concurso ideal con estafa cuando los documentos se utilizan dentro del planeamiento general de las actividades defraudatorias de índole patrimonial (hurto, abuso de confianza o apropiación indebida, entre otros) [STS 773 del 30.04.2002 (RJ. 2002-7156), TSDJ de Bogotá, sent. del 19.07.2007, rad. 1100160004920060548501, MP: ALBERTO GONZÁLEZ GÓMEZ]; el fraude procesal y la falsedad en documento público continuadas [CSJ PENAL, sent. del 17.08.2005, M. PULIDO DE BARÓN; CSJ PENAL, sent. del 28.01.1999, e11192]; la administración de justicia en materia de favorecimiento por receptación [STS 152 del 11.02.2004 (RJ. 2004-1735)] y de obstrucción [STS 1424 del 05.12.2005 (RJ 2006-1927)]; la administración pública en materia de peculado [CSJ PENAL, sent. del 26.06.2003, e17377, Á. PÉREZ; STS 400 del 17.05.2007 (RJ. 2007-3439) como malversación de caudales públicos], la prevaricación [SSTS del 04.07.1996 (RJ. 1997-5426)], la prevaricación y la concusión [CSJ PENAL, sent. del 01.04.1976, *GJ*, núm. 2393 de 1976, pp. 125-129]; el cohecho [SSTS del 28.03.1994 (RJ. 1994-2604) y 709 del 28.03.1994 (RJ. 1994-2604)]; la administración y el patrimonio público respecto al delito de malversación en loterías [STS 217 del 18.02.2004 (RJ. 2004-1101) y por omisión [STS 1569 del 24.11.2003 (RJ. 2003-9463)]; la hacienda militar [STS 578 del 26.04.2004 (RJ. 2004-3240)]; la disciplina militar por abusos de autoridad [STS 34 del 25.06.1997 (RJ. 1997-5277) y 20 del 08.03.1995 (RJ. 1995-2752): Sala de lo Militar] e insultos a un superior [STS 18 del 06.05.1996 (RJ. 1996-4058: Sala de lo Militar)]; y, de manera muy excepcional y restringida, contra la libertad, integridad y formación sexuales (agresiones sexuales y acceso carnal violento) y la salud pública en los delitos de tráfico de estupefacientes. En el último caso, cuando se tratare de la ejecución de conductas parciales y fragmentarias según el plan preconcebido que se pone en práctica y se desarrolla en ocasiones diferentes [SSTS 649 del 07.12.1996 (RJ. 1996-8925) y 23.10.1993 (RJ. 1993-6778)]; de lo contrario, dichas hipótesis de

mera conducta y peligro son tratados como eventos de unidad delictiva [STS del 30.05.1984 (RJ. 1984-2702)⁸⁴], entre otras conductas. La continuación delictiva se niega, con claridad, respecto a los delitos fiscales, los cuales no se entienden ni como una forma de delito patrimonial, ni similares a los atentados contra el patrimonio público [STS 952 del 06.10.2006 (RJ. 2006-5739)⁸⁵].

⁸⁴ Sobre el particular, la STS 66 del 20.01.2004 (RJ. 2004-2163), indica: “[s]egún la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la aplicación de la continuidad delictiva al delito de tráfico de drogas, la propia naturaleza de éste delito contra la salud pública conlleva la dificultad de su apreciación, pues, constituyendo una infracción de mera actividad, de peligro abstracto y efecto permanente, ello significa que su consumación tiene lugar mediante la ejecución de cualquiera de las conductas especificadas en el artículo 368 CP, sin que sea necesaria la ulterior producción de un resultado concreto o lesivo, ni tampoco la propia transmisión de las sustancias para alcanzar dicha consumación, siendo por ello también denominado delito de resultado cortado, pudiendo distinguirse entre el tráfico potencial (suficiente para la consumación) y la concreta acción ulterior de la transmisión o tráfico material de dichas sustancias, más allá de la consumación propiamente dicha (STS de 23/9/93 [RJ 1993\6778] y la numerosísima cita jurisprudencial que contiene en su fundamento jurídico segundo) [...] La pluralidad de acciones típicas, autónomas e independientes, o, más exactamente, la pluralidad de hechos ontológicamente diferenciables que constituye la base del delito continuado, exigiría la concreta individualización de una nueva acción incardinable en el tipo aplicado, autónoma e independiente, surgiendo de esta forma un renovado riesgo para la salud pública. La STS de 30/5/84 (RJ 1984\2702) señala también que solo se debe aplicar la continuidad delictiva en los delitos contra la salud pública «cuando las acciones de tráfico de estupefacientes son ejecuciones parciales y fragmentarias de un plan preconcebido y desarrollado en diferentes ocasiones» (RJ 1993\6778). Pero naturalmente ello debe entenderse siempre y cuando tenga lugar temporalmente con anterioridad a la consumación del delito conforme a lo dicho más arriba (ver, entre otras, SSTS 1038/00 [RJ 2000\5771] o 763/03 [RJ 2003\4282])”.

⁸⁵ Dicha sentencia afirma: “[l]a disparidad con los delitos patrimoniales e incluso con el de malversación de caudales públicos surge de las siguientes circunstancias, a) la estructura conductual del delito del 349 del *C.P. de 1973*, no podría compararse, por ejemplo, con la del delito de malversación de caudales públicos (*art 394 C.P. de 1973*), en el que realmente se castiga una clara conducta de apropiación indebida, en su dinámica comisiva y cuyas connotaciones diferenciales hacen referencia exclusivamente a los sujetos activo, pasivo y objeto material, que la dota de un carácter específico. Eso no ocurre en el delito fiscal. b) en el delito de malversación de caudales se establecen incrementos punitivos en razón a la importancia de las cantidades dinerarias apropiadas. En el *art. 349* no se establecía esta posibilidad, por lo que si se reputaban analógicamente a efectos de delito continuado como delitos patrimoniales y por consiguiente con la previsión de un castigo en función del total defraudado, no existiría diferenciación en el trato punitivo de un delito fiscal aislado y varios de ellos en continuidad delictiva, al faltar cualquier exasperación punitiva a causa de la importancia cuántica de la defraudación al Fisco. No obstante, en la actualidad, se agravan las penas por la concurrencia de la notoria importancia de lo defraudado, permitiendo unas mayores posibilidades de proporcionalizar la pena en atención a la importancia del monto defraudado a la Hacienda Pública. c) en los delitos patrimoniales se ataca directamente al patrimonio del perjudicado, mientras que en el delito fiscal sólo indirectamente puede resultar afectado. Las cantidades que, por ejemplo, debió ingresar el procesado y no lo hizo, nunca han podido integrar el patrimonio del Estado, como en el delito de malversación, porque no llegaron a tener entrada en él. Es indudable, pues, que el bien jurídico protegido no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto

De este modo, si todos los límites externos (político-criminales) del delito continuado se convierten en parte de su esencia teórica, no se explicarían aquellas hipótesis de continuación no patrimonial en las que la lesión continua puede ser cualitativa, pero respecto de bienes jurídicos que no impiden la alineación normativa de un injusto unitario por la valoración político-criminal que suponen. En otras palabras: no se podría explicar el CPE, apt. 1.º del Art. 74, y —aunque no se comparta— la excepción a dicho apartado, incorporada por el apt. 3.º del Art. 74 mod. LO 15/2003. De este modo, que sea inaceptable político-criminalmente apreciar un acceso carnal violento continuado, no implica afirmar que desde el punto de vista legal no exista (verdadera hipótesis de concurso ideal).

Con tal punto de partida, si los actos ejecutivos parciales que conforman la unidad de conducta en sentido amplio no pueden ser valorados como una sola infracción del tipo penal, porque es improcedente formular un desvalor de resultado unitario —dada la múltiple desvaloración político-criminal que exige el bien jurídico afectado—, se deberá sostener la existencia de un concurso ideal de tipos en el cual existe, como se advirtió, una concurrencia de tipicidades con ocasión de una unidad de conducta. Por ello, se puede reiterar que el delito continuado es una figura jurídica extraña a las hipótesis de concurrencia delictiva.

E. EXCLUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA UNIFICACIÓN TÍPICA CONTINUADA, POR OFENSAS A BIENES JURÍDICOS “ALTAMENTE PERSONALES” (höchstpersönliche Rechtsgüter). Ahora bien, a partir de 1957 en España, la doctrina y la jurisprudencia han buscado impedir que los operadores jurídicos extiendan la aplicación del delito continuado, para abarcar el desvalor total de la unidad de conducta realizada por el autor, a algunas hipótesis en las que el menoscabo seriado del mismo bien jurídico compromete —de forma colateral o directa— intereses relativos a la persona como sustrato de protección del Derecho penal. Estos intereses, al estar relacionados de forma íntima con la “dignidad de la persona humana y su

básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas” (subrayado por fuera del texto original).

indemnidad” deben ser valorados, protegidos y sancionados de forma especial e individual por el Derecho penal, pues su afectación es irreversible a su estado original tras culminar el ataque antijurídico, incluso si admiten afectaciones progresivas como la integridad personal y la salud, la libertad sexual o la integridad moral; o, porque su afectación comporta la extinción del bien jurídico tutelado en el caso concreto, como sucede con la vida [STS 218 del 18.02.2004 (RJ. 2004-2894)]⁸⁶.

Esta limitación legislativa adicional a los requisitos dogmáticos objetivos y subjetivos del delito continuado, se regula de forma expresa en el CPE, apt. 3.º del Art. 74 mod. LO 15/2003, cuyo texto indica de manera literal: “[q]uedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor, la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. / En tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

De este modo, se trata de una restricción político-criminal parcial que implica, cuando los diversos actos particulares que estructuran la unidad de acción en sentido amplio o el proceso ejecutivo unitario del delito continuado ofendan bienes jurídicos de la más alta representación y jerarquía en el sistema jurídico, que dichas infracciones deban apreciarse como una pluralidad de tipicidades independientes en concurso ideal⁸⁷. Esta

⁸⁶ Un concepto más restringido se encuentra en CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 108. Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 270, afirma: “[s]e establece, en consecuencia, una gradación de los valores de la personalidad, dependiendo la admisión del hecho continuado según sea mayor o menor el *valor personalidad del bien agredido*”.

⁸⁷ En este sentido, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 715-716 y 720-721 (*Tratado*, pp. 771 y 776), a la par que se muestran a favor de la restricción político-criminal, sustentan la aplicación del concurso ideal homogéneo en las hipótesis patrimoniales, para limitar la continuación delictiva, atendida la importancia que el ordenamiento alemán le otorga al bien jurídico patrimonio económico. Crítico: ROTH-STIELOW, “Kritisches...”, *ob. cit.*, p. 450, dice que la jurisdicción no puede tratar de manera diferente la ofensa a bienes jurídicos económicos a la que se comete contra los personalísimos. Ello, porque desde una perspectiva abstracta, los bienes jurídicos económicos y los personalísimos son similares. En la doctrina española, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 271, señala: “[...] nuestro derecho —art. 74— limita la continuidad delictiva *en todo caso* en que se lesionen bienes de tal clase, esto es, aún en el supuesto de que los sucesivos ataques se dirijan contra la misma persona concurriendo los presupuestos objetivos y subjetivos del delito continuado”. En las legislaciones iberoamericanas esta restricción se asume de forma expresa por los CP de NICARAGUA, Art. 83 y PERÚ, Art. 49, en el último caso, al declarar:

prohibición también abarcaría la posibilidad de configurar un delito continuado de infracciones de peligro para la vida o la integridad personal [STS 532 del 19.05.2003 (RJ. 2003-4454)], para resaltar la importancia normativa del sustrato que se protege por la norma precedente: La persona.

Dicha jurisprudencia afirma lo siguiente: “[p]ues bien, suscitada la continuidad en los estragos, debemos señalar que, como ha señalado la STS 538/00 (RJ 2000\3736), no puede acogerse la interpretación doctrinal del artículo 346, al que se remite expresamente el 571 aplicado en este caso, que entiende que el riesgo para la vida o integridad personal en este tipo de delitos ha de ser concreto, sino que teniendo en cuenta «la inclusión de tal precepto penal en un título que se refiere a delitos contra la seguridad colectiva y, por tanto, sin que hayan de constar para su realización datos de personas concretas, es suficiente que el peligro amenace a personas indeterminadas». También la STS de 04/02/92 (RJ 1992\1008) había expuesto con anterioridad la posición contraria a la estimación de la continuidad delictiva (entonces en relación con el artículo 69 bis CP 1973 [RCL 1973\2255]) [...] de forma que cuando la incidencia del hecho criminal alcanza a bienes eminentemente personales (como es la vida o integridad de las personas), aunque sea potencialmente, no es posible aplicar el propósito que guía al Legislador de unificación de distintas acciones en una sola acción jurídica como es el delito continuado” (subrayado por fuera del texto original).

Desde luego, dicho límite jurídico no impide o limita el propósito unificador de la unidad de acción continuada⁸⁸, para aplicar en estos eventos la normativa del concurso real de tipicidades, porque en realidad la lesión de bienes

“[I]a aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”. A su turno, el CP de EL SALVADOR, Art. 42, limita la restricción político-criminal a los delitos de homicidio y lesiones personales.

⁸⁸ Cfr. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 436, advierten (de forma ambivalente) que la continuidad delictiva o “[...] la unidad de acción por continuación se excluye expresamente por nuestro legislador en tales supuestos”. Cfr. SSTS del 24.11.1999 (RJ.1999-8889); 31.01.2000 (RJ. 2000-451); 22.10.1999 (RJ. 1999-7135); 25.03.1985 (RJ. 1985-2029). También, la STS del 04.07.1991 (RJ. 1991-5529), indica como límite el siguiente: “la incidencia en bienes tan enraizados o inherentes al ser humano, primariamente insertados en la persona, que en otro caso dificultaría el propósito unificador y aglutinador de las distintas acciones”.

jurídicos «altamente personales» no transforma la naturaleza y el grado de la unidad de acción —si ésta existe desde el punto de vista jurídico—, para impedir la configuración de un concurso ideal homogéneo de tipos. Ello, con independencia de que la ausencia de conexidad temporal y espacial pueda afectar dicha unidad de acción en sentido amplio. Así mismo, tampoco parece correcto afirmar que siempre que se lesione varias veces el mismo bien jurídico «altamente personal» se deba apreciar “una coexistencia y concurrencia de acciones simultáneas” [STS 1261 del 15.10.1999 (RJ. 1997-7669)], porque lo que es de verdad inviable desde el ángulo político-criminal es configurar un injusto unitario progresivo (continuado) en relación con un mismo bien jurídico personalísimo, que afecta la integración típica del delito continuado⁸⁹.

Por ello, para poner ejemplos, cuando un sujeto dispara una ráfaga de ametralladora contra cuatro personas causándoles la muerte, realiza varios hurtos violentos seguidos en unidad de fin, o lleva a cabo dos detenciones ilegales o dos secuestros contra distintas personas en la misma situación contextual, no realiza un delito continuado en cada una de esas situaciones [vid. SSTS 788 del 29.05.2003 (RJ. 2003-4388), 02 del 09.01.2003 (RJ. 2003-661), 680 del 27.04.2001 (RJ. 2001-3599), 1677 del 24.11.1999 (RJ. 1999-8889), 1519 del 22.10.1999 (RJ. 1999-7135), 1420 del 14.10.1999 (RJ. 1999-7035), 1067 del 29.06.1999 (RJ. 1999-6120), 10.10.1998 (RJ. 1988-8314), 1261 del 15.10.1997 (RJ. 1997-7669), 13.12.1995 (RJ. 1995-9243), 18.11.1993 (RJ. 1993-8640) y 12.03.1990 (RJ. 1990-2450), entre otras], pero sí un concurso ideal homogéneo entre varias infracciones típicas de homicidio o robo (hurto calificado por la violencia personal), por la imposibilidad de unificar la unidad de acción en una unidad típica continuada o delito continuado, según lo imponen las reglas que dilucidan la existencia del aparente concurso de tipos.

⁸⁹ Así, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 712-713 (*Tratado*, p. 767), afirman: “la unidad natural de acción no queda excluida por el hecho de que sean lesionados bienes jurídicos personalísimos con diferentes titulares”. De hecho, lo que de verdad indica el Art. 74 del CPE es que no podrá ser castigado el sujeto como autor de un delito o falta continuados, cuando se ofendan bienes eminentemente personales. Pero ello no desdibuja la unidad de acción, sino la unidad de infracción típica unitaria. Ya se ha dicho, recuérdese, que para estos casos la legislación regula el concurso ideal homogéneo.

En este sentido, no se puede confundir el nivel y los requisitos de la unidad de acción con los requisitos necesarios para la integración normativa típica, pues la última supone tanto la unidad de injusto objetivo y personal de la acción como la unidad de bien jurídico (como unidad de injusto de resultado jurídico). De todas maneras, es necesario advertir que el alcance de esta limitación no es pacífico en la doctrina penal, al punto de que subsisten diversas teorías en la práctica judicial. Véanse a continuación algunas de ellas.

1. En primer lugar, un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia sostiene una postura absoluta, en virtud de la cual se afirma que no es posible apreciar un delito continuado —así se pueda catalogar desde el punto de vista estructural como tal—, cuando la conducta del agente lesione o amenace varias veces el mismo o semejantes bienes jurídicos calificables como “eminente o altamente personales”; es decir, intereses relacionados de manera estrecha con las condiciones básicas de desarrollo, supervivencia y dignidad de la persona en la sociedad⁹⁰ [en la jurisprudencia, *vid.* CSJ PENAL, sent. del 20.02.2008, e28880, Y. RAMÍREZ; sent. 12.05.2004, e17151; SSTS del 27.03.1987 (RJ. 1987-2228), del 04.10.1993 (RJ. 1993-7270) y del 22.08.1995 (RJ. 1995-6928), decisiones en las cuales se niega la posibilidad de aplicar la continuación a los delitos de agresión sexual y acceso carnal violento, de tal suerte que cada acto constituye una ofensa típica individual que debe ser penada por separado mediante la normativa concursal].

Ello tendría razón de ser, por un lado, porque la integración normativa típica en estas hipótesis acarrearía una insostenible degradación cualitativa, valorativa y social del bien jurídico tutelado por la norma penal⁹¹, la cual se materializa cuando se desconoce que la entidad de la persona afectada

⁹⁰ *Vid.* GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 364, afirma la imposible conexión continuada de varios insultos, por afectarse un bien jurídico personalísimo como el honor. En Italia, dicha postura tuvo antecedentes en los trabajos de IMPALLOMENEI, quien aseveró la inadmisibilidad del delito continuado en todos los delitos contra las personas, aun cuando las diversas violaciones tuvieran por origen la misma resolución criminal; MAGGIORE, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 181 y MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 440 y ss.

⁹¹ *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 870. Además, parece inaceptable la corriente jurisprudencial que resuelve los casos de continuidad delictiva en la violación como un solo hecho; BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, p. 434; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 436.

(dignidad e indemnidad) tiene la suficiente importancia normativa y social (*ratio de protección*), como para afirmar que cada vez que se produzca un ataque contra un bien jurídico personalísimo— incluso contra un mismo titular— se configuran varias razones de protección independientes, que rompen la unidad típica exigida por el delito continuado⁹². De no acogerse esta matización, los bienes jurídicos que protegen la indemnidad del ser humano serían tratados de forma igual a aquellos que no lo hacen, incluso si éstos admiten una lesión gradual y tienen relación con la persona en el marco del ordenamiento jurídico vigente (p. ej.: el patrimonio económico). Y, por otro, como afirma CANTARERO BANDRÉS, porque en dichas hipótesis no se puede afirmar que los actos parciales sucesivos sirvan para ampliar el injusto precedente, aun cuando el sujeto pasivo sea único⁹³.

De este modo, el ámbito de aplicación del delito continuado se reduciría a aquellos supuestos en los que no se lleva a pérdida irremediable un bien jurídico «altamente personal», eventos en los cuales tendría cabida un concurso ideal homogéneo cuando se tratare de supuestos en los cuales medie una unidad de acción (en sentido amplio). En realidad, esta postura político-criminal es la que más se adecúa a la función límite del bien jurídico, en el esquema de un Derecho penal personalista desde la perspectiva del Estado social y democrático de derecho, no obstante que se contravenga la reserva político-criminal prevista en el apt. 3.º del Art. 74 del CPE. Esta postura es acogida por la doctrina y en la jurisprudencia colombianas desde 1945⁹⁴.

En este sentido, la CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e17151, A. GÓMEZ y E. LOMBANA, advierte: “[a]mplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia

⁹² Vid. CSJ PENAL, sent. del 12.05.2004, e17151, A. GÓMEZ y E. LOMBANA.

⁹³ Vid. CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 109.

⁹⁴ CSJ PENAL, sents. del 12.12.1945 en GJ, t. LIX, núm. 2025-2027 bis, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1945, p. 1042; sent. del 14.01.1957, GJ, núm. 2179, t. LXXXIV, p. 447, L. SANDOVAL, donde se indicó: “[e]n la controversia doctrinaria suscitada al efecto, la gran mayoría de expositores admite que puede existir la continuación aún con pluralidad de sujetos pasivos. Así lo sostiene Mittermaier. También Manzini e Impallomeni siguen la tesis, excepto cuando se trata de delitos contra los derechos “individuales” inseparables de la persona como la vida, la integridad personal, el honor, el pudor.” [...] “Sin embargo, la apreciación de hecho encuentra límites en la naturaleza de algunos delitos que excluyen A PRIORI la identidad del designio, por cuanto afectan bienes personalísimos (hochspersonlyche rechguter dicen los alemanes), como la vida, la integridad personal, la libertad, la libertad sexual, el honor”.

coinciden en afirmar que el delito continuado y el delito masa quedan excluidos cuando se atenta contra bienes jurídicos eminentemente personales⁽²⁾, entre ellos los relacionados con “la libertad, integridad y formación sexuales”, y a ello se suma la Sala mayoritaria de Casación Penal, bajo el entendido que la protección de tales bienes descansa muy especialmente sobre la base de reconocer la dignidad inherente a todo ser humano como un bien absoluto, que no admite graduación, ni escalas, ni excepciones; y también para evitar consecuencias político criminalmente inaceptables, como ocurriría por ejemplo al descartar el concurso de accesos carnales, so pretexto de que el abusador tenía la finalidad única de asaltar sexualmente a todas las alumnas de un grado escolar, para satisfacer alguna vanidad personal. En tratándose de los derechos personales, cada delito cometido contra ellos ya comporta la destrucción o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, si una niña es abusada por una sola vez, ya se desconoció en ella su libertad sexual y se interfirió en su proceso normal de formación; y por tanto, ya se cometió un delito. Todo ello, con independencia de que el tratamiento psicoafectivo y el paso del tiempo produzcan inclusive la desaparición total de los efectos nocivos de ese episodio. /Es que los bienes personales no se pueden dividir ni graduar como si se tratara de productos fungibles. La dignidad acompaña al ser humano desde su nacimiento hasta la muerte, y se erige en una fuente inagotable de donde dimana el fundamento de los demás derechos y prerrogativas. Sin embargo, cuando a través de una acción delictiva se niega o desconoce esa dignidad, el sujeto activo ya se ha colocado al margen de la ley, y debe soportar las consecuencias jurídicas de su comportamiento. /No es que la libertad sexual se agote, ni que la integridad se haya destruido para siempre, ni que la formación sexual no pueda encausarse nuevamente después de un abuso. En el mismo orden de ideas, no se podría afirmar, por ejemplo, que el secuestro de corta duración aniquila para siempre la libertad del plagiado. Lo que ocurre es que, se insiste, por derivar directamente de la dignidad inherente a la persona humana, esos bienes absolutos no son susceptibles de dividir en partes de relativa relevancia cada una, y por tanto, cada episodio de abuso conlleva el despliegue de una conducta punible agotada”.

2. En segundo lugar, una posición extensiva sobre la materia, sostiene que el delito continuado puede ser aplicado a todas las hipótesis que, por su naturaleza típica, admitan la relación objetivo-subjetiva continuada, con independencia de la naturaleza del bien jurídico, lo que incluye —como es evidente— las hipótesis relacionadas con bienes jurídicos “altamente personales” no vinculadas con delitos únicos en sentido estricto. Sobre el particular, CHOCLÁN MONTALVO afirma: “[...] no se puede apreciar una justificación material para excluir en todo caso los bienes personalísimos de la relación de continuidad. Es difícil comprender por qué siempre que se afecten bienes altamente personales, en caso de sucesivos ataques a un mismo sujeto, con carácter general deba entenderse que cada acto presenta un disvalor de la acción y del resultado, así como un contenido de culpabilidad tan diverso que no resulta adecuado renunciar a una particular valoración de cada acto [...] Por el contrario, el delito continuado debe admitirse si concurre el nexo de continuidad, sin limitación, cuando los sucesivos ataques se producen con el mismo sujeto pasivo”⁹⁵.

Además, debe decirse que por lo general esta postura supone sustentar un concepto muy particular sobre los bienes jurídicos tutelados, pues sólo cuando estos se conciben de manera general o abstracta, ello es, sin predicar su vinculación directa y concreta con la dignidad del titular, se puede sostener que (incluso bienes jurídicos altamente personales como la vida) admiten ser lesionados o puestos en peligro de modo gradual, cuando no se den los presupuestos de discontinuidad estrecha entre las acciones parciales realizadas por el autor. Esta línea de reflexión doctrinal cuenta con una larga tradición legislativa y jurisprudencial en Italia donde, incluso, se afirma la posibilidad de aplicar la continuación delictiva a los casos de homicidio, lesiones personales y ataques reiterados contra la libertad sexual del mismo sujeto en varias ocasiones, no obstante que existan varios titulares del bien jurídico afectados⁹⁶.

⁹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 251, 273 y 274.

⁹⁶ Así, por ejemplo, ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 466; PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 113; DELITALA, *In tema...*, *ob. cit.*, p. 198, señala que la continuación no puede ser excluida en ningún género de delitos, porque todo depende de si en el caso concreto se

3. En tercer lugar, se advierte una postura intermedia o relativa, en virtud de la cual se admite el delito continuado según: i) el número de sujetos pasivos; ii) la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados en el caso en concreto, es decir, si éstos admiten o no una lesión progresiva; y iii) la valoración del juez sobre la naturaleza del hecho y del precepto infringido [SSTS 1316 del 10.07.2002 (RJ. 2002-7450) y 680 del 27.04.2001 (RJ. 2001-3599); en particular la STS del 04.10.1993 (RJ. 1993-7270)].

Así las cosas, si la unidad de conducta implica un menoscabo seriado del mismo bien jurídico “alta o eminentemente personal”, no sería posible admitir un delito continuado cuando resulten afectados dos o más sujetos pasivos diferentes [SSTS de 23.03.2009 (RJ. 2139-2009), 10.03.2009 (RJ. 2177-2009), 06.02.2009 (RJ. 549-2009), 1145 del 17.06.2002 (RJ. 2002-7359) respecto de ciertos delitos de proxenetismo, 1308 del 02.07.2001 (RJ. 2001-7033)⁹⁷ y 1272 del 09.09.1999 (RJ. 1999-7381) frente al delito de abusos sexuales], o cuando se tratare de tipos penales con víctimas plurales [la pornografía con menores CP, Art. 218 “[...] en el que participen menores de edad”]; o la corrupción de menores: STS 320 del 15.03.1997 (RJ. 1997-1729), entre otras]. Situación que resulta clara respecto a los derechos de las víctimas⁹⁸ en ejemplos ya citados, cuando se observa que los accesos carnales de María y Ana no se pueden estructurar como una continuación delictiva, porque estas conductas configuran un concurso de delitos en el que se renueva la conducta del sujeto activo [STS 1695 del 07.11.2000 (RJ. 2001-753)] y se vulneran bienes jurídicos y derechos fundamentales diferentes.

Por el contrario, se admitirá la continuación delictiva, como lo hace el ordenamiento penal español en el apt. 3.º del Art. 74, cuando los actos

presentan los elementos necesarios para aplicarla (Mancini); SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 349; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 73.

⁹⁷ Vid. SSTS del 16.01.1997 (RJ. 1997-184); 13.04.1998 (RJ. 1998-4018); 06.10.1998 (RJ. 1998-8045); 26.01.1999 (RJ. 1999-949); 23.03.1999 (RJ. 1999-2676) y del 20.07.2001 (RJ. 2001-7295).

⁹⁸ En igual sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 277, sostiene que para el Tribunal Supremo la exclusión del delito continuado, en estos casos, no tiene relación con la dogmática de la unidad de acción, sino con la necesidad de “...procurar una mayor protección de bienes que tutelan en un primer plano a la persona en cuenta tal [...]”. Sobre la medición del desvalor de resultado, prevalece el daño a la víctima.

parciales lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos “eminente­mente personales” como el honor, la libertad e indemnidad sexuales y, de manera particular, la autonomía por el delito de “amenazas”⁹⁹, siempre y cuando los actos parciales recaigan sobre un único sujeto pasivo o la víctima¹⁰⁰ [SSTS 146 del 06.02.2001 (RJ. 2001-357); 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580); 09.06.2000 (RJ. 2000-5253); 28.06.1999 (RJ. 1999-6110); 06.10.1998 (RJ. 1998-8045) y del 06.10.1998 (RJ. 1998-6860)¹⁰¹, entre otras].

Ello es posible, porque en estos casos las acciones ejecutivas sucesivas con unidad de fin solo implican, según la naturaleza del hecho, la gravedad del atentado, la apreciación de la razón esencial que justifica la figura del delito continuado y el precepto infringido, una intensificación progresiva de la afectación (desvalor de resultado unitario) del mismo bien jurídico tutelado y son ejecutadas en un mismo contexto de acción de cierta duración, que

⁹⁹ Vid. STS 376 del 17.03.2004 (RJ. 2004-2809), que advierte: “[d]e otro lado, se censura también la inaplicación del punto 3 del artículo 74 por entender que el delito de amenazas recae sobre bienes eminentemente personales que quedan exceptuados de la continuidad que regula el precepto. No obstante, esta alegación no se compadece con la moderna doctrina de esta Sala (véanse las SSTS citadas por el Fiscal de 12 de diciembre de 1997 [RJ 1997\8838], 17 de junio de 1998 [RJ 1998\5801] y 12 de junio de 2000 [RJ 2000\5254]) que incluye en el ámbito de la continuidad delictiva al delito de amenazas al no considerar que el bien jurídico tutelado sea de los que deben reputarse personalísimos”; También, la admite la STS 1537 del 12.12.1999 (RJ. 1997-8838), no obstante se atenta no solo contra el patrimonio económico sino también contra la autonomía, la libertad de la persona humana y su libre desarrollo de la personalidad, al tipificar un delito de extorsión calificado como un delito continuado de amenazas. En contra, STS 1447 del 10.09.2002 (RJ. 2002-8329).

¹⁰⁰ Vid. BRODAG, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 164; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 715-716 (*Tratado*, p. 771); KÖHLER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 689; KRATZSCH, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, p. 181; ÁNGEL JOSÉ SANZ MORAN, “El concurso de delitos en la reforma penal: Unidad y pluralidad de delitos”, en *CDJ*, Madrid, 1995, pp. 208 y ss., quien admite la posibilidad del delito continuado en eventos que afectan un único titular del bien jurídico «altamente personal»; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 553 -599: “[p]or ello, reiterando una larga veta doctrinaria y jurisprudencial, se propone no admitir el nexo de continuidad en tratándose de bienes jurídicos “altamente personales” cuando la conducta recaiga sobre un número plural de sujetos pasivos del delito, casos para los cuales el propio legislador ha diseñado la figura del concurso ideal homogéneo con un régimen punitivo especial en el inciso 1º del artículo 31”; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 472. CP PORTUGUÉS, *Legislação complementar M. Maia Gonçalves*, *ob. cit.*, p. 139. También, *vid.* SSTS del 09.06.1993 (RJ. 1993-4862); 09.06.1993 (RJ. 1993-4862) y 1582 del 30.09.2002 (RJ. 2002-8680). Sobre las enormes desventajas probatorias de aceptar la continuación en los casos sexuales de larga duración frente a un mismo sujeto menor de edad, *vid.* ZCHOCKELT, “Die praktische..., *ob. cit.*, p. 363.

¹⁰¹ Vid. SSTS del 22.04.1998 (RJ. 1998-3787), 22.04.1998 (RJ. 1998-4710); 16.02.1998 (RJ. 1998-1740), 12.01.1998 (RJ. 1998-43), 12.01.1998 (RJ. 1998-45); 08.06.1997 (RJ. 1997-5487); 08.07.1997 (RJ. 1997-5487); 26.12.1996 (RJ. 1996-9654); 11.10.1996 (RJ. 1996-7148) y del 15.03.1996 (RJ. 1996-1951).

obedecen a un mismo plan criminal o al aprovechamiento de ocasiones similares¹⁰². De todas maneras, algún sector de la doctrina critica la norma porque deja a la jurisprudencia y a la doctrina la determinación de los supuestos en los que cabría aplicar el delito continuado lo que, sin duda, infringe el principio de legalidad¹⁰³.

Apenas ver, esta postura mixta ha sido desarrollada por el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, por ejemplo: respecto al delito de agresiones sexuales [acceso carnal violento, CP, Arts. 205 y ss.], al admitir de modo excepcional y restringido la aplicación del delito continuado, cuando se trate de agresiones sexuales duraderas y homogéneas en un tiempo no muy dilatado, con identidad de sujetos (activo y pasivo), y siempre que la actuación violenta del agresor obedezca a un dolo único continuo que suponga el aprovechamiento de ocasiones similares para satisfacer el mismo furor erótico-sexual, sin que ello implique un ataque a la libertad personal globalmente considerada [SSTS 731 del 10.06.2005 (RJ. 2005-3751), 578 del 26.04.2004 (RJ. 2004-3240), 122 del 05.02.2004 (RJ. 2004-696), 96 del 30.01.2004 (RJ. 2004-540), 1641 del 11.10.2002 (RJ. 2002-9695), 10.06.2002 (RJ. 2002-7450)¹⁰⁴]. O de abusos sexuales: SSTS del 14.05.1999 (RJ. 1999-5397), 12.04.1999 (RJ. 1999-3114), 25.05.1998 (RJ. 1998-4438),

¹⁰² En este sentido, la STS 49 del 24.01.2006 (RJ. 2006-205), señala respecto al delito de injuria, lo siguiente: “[...] tan sólo resulta apreciable la continuidad en las expresiones injuriosas cuando claramente se muestren guiadas por una unidad de acción y desenvueltas en idéntica situación temporo-espacial, en cuyo caso no puede hablarse de varias infracciones del mismo precepto, sino de una infracción continuada, y resulta factible graduar la pena en más o en menos según la gravedad objetiva del hecho, dentro de las facultades que el Legislador confiere al Juzgado o Tribunal. En segundo lugar, no existirá tal continuidad delictiva, sino una única infracción, cuando, por tratarse de infracciones instantáneas que quedan consumadas y agotadas en el momento de ser realizados los actos que las integran, exista un único dolo o propósito de atentar contra el honor. Por último, como tercera posibilidad, no podrá hablarse de un único «animus iniuriandi» cuando estemos ante infracciones distintas y claramente diferenciadas, supuesto en el que se entenderán renovados los diversos dolos, motivando por lo tanto que se consideren diferentes hechos perseguibles”.

¹⁰³ Así, CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1019; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 299.

¹⁰⁴ También, *vid.* SSTS del 05.11.2001 (RJ. 2002-612); 1695 del 07.11.2000 (RJ. 2001-753); 09.06.2000 (RJ. 2000-5253), 26.01.1999 (RJ. 1999-949); 23.03.1999 (RJ. 1999-2676); 1049 del 28.06.1999 (RJ. 1999-6110); STS del 14.05.1999 (RJ. 1999-3818); 12.01.1998 (RJ. 1998-43), 16.02.1998 (RJ. 1998-1740); 02.02.1998 (RJ. 1998-412); 16.02.1998 (RJ. 1998-1740); 22.04.1998 (RJ. 1998-3787), 25.05.1998 (RJ. 1998-4438), 06.10.1998 (RJ. 1998-6860), 08.07.1997 (RJ. 1997-5487), 15.03.1996 (RJ. 1996-1951), 11.10.1996 (RJ. 1996-7148), 26.12.1996 (RJ. 1996-9654), 22.10.1992 (RJ. 1992-8431); 18.12.1991 (RJ. 1991-9538) y del 12.07.1990 (RJ. 1990-6303), entre otras.

22.04.1998 (RJ. 1998-4710), 08.07.1997 (RJ. 1997-5397) y, 1003 del 08.07.1997 (RJ. 1997-5487) y 408 31.03.1997 (RJ. 1997-2520) referidas al delito de estupro, entre otras].

Desde luego, no faltan doctrinas jurisprudenciales que niegan la aplicación del delito continuado en agresiones sexuales en las que, aunque medie un único sujeto pasivo afectado y un mismo bien jurídico lesionado, los hechos “resultan suficientemente individualizados como para poder afirmar que en cada caso fue preciso renovar la acción de intimidación para conseguir doblegar la voluntad de la menor y atentar así contra su libertad e indemnidad sexual, con lo cual nos encontramos ante agresiones sexuales variadas y diferenciadas en concurso real” [STS 1316 del 10.07.2002 (RJ. 2002-7450)]. Esta posición es confusa, pues para respetar en el plano formal la excepción del Art. 74.3, mezcla en forma parcial las “teorías restrictivas absolutas” —antes mencionadas— y la exigencia implícita de indeterminación probatoria de los hechos realizados por el autor. Además, hace depender la unidad de acción continuada de un hecho contingente: que el tribunal de instancia haya podido o no fundamentar su sentencia en prueba que individualice a plenitud los hechos de agresión sexual, y no de la naturaleza del bien jurídico vulnerado. Desde esta perspectiva, cobran sentido aquellas posturas que inadmiten —*ab initio*— la continuación en las hipótesis que comportan lesiones contra bienes jurídicos eminentemente personales, pues si los Tribunales tienen el deber de fallar según los hechos probados en el proceso, y cada vez es necesario demostrar los episodios concretos seriados de agresión sexual (en los que la violencia es inherente), lo lógico según estos planteamientos es que no se pueda aplicar nunca el delito continuado.

También, algún sector de la doctrina requiere para aplicar el delito continuado, además, que el tipo penal infringido sea mono-ofensivo (que no afecte además del honor a la administración de justicia) o que afecte las normas de la “ética social” antes que el bien jurídico personalísimo¹⁰⁵,

¹⁰⁵ Así, CEREZO MIR, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 299 y 300: “[...] no debería apreciarse nunca el delito continuado en las agresiones sexuales (artículos 178 y 179), en las que aparece en un primer plano el ataque a la libertad sexual y se debería aplicar solamente en los delitos de

exigencia que resulta dudosa, sobre todo porque las normas ético-sociales no siempre son compatibles con los bienes jurídicos protegidos en el Estado social y democrático de derecho, y porque en este caso el límite de la continuación delictiva no consiste en la naturaleza “eminente personal” de los bienes jurídicos, sino en la mera estructura típica pluriofensiva del tipo. Este argumento impedirá, incluso, cobijar bienes colectivos o no eminentemente personales que no tienen por qué ser excluidos de la relación de continuidad.

Así mismo, la propuesta de acudir a la excepción al límite previsto en el Art. 74. 3.º resulta un pretexto jurídico, por un lado, para evitar que en tales supuestos contra la libertad sexual y el honor, el juez aprecie con base en la “naturaleza del hecho” y el “precepto típico” una unidad natural de acción estricta y un auténtico delito único, tal y como lo afirma de manera ambivalente la jurisprudencia española; o, por otro, evitar en estos casos la aplicación del régimen punitivo concursal. En este sentido, se afirma que la degradación de los bienes jurídicos opera según la clase de tipo penal infringido, para comprender en forma debida el injusto realizado y la culpabilidad del hecho. Sin embargo, como lo afirma CHOCLÁN MONTALVO: “[e]l hecho nos podrá indicar si estamos ante un caso de unidad natural de acción o ante una pluralidad de acciones, pues no creo que quiera el legislador hacer depender la continuidad de la gravedad del hecho; y la naturaleza del precepto nos dirá tan sólo ante qué clase de delito nos encontramos; pero todavía no resuelve nada acerca de cuándo la pluralidad de hechos pueden conectarse en unidad de acción por continuación”¹⁰⁶.

En general, esta postura puede ser admitida frente a la unidad delictiva simple y el concurso real de delitos, pero resulta discutible desde la perspectiva político criminal frente al concurso ideal homogéneo, que es aplicable a los casos de lesión de bienes jurídicos eminentemente personales

abusos y acoso sexual, cuando la víctima sea la misma, en los que aparece en primer plano la infracción de normas de la ética social, y sólo en segundo plano el ataque a la libertad sexual. En los delitos contra el honor, creo que no debería aplicarse nunca en la calumnia (artículo 205), pues implica no solo un atentado contra el honor, sino al mismo tiempo contra la Administración de Justicia, en cambio, en las injurias (artículos 208 ss.) se debería aplicar siempre que haya unidad de sujeto pasivo”; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1019 y 1020.

¹⁰⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 280.

que no admitan la relación típica de continuación. Además, recuérdese que, desde la reforma de 2003, el concurso ideal tiene señalada una pena menos severa que el delito continuado (que admite la lesión de bienes jurídicos eminentemente personales), lo cual potencia la aplicación del delito continuado frente a las excepciones del Art. 74.3.º y, para acabar de ajustar, disminuye la importancia normativa de la persona afectada (como víctima) en el contexto de ordenamiento jurídico.

En fin, también puede afirmarse que la discusión actual parte de un concepto que, como el de bien jurídico “altamente personal”, ha sido objeto de variadas réplicas, ya sea porque resulta impreciso, indeterminado, o porque torna la distinción en algo inasible. Como lo asegura DE VICENTE MARTÍNEZ: “[e]l precepto debería haber determinado en primer lugar, qué se entiende por bienes eminentemente personales y en segundo lugar, en qué delitos contra la libertad sexual y el honor es posible la apreciación de la continuidad, en lugar de dejar abierto el precepto a un recusable y excesivo margen de arbitrariedad en su aplicación, lo que conlleva a una quiebra de la seguridad jurídica”¹⁰⁷. De todas maneras, se entiende que tales distinciones teóricas solo tienen como propósito servir como guía en la aplicación de la institución, y buscan una aplicación más segura y adecuada de acuerdo con los principios político-criminales del Estado social y democrático de derecho¹⁰⁸.

F. UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETO PASIVO. Sin duda, otro elemento fundamental en la estructura del delito continuado es el sujeto pasivo. En efecto, la regla general —con claridad a partir de la reforma legislativa de 1983 en España y desde 1957 en Colombia¹⁰⁹—, es que se admita la

¹⁰⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 193; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 865, la califican como un concepto que “dista de ser doctrinalmente claro”; TOMÁS TÍO, “El delito..., *ob. cit.*, p. 145.

¹⁰⁸ *Vid.* TOMÁS TÍO, “El delito..., *ob. cit.*, p. 144, entiende que “procederá tener en cuenta el hecho y el precepto”, es decir, deberá apreciarse cada caso concreto.

¹⁰⁹ La jurisprudencia colombiana que acepta la pluralidad de sujetos se remonta a 1957: CSJ PENAL, sent. del 14.02.1957, en *GJ*, t. LXXXIV, núm. 2179, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1957, pp. 457 y 458, L. SANDOVAL; CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383. CSJ PENAL, sent. del 12.12.1945 en *GJ*, t. LIX, núm. 2025-2027 bis, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1945, p. 1042, en la cual se advierte: “[e]stima la Corte que la doctrina del delito continuado no tiene cabida cuando la norma penal violada protege

existencia de varios sujetos pasivos uniformes afectados (los mismos en toda la serie ejecutiva) cuando la acción continuada vulnera bienes jurídicos de igual naturaleza [STS 1316 del 10.07.2002 (RJ. 2002-7450); CSJ PENAL, sent. del 29.06.1999, e12591], siempre y cuando no se trate de bienes jurídicos “altamente personales”¹¹⁰.

De hecho, en aquellas hipótesis en las que de forma excepcional pueda admitirse el delito continuado respecto de tales bienes jurídicos —p. ej.: agresiones sexuales—, siempre será exigible la unidad de sujeto pasivo¹¹¹, al menos, desde una perspectiva político-criminal que respete el principio de dignidad de la persona humana y su indemnidad personal. Por supuesto, en el caso de los bienes jurídicos altamente personales, dicha regla se justificaría, no como una norma general que deba ser extendida a las diferentes modalidades de continuación para tornar más confusa la figura, sino más bien como una limitación propia de la unidad de bien jurídico tutelado.

intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito, porque en estos casos, la unidad de designio o resolución criminal y la intención del sujeto activo del delito, se agotan en su plenitud en cada persona, con independencia de cualquiera otra acción que pueda anteceder o seguir en la comisión del delito. Es decir, se interrumpe la continuidad en referencia a la acción criminal que se ejecute con otra persona, dando cabida a un verdadero concurso material de delitos, previsto en la disposición del artículo 33 del Código Penal. / No puede existir continuidad de resolución en la ejecución de hechos que lesionan a diversas personas, porque esta intención finaliza y termina con la ejecución de acto externo cumplido en la persona lesionada [...]”.

¹¹⁰ Así, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *El delito...*, ob. cit., p. 865; IMPALLOMENE, “Sul reato continuato, en *Riv. Pen.*, vol. XXV, p. 299; MORO, *Unità e pluralità*, ob. cit., p. 198; RISTORI, *Il Reato...*, ob. cit., p. 14; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, ob. cit., p. 798; BLANCO LOZANO, *Curso...*, ob. cit., p. 598; CEREZO MIR, *Derecho...*, ob. cit., p. 1020; *id.*, *Curso...*, ob. cit., p. 294, señala: “[l]a unidad de sujeto pasivo carece de sentido en los delitos patrimoniales”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, ob. cit., p. 432; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., p. 71; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., pp. 250 y ss.; DEL ROSAL, “Sobre el delito continuado...”, ob. cit., p. 166; DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito...”, ob. cit., pp. 187 y 191. Contra esta posibilidad, aunque parte del número de acciones por el número de afectaciones individuales al bien jurídico, REYES ALVARADO, *El Concurso...*, ob. cit., p. 230.

¹¹¹ Así, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., pp. 82 y 83; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, ob. cit., p. 801; MEZGER, *Tratado...* (1933), ob. cit., p. 372. Esta idea subyacía en las construcciones teóricas italianas, que hacían depender la pluralidad de sujetos pasivos de la unidad o pluralidad de designios criminales con que el sujeto activo cometiera la continuidad delictiva, sobre todo, en tratándose de afectaciones a bienes jurídicos personalísimos como la vida; por ello, no se puede olvidar que los italianos admitieron el delito continuado, por ejemplo, respecto a varios homicidios, al fundamentar la figura como una atenuante del concurso real de delitos. Sobre el particular, *cf.* DOMENICO RENDE, “Reato continuato e pluralità dei soggetti pasivi”, en *RIDP*, 5/1933, Padova, Cedam, 1933, pp. 57 y ss.

Como es evidente, la estructura de esta regla parte de la idea de que la pluralidad de resultados materiales producidos en forma sucesiva, en contra de un mismo bien jurídico que admite lesiones cumulativas, no afectan la unidad de acción en sentido amplio o el “proceso ejecutivo unitario” en el delito continuado. Por ello, hay casos como los de los delitos contra el patrimonio económico, en los que puede haber unidad de injusto típico por la lesión progresiva del mismo bien jurídico, aunque exista una diversidad de sujetos pasivos afectados, sin que lo último represente alguna interferencia que anule la unidad de injusto en favor de la autonomía de las diferentes lesiones o puestas en peligro. Ello, pues lo que exige el legislador en el delito continuado es que el sujeto activo vulnere de forma progresiva el mismo supuesto de hecho con identidad de aspecto subjetivo y de bien jurídico afectado, sin que sea necesaria una vinculación concreta y rígida a un número determinado de titulares de ese bien jurídico¹¹². Así mismo, es posible la concurrencia de varios sujetos sobre los que recaiga la acción y de distintos perjudicados.

En realidad, este elemento ha sido objeto de una viva polémica en la doctrina, que termina por esgrimir cuatro posturas diferentes:

(1) En primer lugar, se exige siempre que el sujeto pasivo sea único en la figura en estudio¹¹³. Esta tesis ha sido descartada, no solo para dar cabida al delito continuado con sujeto pasivo plural y masa, sino porque es incorrecto sostener que siempre que existan dos o más sujetos se configuran a su vez dos o más infracciones, tal y como lo demuestran algunas hipótesis de continuación delictiva. Esta postura es sostenida, en principio, por los seguidores de la teoría pura de la ficción, o por quienes consideran que siguen la concepción del número de resultados en la determinación de la

¹¹² Vid. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, pp. 256 y 257, al señalar: “[y]a que en la objetividad jurídica no entra la consideración del titular del bien jurídico en su individualidad, sino en su consideración abstracta, no sería exacto solicitar que la actividad criminal, para poder constituir el delito continuado, deba siempre dirigirse contra el mismo sujeto pasivo”; TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 137, asegura que la exigencia de unidad de sujeto pasivo resulta “[...] irrelevante como elemento propio del delito continuado al constituir elemento básico de cada una de las conductas integradoras de los tipos [...] introduciendo su expresa consignación más un elemento distorsionante [...], que clarificador”.

¹¹³ Así lo demandan los CP de MÉXICO, Art. 17, III y PUERTO RICO, Art. 80. *Cfr.* GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 234; LUIGI LUCCHINI, “Ancora sul reato continuato”, en *Riv. Pen.*, vol. XXV-XXVI, II serie, Torino, Utet, 1887, pp. 401 y ss.

unidad y pluralidad de conductas [CSJ PENAL, sent. del 12.12.1945, *GJ*, t. LIX, p. 1042].

(2) En segundo lugar, se admite la continuación delictiva cuando sean afectados diversos titulares de un bien jurídico de la misma naturaleza, sin importar su clasificación como bienes jurídicos personalísimos, personales o colectivos¹¹⁴. Esto tiene sentido cuando se sustenta una concepción ideal y subjetiva del delito continuado, en la medida en que cada acción diferente que ataque bienes jurídicos personalísimos, aunque implique una nueva resolución voluntaria distinta, es reconducible al plan intelectual del autor. En realidad, esta construcción académica considera al delito continuado como una simple regla de penalidad, que puede unificar cualquier clase de delitos homogéneos o heterogéneos con base en el mismo designio criminal. Al estilo de las actuales construcciones italianas sobre el asunto.

(3) En tercer lugar, se advierte una teoría dominante que afirma, tanto en España como en algunos países americanos, la posibilidad de estructurar la figura en examen en aquellos casos en los cuales concurren varios sujetos pasivos, siempre que los bienes jurídicos sean de igual naturaleza y no impliquen una injerencia física en la persona. Es decir, cuando no se tratare de bienes jurídicos “altamente personales”¹¹⁵.

Justo es decirlo, esta posición es la asumida por el ordenamiento penal español en el Art. 74.1, cuando indica que pueden ofenderse “[...] uno o varios sujetos”, con claridad en tratándose de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que admitan una lesión gradual o progresiva, pues resulta evidente que respecto a los bienes jurídicos “altamente personales” previstos en el apt. 3.º *ibídem*, la norma sólo admite que los hechos ejecutivos en

¹¹⁴ Vid. ANTOLISEI, “Se possa ammettersi...”, *ob. cit.*, pp. 537 y ss.; PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 113: “[...] es admitida hoy en doctrina y jurisprudencia la configuración del delito continuado que daña varios sujetos pasivos” (t/l); PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 113: “[...] [e]s conocido que la polémica sobre el argumento ha conducido al abandono casi total, de parte de los autores italianos, por la cual no podía darse delito continuado si fueron lesionados bienes altamente personales en una pluralidad de sujetos pasivos. Ha sido demostrado, en efecto, que no existe en nuestro derecho positivo ningún elemento del cual se pueda inferir una limitación parecida; y eso es reconocido de manera concordante también por los sostenedores de la teoría unitaria” (t/l). Admiten la ofensa de la misma o distinta persona, los CP de GUATEMALA, Art. 71.2.º, NICARAGUA, Art. 83 y URUGUAY, Art. 58.

¹¹⁵ Vid. FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 461 y 462.

unidad de acción amplia recaigan —de principio a fin— sobre el “mismo sujeto pasivo”¹¹⁶; ello, como es natural, con la posibilidad de que concurren múltiples perjudicados directos o indirectos. Todo eso, según lo indica la doctrina mayoritaria, de forma censurable y poco segura, pues el asunto se reduce a la apreciación y valoración del operador jurídico acerca de “la naturaleza del hecho” y “el precepto infringido”.

Desde luego, el TS ha admitido la existencia de dos delitos continuados paralelos, cada uno con unidad de sujeto pasivo [STS 460 del 11.04.1997 (RJ. 1997-2778)], en el caso de un sujeto que —al aprovechar su calidad de padre— realizó con unidad de propósito (dolo conjunto o continuado) y de manera prolongada, diversos actos seriados y progresivos de abuso sexual en contra de sus dos hijas, de forma separada e independiente sin que, atendida la distancia temporal entre los mismos, los hechos que afectaban a la una ofendieran a la otra.

(4) En último lugar, autores como ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR sostienen que el problema de la unidad y la pluralidad de sujetos en el delito continuado, se debe resolver con base en la afectación al bien jurídico y a una concepción ontológica de la acción humana, sin distinguir entre bienes jurídicos “altamente personales” y aquellos que carecen de tal connotación. Con ello, se manifiesta que en algunos supuestos la unidad de acción sólo puede dirigirse contra un único sujeto pasivo como, por ejemplo, sucede en los casos de violación en los cuales la persona sufre una injerencia física¹¹⁷ mientras que, en otros eventos, como en el hurto, la persona no siempre sufre tal injerencia, dado lo cual la unidad de acción puede dirigirse contra sujetos plurales. En conclusión, conceptos tan confusos resultan irrelevantes

¹¹⁶ Cfr. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 291. Sobre el particular, es importante resaltar la STS hito del 07.12.1989 (RJ. 1989-9511), en la cual se expresó: “[m]ención más detenida merecen la unidad del sujeto pasivo y la exigencia de un bien jurídico no personalísimo, porque —respecto al primer punto— la doctrina parecía estar de acuerdo en exigir dicha unidad, siempre que los bienes lesionados o puestos en peligro fuesen personalísimos; sin embargo, el texto legal vigente, ratificando los últimos criterios jurisprudenciales, no pone obstáculos a la admisión de la figura del delito continuado en la hipótesis de sujeto pasivo plural, y acepta la posibilidad de extenderla a la ofensa de bienes eminentemente personales como la libertad “sexual” —expresiva sustitución de la palabra “honestidad” en la ley 3/1989 atendida a la naturaleza del hecho y del precepto infringido, punto este último donde se centra la más seria controversia”. Cfr. STS 1165 del 19.10.2005 (RJ. 2005-6300).

¹¹⁷ Así, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 864 y 865.

y no deben ser empleados por la doctrina; esta postura parece correcta, pues extendida puede dar lugar a la completa desaparición de la continuación cuando lesiona o pone en peligro bienes jurídicos personalísimos. A manera de síntesis general se puede, entonces, indicar lo siguiente:

1. Si se lesiona o pone en peligro un mismo bien jurídico no personalísimo de titularidad de uno o de varios sujetos pasivos, podrá predicarse el delito continuado o una de sus variantes como en el delito masa.

2. Si se afectan diversos bienes jurídicos no personalísimos, protegidos por distintos tipos penales y de titularidad de uno o varios sujetos pasivos, este será un evento de concurso de tipos homogéneo, por ausencia de unidad normativa relativa. Dicho concurso será ideal si subsiste la unidad de conducta, pero no la integración normativa típica.

3. Si la acción continuada afecta en forma seriada un mismo bien jurídico “eminente personal” del cual es titular un único sujeto pasivo, se aplica la normativa propia, según el punto de partida, del concurso ideal de delitos o el delito continuado, siempre que se asuma la excepción hecha por el ordenamiento penal español [CPE, Art. 74. 3.º]. Algo que no parece conveniente, por la degradación valorativa que se produce sobre dichos bienes tutelados.

4. Para terminar, si se afectan bienes jurídicos “eminente personales” de los cuales son titulares varios sujetos pasivos, se aplica la normativa del concurso ideal si subsiste unidad de conducta, pero no el nexo de continuación. Por el contrario, si no se puede predicar la unidad de conducta por cualquier causa, se tratará de un caso de concurso material homogéneo de delitos.

G. OTRAS EXIGENCIAS OBJETIVAS ACCIDENTALES O SECUNDARIAS.

Además de los requisitos expuestos, la doctrina y la jurisprudencia requieren una serie de requisitos accesorios o “de hecho” que, si bien no impiden estructurar desde la perspectiva dogmática el delito continuado, sí están destinados a servir como elementos de soporte o indicios procesales, a partir de los cuales se deduce muchas veces la homogeneidad objetiva o el

elemento subjetivo que contribuye a configurar la unidad de infracción delictiva¹¹⁸. Estos componentes son los siguientes:

1. El empleo de medios o procedimientos semejantes, siempre que el uso de dichos instrumentos, medios, procedimientos o técnicas operativas no impliquen la realización de otro tipo penal diferente [SSTS 1569 del 24.11.2003 (RJ. 2003-9463); 02.12.2002 (RJ. 2002-10954), 04.05.1998 (RJ. 1998-3303) y 23.06.1993 (RJ. 1993-5214)]¹¹⁹. Se trata, en realidad, de un factor indiciario que sugiere: (i) la identidad de realización objetiva de la conducta u homogeneidad típica relativa, como se explicó antes o, (ii) la modalidad del elemento subjetivo. De este modo, dicho elemento no constituye un requisito independiente, cuando se analiza la estructura del delito continuado, porque no puede confundirse la identidad de tipo con el “*modus operandi*” de los sujetos, pues estos no guardan necesaria equivalencia estructural.

De otra parte, algunos autores requieren homogeneidad de las circunstancias fácticas en las que actúa el sujeto, para predicar la continuación delictiva¹²⁰. Sin embargo, ambas exigencias objetivas se pueden reconducir sin mayores inconvenientes a la identidad de realización del mismo supuesto de hecho o tipo penal.

2. Que exista cierta conexión espacial y temporal entre los actos parciales seriados realizados por el agente.

a) Conexidad espacial o de lugar entre los actos parciales realizados por el agente. Este requisito ha sido enjuiciado de forma severa por algún sector de la doctrina, pues entiende que el plan preconcebido por el autor puede persistir y ser llevado a cabo en cualquier lugar, incluso en varios lugares itinerantes: se puede, a título de ejemplo, comenzar en Colombia y terminar

¹¹⁸ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 998; id., *Manual...*, ob. cit., p. 499; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, ob. cit., p. 865; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., pp. 29 y 165; DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito...”, ob. cit., p. 189; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 870; PIASAPIA, *Reato continuado...*, ob. cit., p. 155; MORO, *Unità e pluralità*, ob. cit., p. 198. La STS 600 del 11.09.2007 (RJ. 2007-5843) asume la clasificación entre elementos principales y secundarios

¹¹⁹ En este sentido, el CP del EL SALVADOR, Art. 42, expresa: “[...] aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución”.

¹²⁰ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., pp. 166-168.

en España, o al revés¹²¹. Sobre el particular, vale la pena mencionar la STS 948 del 08.07.2002 (RJ 2002-8939), en la cual se afirma: “[...] resulta correcto el criterio de la Sala de instancia no incluyendo en la continuidad delictiva los hechos acaecidos en Argentina. Y no es que se esté aplicando propiamente un criterio de «nexo espacial» para romper la vinculación entre la secuencia de conductas ilícitas ejecutadas en el país americano y las correspondientes en nuestra patria, sino que, simplemente, ese cambio de lugar responde al inicio de una nueva «ocasión» y a distinto «plan preconcebido» para la comisión de las infracciones. Lo que excluye la aplicación en cobijo de ambas iniciativas del Art. 74 del Código Penal, que, como la Resolución recurrida nos recuerda, requiere que todos los ilícitos integrantes de la continuidad se lleven a cabo «[...] en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión»” (subrayado por fuera del texto original)¹²².

Es más, en la actualidad dicha exigencia no puede ser un requisito inflexible, como quiera que algunos ordenamientos penales —con claridad el Colombiano— consideran como agravantes genéricas, por ejemplo, situaciones como aquella en virtud de la cual ello procede cuando la conducta punible sea dirigida o cometida, en forma total o parcial, fuera del territorio nacional [CP, Art. 58, num. 13], que implican un mayor desvalor de acción objetivo, por ejemplo, en los delitos continuados transnacionales de naturaleza económica. De este modo, que el agente se aproveche o no de la misma situación espacial o de lugar para realizar objetivamente su plan criminal, sólo tendría una capacidad probatoria relativa (indirecta e

¹²¹ En este sentido, LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 289, sostiene: “[e]l elemento temporal no tiene valor esencial en el tema de delito continuado” (t/1); CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 169, indica que resultan intrascendentes si no disuelven algún elemento fundamental en la continuación; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 670; TOMÁS TÍO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 151; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 676, califican dicha exigencia como un mero indicio de continuidad. Desde un punto de vista histórico, sobre la aplicabilidad temporal del delito continuado, *vid.* HELLMUTH VON WEBER, “Zur Behandlung des zum Teil im Ausland begangenen fortgesetzten Delikts”, en *ZStW*, 57 Band, 1938, pp. 491-496.

¹²² Por tal motivo, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 193, refiriéndose al elemento temporal y a su relación con el dolo conjunto, sostiene: “[l]o importante es comprobar que las nuevas voliciones son continuación de la anterior, que persiste la misma situación motivacional, y ello aunque haya transcurrido un tiempo considerable entre las plurales acciones o éstas se desarrollen en espacios alejados”. Dicho elemento se menciona en los CP de GUATEMALA, Art. 71. 3º; URUGUAY, Art. 58 y BRASIL, Art. 71.

instrumental) para señalar o rechazar la posible existencia de una unidad de resolución que materializa el plan criminal único, el dolo homogéneo o el dolo continuado.

Sin embargo, es claro que ello no es automático, porque la existencia de dicha conexión espacial no garantiza —en todos los casos— la homogeneidad del contenido de dicha intención o la homogeneidad de la realización del tipo, porque aún queda por definir qué se entiende por el mismo lugar (la misma casa, comuna, municipio, provincia, país, etcétera) y cuáles serían los criterios jurídicos para afirmar cuando dos locaciones geográficas son parte o no de la misma comarca. Sobre el particular, REYES ALVARADO pone un ejemplo que permite rechazar la exigencia espacial o de lugar como requisito fundamental o imprescindible en el delito continuado, que es bueno transcribir: “como podría ocurrir con el administrador de un circo que decide sustraer ilícitamente de los fondos de dicha empresa la suma de diez mil dólares en cada oportunidad que el circo termine una presentación; sin embargo el circo en mención ofrece una función cada semana en un lugar diverso, de tal manera que cuando el administrador terminó sus diez apropiaciones parciales con las cuales completó la suma que se había propuesto adquirir había realizado sus acciones naturalísticas en Lima, Quito, Cali, Bogotá, Medellín, Santa Marta, Barranquilla, Cartagena, Ciudad de Panamá y San José de Costa Rica”¹²³.

b) Conexidad temporal. Por lo que concierne a esta exigencia deben tenerse en cuenta las diversas tendencias teóricas sobre la naturaleza del delito continuado. Así las cosas, para teorías como la “realidad jurídica” o la “unidad por ficción”, por lo general este criterio resulta determinante en la construcción del delito continuado¹²⁴. De hecho, la duración de la separación temporal entre cada uno de los diversos actos parciales realizados por el autor, cobra relevancia en dos aspectos fundamentales: por una parte, en la construcción de la unidad jurídica de acción en sentido amplio y, por otra, en el aspecto subjetivo del nexo de continuidad, en

¹²³ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 203.

¹²⁴ Lo exigen como característica de homogeneidad de la acción: BRODAG, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 163; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, p. 364

especial cuando se asume la teoría del «dolo continuado»¹²⁵ por aprovechamiento de idénticas ocasiones.

Por el contrario, si se acogen las teorías de la realidad con base en un dolo global o unitario o una figura asimilada, la conexión temporal entre los diversos actos parciales sería un criterio relativo o accesorio del cual, en ningún caso, se deduciría la existencia, la homogeneidad del contenido del elemento subjetivo y la pervivencia de la acción continuada. En estos supuestos, el plan criminal y la interpretación del tipo otorgan sentido de conexión a los distintos actos ejecutivos parciales homogéneos, porque en virtud de ellos el sujeto determina de manera general el orden de precesión y sucesión de los actos parciales realizados de acuerdo con su finalidad y los medios de que disponga para realizar la actividad seriada. Sobre el particular, la CSJ PENAL, sent. del 13.06.1979, J. BERNAL, expresa: “[e]l criterio cronológico de las infracciones, en que parece fundarse la afirmación de su existencia, tampoco es decisivo para admitir o excluir la continuación y por caso, puede tomarse como elemento probatorio, no exclusivo, desde luego, para la demostración de la unidad de designio que en definitiva consiste en la realización de un verdadero programa o plan que el agente ha concebido o planeado previamente y cuya realización unifica la pluralidad de infracciones a la ley penal”¹²⁶.

Desde luego, en esta clase de eventos típicos continuos, en los que el factor temporal solo constituye la forma de comisión u omisión que el sujeto escoge para realizar el comportamiento final, es ideal verificar un límite negativo, es decir, que el tiempo transcurrido entre la realización regular de los actos parciales sea prudencial, al punto que sea posible advertir la existencia de un marco cronológico unificador y no disgregador [SSTS 667 del 05.11.2008 (RJ. 2008-6095), 600 del 11.09.2007 (RJ. 2007-5843), 505

¹²⁵ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley...*, *ob. cit.*, pp. 531 y 532.

¹²⁶ Cfr. STS 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580), en la que se indica: “[e]n el caso contemplado por la segunda [STS del 24.06.1994], la descripción se presentaba como paradigmática de la exteriorización de un único dolo excluyente de renovaciones plurales con autonomía diferenciada. Se reincide en su concreción externa, sobre el mismo sujeto pasivo, con aprovechamiento de idénticas ocasiones y razón de prevalimiento por parte del mismo sujeto activo. Ello significa la evidencia de un propósito unificador que aglutina las acciones en un contexto homogéneo propio de la continuidad delictiva «sin que el que temporalmente sean espaciadas sea suficiente para eliminar tal continuidad”.

del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), 1020 del 10.02.1997 (RJ. 1997-1550) y BGH, Auto del 03.05.1994]¹²⁷. Se aplicaría, entonces, el veredicto de CASTIÑEIRA PALOU cuando advierte que un largo transcurso de tiempo entre las acciones parciales puede disolver el plan criminal previo (o el dolo global o unitario) delineado por el agente y que se corresponde con su finalidad [STS 11 del 16.01.2007 (RJ. 2007-468)].

Por supuesto, dicho elemento temporal deberá ser evaluado por el operador jurídico o tribunal en cada caso concreto, porque si el elemento que congloba los diversos actos parciales es la finalidad, es muy difícil que esta se pueda mantener al sobrepasar la capacidad de planeación y previsión del hombre medio en el caso concreto. En cualquier caso, tiene razón REYES ALVARADO cuando afirma que con dichos criterios nada se avanza, porque quedaría por determinar “aún cuándo la separación temporal entre las diversas acciones es demasiado grande y cuándo la conexión entre las diversas acciones no puede considerarse «cierta»”¹²⁸.

Así las cosas, cuando el asunto se prevea de manera taxativa, como sucede en Italia y en algunas legislaciones latinoamericanas¹²⁹, cualquier separación temporal que el operador jurídico imponga de forma arbitraria, con el fin de separar la unidad de acción jurídica u ontológico-normativa para forzar la aplicación de un concurso material homogéneo de tipicidades, sería injusta porque —de acuerdo con la ley— el delito continuado puede ser realizado

¹²⁷ Vid. LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 289; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 170. Siguen esta línea las SSTS del 04.07.1991 (RJ. 1991-5529), 16.08.1991 (RJ. 1991-6198), 24.10.1991 (RJ.1991-7372), 29.09.1983 (RJ. 1983-45-96) y del 21.11.1983 (RJ. 1983-5671). Sobre el particular, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 192, sostiene que “[l]a distancia temporal y espacial entre las plurales acciones ha de ser suficiente para no poder apreciar unidad natural de acción aunque no debe impedir la valoración unitaria del elemento subjetivo, pues la ausencia de un contexto espacio-temporal próximo, de un acercamiento cronológico y geográfico, impediría considerar las plurales acciones como ejecución de un plan preconcebido, y mucho menos, como aprovechamiento de ocasiones similares que requiere el art. 74 CP”; IGNACIO VILLALOBOS, *Derecho Penal mexicano*, Parte General, México, Porrúa, 1960, pp. 242-243.

¹²⁸ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 163.

¹²⁹ Vid. CP ITALIA, Art. 81.2 (sos. dal D.L. 11 aprile 1974, núm. 99), *cfr.* CRESPI, STELLA, ZUCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 397: “commette anche in tempi diversi”; CP GUATEMALA, Art. 71. 4.º: “en el mismo o distinto momento”; CP HONDURAS, Art. 37: “en un solo momento o en momentos diversos”; CP VENEZUELA, Art. 99: “aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas”; CP PERÚ, Art. 49 “en el momento de la acción o en momentos diversos” y CP URUGUAY, Art. 58: “cometidas en el mismo momento o en diversos momentos”. Por oposición el CP BRASIL, Art. 71: “pratica e, pelas condições de tempo [...]”.

en tiempos distintos¹³⁰, lo que significa que este elemento carece de la fuerza necesaria para romper la sustantividad del designio criminal.

Así mismo, dicho elemento temporal debe distinguirse de “la duración temporal del delito continuado en su conjunto”. Sobre el particular, la STS 398 del 29.03.2004 (RJ. 2004-2776) castiga al representante legal de una empresa por dos delitos continuados concursados de estafa y falsedad en documento privado, pues, durante varios años, se retiró papel de otra empresa, se pesó y se le abonó al sujeto pasivo una cantidad de dinero inferior a la debida a los sujetos activos, mientras el sujeto activo se apoderó del dinero que debió haber entregado a la empresa propietaria del papel.

Ahora bien, respecto a este elemento, se advierten diferencias sustanciales entre las diversas concepciones sobre la continuación, pues en la «teoría de la realidad» —previo dolo unitario o conjunto— la duración total de la serie de actos no solo está limitada por el plan criminal del sujeto sino, también, por la capacidad del agente para planear en forma razonable y con cierta solvencia los actos seriados (es inadmisibles la mera decisión de realizar actos seriados indeterminados en el tiempo); a su turno, para la teoría la «realidad jurídica», caracterizada porque el sujeto se beneficia —con el mismo motivo— cada ocasión posible con circunstancias similares a las aprovechadas, la duración de la unidad de acción puede alcanzar límites irrazonables, para falsear el carácter plural de las distintas infracciones típicas, como sucede en aquellos casos en los cuales el agente omite el pago de impuestos durante 17 años continuos, impagos que resultan unificados como un delito único sin una justificación interna y subjetiva¹³¹. Por ello, para esta teoría el aspecto subjetivo no resulta suficiente como unión del nexo causal continuado.

En síntesis: estos elementos a) y b) constituyen guías hermenéuticas indirectas para el operador jurídico, en especial para los tribunales, quienes podrán utilizarlos para verificar si se cumple o no el propósito del autor, de

¹³⁰ Vid. RIZ, *Lineamenti...*, *ob. cit.* p. 137.

¹³¹ Cfr. ZCHOCKELT, “Die praktische...”, *ob. cit.*, p. 362, quien observa que la doctrina ha estimado en seis años la duración razonable de la serie continuada, para admitir la figura de manera científica.

acuerdo con el plan criminal y cierto desarrollo homogéneo en cada caso concreto.

3. Unidad de proceso judicial. Para terminar, la jurisprudencia y la doctrina tradicionales¹³² exigen, como sucede en los casos de concurrencia ideal de tipicidades, que las distintas infracciones penales completas o los diversos actos parciales realizados por el autor, no hayan sido juzgados y sancionados en distintos procesos judiciales por los tribunales [SSTS 692 del 04.11.2008 (RJ. 2008-6941), 1749 del 21.10.2002 (RJ. 2002-9131) y 1020 del 10.02.1997 (RJ. 1997-1550)]. Así lo expone el TS en varias ocasiones, al indicar que en estos casos subsiste un procedimiento especial de refundición de condenas (acumulación jurídica de penas) del Art. 988 LECrim, que supone la aplicación de las reglas del concurso de delitos [SSTS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), 934 del 08.06.1999 (RJ. 1999-5417)], por la insubsistencia de la cosa juzgada.

Así, la STS 1395 del 23.11.2005 (RJ. 2005-7533) señala: “[a] la hora de extraer las consecuencias penológicas de la intervención en un hecho delictivo calificado de continuado, cuando por hechos similares ya ha sido condenado también por delito continuado, de manera que, de haberse tramitado conjuntamente, se hubiera dictado una única sentencia por delito continuado, comprensiva de todos los hechos unificados en la continuidad. En estos casos la pena que le corresponde por su intervención en los hechos ahora enjuiciados no puede exceder de la señalada por el código al delito. De este modo, como dice la última de las sent. citadas: a) Se declara la autoría de todos los hechos en los que realmente ha intervenido. b) Se extraen las consecuencias en el campo de la pena que procedan de su intervención en tales hechos. c) Se tiene en cuenta para el cumplimiento efectivo de la pena, la que se le impuso en aquel previo proceso. [...] /En este sentido, podemos citar la STS 751/99 de 11 de mayo de 1999, que en una situación semejante a la analizada -gestor que se apropia del dinero entregado por su principal para el pago de obligaciones fiscales, hecho por el que fue condenado, y, posteriormente fue juzgado por aprovechamiento

¹³² Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 443.

del dinero entregado por el mismo principal para el pago de cuotas de la Seguridad Social-, declaró la improcedencia de la aplicación del instituto de la cosa juzgada, y juzgó los hechos cometidos con posterioridad al previo enjuiciamiento de otro hecho semejante, excluyendo el enjuiciamiento global de todos como delito continuado dado el previo enjuiciamiento de uno de ellos, lo que impedía la aplicación de la continuidad. / [...] La misma doctrina viene a sostenerse en la STS de 24 de enero de 2002 -núm. 2522/01 - en la que se concluye afirmando que "[...] la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de proceso y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos [...]"', concluyéndose que en estos casos no cabe la excepción de cosa juzgada en la medida que no hay identidad fáctica”.

Por supuesto, todo indica que este no es un verdadero requisito sustantivo del delito continuado, pues implicaría ver la figura como una mera conexión procesal de infracciones. Más bien, se trata de una regla procesal que —no obstante la voluntad del legislador— resulta cuestionable por lesionar el principio de favorabilidad punitiva en el ámbito de la pluralidad de tipicidades, pues la norma de acumulación jurídica de penas implica imponer una sanción más grave similar a los casos de concurso real, que la pena que hubiere sido deducida si los hechos se hubieren juzgado en un único proceso judicial¹³³. Al respecto, resulta esclarecedora la STS 348 del 18.03.2004 (RJ. 2004-2810), en la que se pone en evidencia, que el hecho de no haber enjuiciado en un solo proceso dos actos que por sí mismos hacen parte de un delito continuado —por “existir una patente conexidad subjetiva”—, supone una duplicidad de procesos sucesivos y de condenas, que pueden llegar a producir una agravación injustificada de la pena final aplicable al autor.

¹³³ Ya se aludió a esta regla en el concurso real. En contra: PÉREZ, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 407-408.

Capítulo Sexto

LOS ELEMENTOS DEL DELITO CONTINUADO (II)

I. EL ASPECTO SUBJETIVO DE UNIFICACIÓN

Además de los componentes objetivos y normativos ya examinados, la doctrina y la jurisprudencia siempre exigen un elemento subjetivo que permita dar sentido racional a la realización seriada de los actos ejecutivos parciales que conforman la unidad típica continuada; en otras palabras: es necesario concebir un elemento que indique por qué el sujeto activo realizó el tipo penal, del modo en que lo llevó a cabo en el mundo exterior. Dicha exigencia comporta la unidad de desvalor de acción personal del delito continuado, que en los ordenamientos jurídicos de corte culpabilista vendría a complementar —según algunos autores— o sería —según otros— el componente llamado a fundamentar la imputación subjetiva de la figura. En cualquier caso, la necesidad de dicho aditamento se deriva, por ejemplo, de los Arts. 12 del CP y 13 del CPM colombianos, que de forma expresa indican que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” en el Derecho Penal [CPE, Art. 5.º] lo que, por supuesto, incluye a los delitos continuados y masa. Recuérdese que en el ordenamiento penal colombiano dichas instituciones, a partir del año 1999, se conciben como formas de realización del delito único.

La discusión sobre el asunto, como se verá, no es baladí, pues, quienes sean partidarios de una postura cercana a la «ficción relativa» o a la de la «realidad jurídica», privilegiarán formas de imputación objetivas u objetivadas del delito continuado que, en su opinión, no desnaturalizan la exigencia del Art. 5.º del CPE y de los Arts. 21, 22 y 23 del CP colombiano. En efecto, la necesidad de un elemento subjetivo a título de dolo en el delito continuado se satisface, según esta postura, por el dolo individual de cada uno de los actos particulares, por lo cual el elemento subjetivo exigido por el Art. 74 —el plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión—, sólo sería un plus necesario para permitir la unificación jurídica

de los delitos concurrentes, con el propósito de alcanzar algunos o ciertos efectos jurídicos, de naturaleza punitiva y procesal. Por el contrario, quienes sustenten una postura cercana a las teorías subjetivistas-realistas o a las concepciones ontológico-normativas, le darán una mayor importancia al elemento subjetivo o le considerarán tan importante como los mismos elementos objetivos en la configuración del delito continuado. Desde luego, con la afirmación de que dicho aspecto subjetivo es unitario, como lo es la figura desde el punto de vista sustantivo y procesal.

Incluso se puede indicar desde ya, que el análisis de este elemento pasa por rechazar aquellos fundamentos tradicionales sobre el delito continuado, en virtud de los cuales se afirma que la institución implica una menor punibilidad, porque el elemento subjetivo —entendido como aprovechamiento de similares circunstancias de hecho— supone menor culpabilidad del sujeto; o viceversa, que el elemento subjetivo —entendido como dolo global— comporta mayor desvalor de resultado (o una mayor culpabilidad). La tradicional relación entre ocasionalidad y premeditación, propia de un derecho penal peligrosista, hoy no tiene el alcance suficiente para explicar, conforme a la teoría material del delito afincada en los desvalores de acción o resultado, la caprichosa conclusión político-criminal relacionada con aquel argumento en virtud del cual la premeditación o la debilidad de carácter —cuando no alcanzan siquiera el ámbito de las emociones o pasiones excusables— deben justificar instituciones cuya autonomía sustantiva está limitada al mayor o menor injusto y culpabilidad por el hecho. En la doctrina colombiana se rechaza de forma pacífica el incremento punitivo por la mayor o menor energía criminal, pues ni siquiera es el sentido que en la actualidad se le asigna al desvalor de acción subjetivo en su sentido más controvertido, es decir, como peligrosidad para el bien jurídico tutelado.

En fin, hoy por hoy se pueden advertir distintas perspectivas doctrinales que se disputan la explicación adecuada del contenido, la naturaleza y el alcance de dicho componente subjetivo en la estructura del delito continuado. Véanse en seguida algunas de ellas, con la advertencia de que se trata de un

tema complejo y confuso, hasta el punto que cada autor parece sostener en la discusión un modelo conceptual y sistemático distinto.

A. EL MISMO DESIGNIO CRIMINAL. Una primera construcción académica sobre la materia, de marcada divisa italiana, recurre para explicar el elemento interno del delito continuado, denominado como “unidad de designio criminoso”¹, “unidad de propósito delictivo”² y actualmente como “unidad de resolución”³, a una abundante sucesión de contenidos psicológicos que han causado durante años una gran polémica e incertidumbre en la doctrina⁴ y un nudo gordiano en las legislaciones que han acogido esta postura.

En términos generales, el designio criminal subjetivo se caracteriza como “ideación o un fin único”⁵, “unidad de designio o del fin que inviste las diversas violaciones de la misma disposición legal”⁶, “el oficio directivo de las voliciones individuales en cuanto da a estas su contenido”⁷, “el contenido de la voluntad investido por las lumbres de la conciencia, y

¹ Cfr. CARRARA, *Programa...*, *ob. cit.*, p. 357; CP PANAMÁ de 2007, Art. 85, que exige la “ejecución del mismo propósito criminal”.

² Vid. CP MÉXICO, Art. 17, III; CP GUATEMALA, Art. 71. 1.º, que equipara las locuciones “propósito o resolución criminal”; CP PUERTO RICO, Art. 80, consagra la “unidad de propósito delictivo” y CP EL SALVADOR, Art. 42.

³ Vid. CP VENEZUELA, Art. 99; CP PERÚ, Art. 49 y CP URUGUAY, Art. 58.

⁴ PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 112; también atestiguan esta situación de “incertidumbre” PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 151 y PIASAPIA, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 131.

⁵ Cfr. MAGGIORE, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 178 y ss.; sent. Cas. del SCI del 19.10.1932, en *RIDP*, 1933, pp. 57 y ss. Con nota de RENDE: “[...] la única ideación de la cual varios actos criminosos representan la ejecución o el desarrollo, de modo que los diversos eventos de las diferentes acciones u omisiones se puedan considerar como parte de un único acontecimiento respecto a la conciencia y a la voluntad del culpable” (*t/l*). Cfr. el CP de COSTA RICA, Art. 77, al exigir que “el agente persiga una misma finalidad”. De igual forma, la CSJ PENAL equipara de manera antitécnica, con efectos muy discutibles, la figura del designio criminal con la finalidad de la acción, en auto del 25.06.2002, e17089, cuando afirma: “[...] en las vulneraciones reiteradas de la contratación sin cumplimiento de requisitos legales es claro que no se presenta la unidad de designio, y por tanto no se podría sancionar, si fuere el caso, con las reglas para el delito continuado, debido a que cada contrato ilegal tuvo diversas finalidades, entre las cuales el desvío de dineros públicos es sólo una”.

⁶ PIASAPIA, “Aspetti psicologici...”, *ob. cit.*, p. 420; PÉREZ, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 416-417; CSJ PENAL, sent. del 03.10.1952, *GJ*, t. LXXIII, p. 467, postula: “[I]a unidad de designio solo puede predicarse, tratándose de diversos sujetos pasivos, cuando el bien jurídico está fusionado o confundido en una misma masa o en un solo haz; pero cuando aquel bien está particularmente radicado en personas distintas, aquella unidad es inadmisibile”.

⁷ LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 285.

consistente en una pluralidad de infracciones homogéneas representadas por una trama consecucional en la mente del agente”⁸, “[...] la representación de todos los episodios como un todo único [...] un programa previo de acción”⁹, “una compleja razón estructural, aquella consistencia programática unitaria”¹⁰. E incluso, se le concibe como un juicio de utilidad que consiste en el deseo del sujeto que prueba interés por un cierto bien, que se propone conseguir.

Como se puede observar, se trata de una serie de nociones que se caracterizan por estructurar, unas en mayor grado que otras, un concepto de designio criminal finalístico o teleológico sustentado en forma minoritaria con base volitiva¹¹ —concreta o mixta—, y de forma mayoritaria con una

⁸PROTO, *Sulla natura...*, ob. cit., p. 44.

⁹ZAGREBELSKY, *Reato continuato ob. cit.*, p. 39; RIZ, *Lineamenti...*, ob. cit. p. 136, lo entiende como la “[...] realización de un único programa o cuando menos de una única actividad programada por el agente [...]” dirigida a la realización de un único fin (t/l); REYES ECHANDÍA, “El problema...”, ob. cit., p. 627.

¹⁰MORO, *Unità e pluralità*, ob. cit., p. 215.

¹¹ Así, por ejemplo, ANTOLISEI, *Manuale...*, ob. cit., pp. 464 y 465, advierte: “sería erróneo afirmar, como a veces lo hace la relación ministerial del proyecto definitivo (1974), que en el delito continuado aquello que rige la actividad criminal es solamente el elemento intelectual. Para afirmar la existencia de un verdadero designio, no basta la ideación de una serie de hechos ni tampoco el deseo de realizarlas, como afirmaba Leone. Ocurre algo más y es precisamente una deliberación genérica, la cual no excluye que sea necesaria para las acciones singulares una deliberación específica. La deliberación genérica no es simplemente un dato intelectual, implica también el concurso de la voluntad. Es el proyecto (genérico) de cumplir una serie de acciones delictivas, deliberado en sus líneas esenciales para cumplir un determinado fin” (t/l); DELITALA, “In tema...”, ob. cit., p. 195, la define como “resolución criminosa” caracterizada por la “[...] volición de una serie de acciones lesivas de la misma disposición de ley [...]” y luego advierte, *ibidem*, p. 197: “[l]a resolución es única en el sentido de la unidad del acto volitivo, pero es una voluntad dirigida a varios objetos delictivos, es una intención lesiva múltiple [...] intención dirigida a un mismo resultado de hecho”. Resultado de hecho que implicará tantas lesiones jurídicas como cuantas acciones delictivas (t/l); *id.*, *ibidem*, pp. 196 y ss., critica la asimilación doctrinal (Leone) y jurisprudencial entre fin delictivo perseguido por el agente y resolución criminal, dado que son dos conceptos completamente diferentes. Por su parte, GIUSSEPPE JACONO, “Il problema della identità del «disegno criminoso» nel reato continuato”, en *RIDP*, 9/1, 1937, Cedam, Padova, 1937, p. 106, sostiene: “[d]e hecho el designio, entendido como unidad coligante de una pluralidad de delitos, no puede representar un simple proyecto o programa abstracto, formado en la mente del sujeto por fuera del cualquier influencia de su facultad volitiva, pues representa en realidad un programa concreto, que se ha ideado, pero también querido” (t/l). Más adelante, p. 108, el citado autor agrega: “[...] que el designio puede llamarse criminoso, en cuanto está sostenido por un propósito, por una volición interna, como una actividad psíquica que impone la ejecución de una serie de delitos. [...] los hechos singulares no solo pueden considerarse unidos luego de una mera actividad intelectual, porque la acción humana es en realidad fruto de una actividad intelectual y volitiva. [...] en el delito continuado no es posible escindir el elemento intelectual de aquel volitivo, considerando así la ideación del proyecto distintamente del propósito criminal de actuarlo; porque este, en todo caso, da al designio valor y contenido

base intelectual abstracta¹². Ello es, un elemento subjetivo en virtud del cual el sujeto se representa en un momento estático e ideático: (i) la unidad de ejecución de los actos delictivos plurales que se propone realizar voluntariamente (en sentido individual), como una unidad teleológica inseparable que supone una sucesión causal y temporal articulada de actos homogéneos; (ii) las circunstancias objetivas fundamentales en las que ello sucederá¹³; y (iii) la previsión del resultado que busca obtener según su finalidad y móvil.

En este orden de ideas, desde el punto de vista estructural, el designio criminal sólo se constituiría —para la teoría dominante— con aquellos actos intelectivos o de representación que aún no se han manifestado en la realidad (porque pertenecen a un estado estático-ideático) y no con aquellos que implican una expresión concreta, dinámica o ejecutiva de la voluntad, que luego el sujeto materializa de forma seriada en el mundo exterior, por acción u omisión¹⁴. Lo anterior tiene razón de ser, cuando se advierte que el fundamento cognitivo precede lógicamente y temporalmente al elemento volitivo y al mismo propósito buscado, pues este es la base para que el agente se decida a realizar la conducta seriada como desarrollo del designio criminal.

De este modo, el elemento subjetivo “designio” —incluso si se asienta en un elemento volitivo— no puede ser reconducido a los dolos típicos de los

práctico [...]” (t/l). En España, PELÁEZ DE LAS HERAS, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 17, habla sin distinguir de unidad de propósito y de resolución, que desde luego implican considerar el elemento volitivo como rudimento fundamental o esencial del aspecto subjetivo del delito continuado.

¹² Sobre el particular, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 561, define el designio criminal desde la perspectiva intelectual como “un esbozo, como un programa que el agente ha ideado y que desea realizar sucesivamente en épocas y lugares distintos y también en perjuicio de sujetos diferentes” (t/l); BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, pp. 710 y 711; MORO, *Unità e pluralità*, p. 211, indica: “[p]or tanto el momento subjetivo unificante, no pudiendo estar en la fase volitiva, debe ser buscado en la fase intelectual que prepara la volición, más bien, en este caso, las múltiples voliciones” (t/l); PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 153; SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 543, quien lo distingue del dolo global, los motivos y los fines; PIASAPIA, *Aspetti psicologici...*, *ob. cit.*, p. 419, advierte: “[l]a identidad del designio equivale esencialmente a identidad, o mejor, a unidad de representación” (t/l); RISTORI, *Il reato...*, *ob. cit.*, p. 7. En general *cfr.* CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 393 y 394.

¹³ En palabras de PROTO, “Insufficienza...”, *ob. cit.*, pp. 199 y 200, el designio se traduce en un “complejo de las condiciones psíquicas que determinan las acciones” (t/l).

¹⁴ *Cfr.* SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 540; PROTO, “Insufficienza...”, *ob. cit.*, pp. 200 y 201; ZAGREBELSKY, *Reato continuato ob. cit.*, p. 41.

actos particulares¹⁵, porque estos son de naturaleza prevalente volitiva y suponen además la ideación de una actuación concreta de realización. En realidad, cada acción concreta implicaría una nueva voluntad de realización diferente (dolo), pero no un proyecto finalístico-intelectivo distinto. En este sentido, el proyecto criminal como modelo perfecto que sirve de horma al dominio de la actuación delictiva, puede abarcar varias acciones diferentes (heterogéneas), incluso si aquellas afectan bienes jurídicos «eminentemente personales».

Así las cosas, desde el punto de vista de la teoría dominante, no se pueden equiparar los términos designio (de base finalística-intelectiva) con el plan del autor (de base finalística-volitiva), tal y como lo ha hecho en alguna sentencia el Tribunal Supremo español, al indicar: “[s]e trata de dos acciones subsiguientes de apoderamiento que infringen el mismo precepto penal y que el acusado realizó en ejecución sucesiva de un plan único. El designio único es lo que convierte en continuidad delictiva la dualidad de acciones naturales realizadas en días distintos” [STS 931 del 10.06.1999 (RJ. 1999-5431)]. Por ello, el alcance y las consecuencias de dichos conceptos son distintos, como ya se ha dicho respecto a la configuración objetiva de la institución; de hecho, cuando el CPE habla de plan único, se refiere al dolo global, concepto distinto al de designio criminal.

Ahora bien, para esta teoría el elemento subjetivo tiene una enorme importancia estructural, para determinar el alcance y los límites del delito continuado, del siguiente modo:

En primer lugar, la representación compleja constituye no sólo un factor que define y enmarca la forma de conducción que el agente luego le imprime a

¹⁵ Cfr. BONADIES, “Su pretesi limiti...”, *ob. cit.*, pp. 1242 y 1243 afirma: “el designio criminal permanece extraño, estructuralmente, al dolo, como determinación volitiva de la acción criminal singular, aunque indudablemente su fondo radica en la misma sustancia subjetiva y psicológica” (t/l); DELITALA, “In tema...”, *ob. cit.*, p. 195; *id.*, *Reato continuato...*, *ob. cit.*, p. 118; JACONO, “Il Problema...”, *ob. cit.*, pp. 108 y 109; LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, pp. 270 y 271; MAGGIORE, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 180; PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 157, cuando precisa: “[...] no podríamos, en todo caso, concluir que tal resolución se identifica con el dolo” (t/l); PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 601; ZAGREBELSKY, *Reato continuato* *ob. cit.*, p. 41, quien indica: “sería tan inaceptable una concepción que vea en el designio criminoso una actitud psíquica en la que se solucionen los aspectos subjetivos propios de alguna volición” (t/l).

sus actividades delictivas individuales, sino también el criterio que permite reconocer el sentido de unidad normativa que cobija la multiplicidad de acciones u omisiones individuales y homogéneas realizadas por el autor, en nexo de continuidad¹⁶. Por ello, con base en los atinados planteos de PIASAPIA, se puede afirmar que a partir del elemento subjetivo, el delito continuado se estructura “como una pirámide, a cuya base se encuentran las violaciones múltiples de la misma disposición de ley y a cuyo vértice se encuentra, síntesis de todo el cuerpo geométrico, el diseño criminal”¹⁷. Y, en segundo lugar, es el menor desvalor de acción el que comporta el elemento subjetivo unificador —en comparación con la simple adición de los diferentes dolos de las infracciones particulares— lo que, por una parte, explica la diferencia dogmática entre el delito continuado y el concurso real de delitos y, por otra, fundamenta el tratamiento punitivo atenuado aplicable a la continuación¹⁸.

Desde esta perspectiva, cualquier acto que no se pueda reconducir desde el punto de vista intelectual al plan genérico, programa o diseño genérico original del autor, desde el momento del primer acto ejecutivo, deberá tacharse como un elemento independiente y extraño a la continuación misma. Por ello, no se pueden considerar incorporadas en el hecho continuado las distintas variaciones subjetivas significativas —y, por ende, tampoco las respectivas manifestaciones objetivas—, que el agente realiza de manera inacabada sobre los medios de ejecución previstos o planeados de forma originaria¹⁹.

¹⁶ En esta línea: PROTO, *Sulla natura...*, *ob. cit.*, pp. 32 y 95; LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 268; ZAGREBELSKY, *Reato continuato ob. cit.*, p. 39, sostiene que “eso antepuesto parece que atribuye al diseño criminoso la naturaleza de representación de todos los episodios cómo un todo único, permite explicar la función unificada y al mismo tiempo atenúa la gravedad del complejo de los episodios criminales, que ejercita el diseño criminal” (t/l).

¹⁷ Sin desconocer que asume una postura idealista en la materia, *vid.* PIASAPIA, *Reato continuato, ob. cit.*, p. 108.

¹⁸ *Vid.* ZAGREBELSKY, *Reato continuato ob. cit.*, p. 43, reitera que “[e]l menor desvalor que es propio de la situación de la continuación, con respecto de la hipótesis del concurso material de delitos, deriva de la referencia de cada acto de voluntad exteriorizado en acción, del programa prefigurado por el culpable, con respecto del cual las acciones individuales se ponen como meramente ejecutivas” (t/l). Posición a la que se opuso en España el TS en sent. del 29.12.1979 (RJ. 1970-5570), pues al confundir los planos subjetivos, creyó ver “una mayor perversidad” por parte del autor.

¹⁹ *Cfr.* ANTOLISEI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 465.

Sea como fuere, esta fórmula de orientación psicológica tuvo desde 1853 una influencia jurídica importante en la legislación italiana, como puede comprobarse al ser reafirmada —con algunas variaciones de forma y matiz— en los ordenamientos penales posteriores hasta que, finalmente, el D.L. 99 del 11.04.1974, mod. Art. 81 del CP de 1930, empleó la fórmula “unidad de resolución”. Esta construcción legal impulsó, sin duda, un elemento subjetivo bastante amplio, muy dúctil y en todo distinto del tradicional²⁰. Con ello, no solo se pretendía tratar desde el punto de vista punitivo algunos eventos de concurso material heterogéneo como hipótesis de delito continuado²¹, con la eliminación de la exigencia fundamental de la homogeneidad objetiva sino que, también, se buscaban superar los inconvenientes procesales referidos a la prueba del componente subjetivo. Una prueba plena frente a la cual, de forma paradójica, el operador jurídico encuentra una barrera práctica difícil de superar cuando ha de demostrar que todos los actos seriados realizados y juzgados como una unidad continuada, fueron previstos por el sujeto en el plan criminal original²². Dicho lo cual, el elemento subjetivo debería tener una base en esencia normativa, vista la ventaja que ello representa.

Ahora bien. En la legislación italiana actual puede predicarse la “unidad de resolución” y, por ende, el delito continuado, cuando sea notoria la existencia de un plan previo de acción en una misma situación contextual o

²⁰ Cfr. AMBROSETTI, *Problemi...*, *ob. cit.*, p. 23.

²¹ Vid. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 49; AMBROSETTI, *Problemi...*, *ob. cit.*, p. 23, afirma que causa perplejidad la concreta aplicabilidad del instituto, pues al limitar el elemento unificador del delito continuado al «mismo designio criminoso», se corre el peligro de una indiscriminada extensión a hipótesis del todo heterogéneas. En el mismo sentido, NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 386.

²² Vid. RISTORI, *Il reato...*, *ob. cit.*, p. 25, señala: “[p]or lo que atañe a la prueba de la unidad del designio criminoso, es necesario demostrar que, desde el principio, el agente había programado previamente en un cuadro unitario todos los delitos efectivamente cometidos [...] La jurisprudencia ha afirmado que la misma debe ser plena; en defecto de tal prueba no es posible, por tanto, reconocer la responsabilidad penal unitaria” (t/l). Así mismo, la diferencia de prueba entre el designio y el dolo típico concreto es evidente, pues en este último lo que se critica es la dificultad de demostrar la voluntad de realización del agente, con el propósito de construir el dolo como un elemento psicológico o normativo de carácter cognitivo, sobre el particular, PATRICIA LAURENZO COPELLO, “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del tribunal supremo español”, en *El Derecho Penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano*, estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo, Medellín, Gustavo Ibáñez, 1999, p. 138; RAMÓN RAGÚES I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso Penal*, Barcelona, MJ. Bosch, 1.999, p. 275 y MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 53 y 72.

temporal, consistente en la representación final, motivacional o teleológica²³ (“reiterada iniciativa criminal”) de diversos hechos por realizar y del resultado general a alcanzar como un todo específico. De este modo, bastará verificar, por ejemplo, la realización de los diversos hechos delictivos en un mismo contexto situacional, prevalidos de una unidad de motivo por la utilidad del beneficio unitario que obtendría el agente²⁴, para establecer la existencia del elemento subjetivo y configurar la continuidad delictiva. Una verdadera posición objetivada²⁵ que, incluso, acoge los actos heterogéneos o hechos realizados por fuera de la representación inicial del autor, pues tal programa intelectual, así configurado, debería admitir también los actos meramente eventuales.

Sin embargo, en este último punto no se puede dejar de observar una enorme incongruencia en la doctrina italiana, pues luego de sostener que el elemento subjetivo no es reconducible al dolo típico, esta configura el primero a partir del último en su modalidad eventual²⁶. Es decir, el dolo es un referente relativo y de utilidad “eventual” para configurar el designio criminal del delito continuado.

En síntesis, la legislación italiana llevó a extremos insospechados la función del elemento subjetivo en la continuidad delictiva. En efecto, provocó una ampliación conceptual que comporta una verdadera desnaturalización jurídica, un vaciado de sentido del delito continuado y, por supuesto, de su propio ámbito de aplicación que —por mucho que se trate de matizar—

²³ Así NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 387, advierte: “[e]l delito continuado heterogéneo puede prospectar una cadena de delitos coligados por un nexo teleológico (delito medio y delito fin), tal nexo bien puede ser una manifestación del designio criminoso unitario” (t/l).

²⁴ Así, RISTORI, *Il reato...*, *ob. cit.*, pp. 5 y 6, sostiene: “[...] el concepto de motivación, por su indeterminación y ambigüedad, no parece idóneo para ser utilizado con el fin de establecer la existencia de un nexo entre hechos que, incluso entrantes en una programación genérica, pueden quedar entre ellos claramente distinguidos” (t/l).

²⁵ Hasta el punto de que ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 38, afirma: “[...] está claro, en efecto, que debería prescindirse de una representación preventiva de los varios episodios en el cuadro del programa criminoso y, presentándose la misma situación de hecho que determina las mismas reacciones del sujeto, debería reconocerse la identidad del designio criminoso” (t/l).

²⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 45: “[...] no excluye el designio criminoso la representación de uno o más episodios como eventuales. Así como el dolo tiene una forma “eventual”, en la que uno o más de los elementos del tipo son representados como posibles y no como ciertos, también el designio criminoso puede asumir análoga actitud psicológica” (t/l); RISTORI, *Il reato...*, *ob. cit.*, p. 11.

resulta inadecuado para distinguir desde el punto de vista dogmático y punitivo la continuación del concurso real de delitos²⁷. Por lo demás, implica beneficiar el tratamiento punitivo de ciertas figuras que pueden ser realizadas en el ámbito de la delincuencia organizada. Todo ello demuestra que el elemento objetivo (en especial la identidad relativa de tipo) también tiene la función de ser un límite y una garantía material²⁸, sin importar el contenido teórico que desarrolle el aspecto subjetivo del delito continuado.

En último lugar debe advertirse, respecto a esta postura, que es por lo menos dudosa una distinción tan esquemática como aquella que se pretende hacer entre lo cognitivo que conforma el designio criminoso y lo volitivo que constituye cada una de las voluntades de realización de los actos típicos concretos, con el consiguiente desconocimiento de que la finalidad del agente debe cumplir un papel unificador importante en la estructura de la continuación delictiva, en particular frente al elemento subjetivo del delito.

B. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD HOMOGÉNEA. Esta concepción deriva la existencia del elemento subjetivo y, por ende, la unidad continuada, de la identidad de los dolos o culpas en los delitos concurrentes y de la homogeneidad del reproche, porque el sujeto ha actuado contra el Derecho en circunstancias objetivas externas similares²⁹. De este modo, las SSTS 667 del 05.11.2008 (RJ. 2008-6095): “b) [...] Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de culpabilidad homogénea, una trama

²⁷ Vid. AMBROSETTI, *Problemi...*, *ob. cit.*, p. 29: “[...] una excesiva dilatación del designio criminal implicaría un verdadero y propio vaciado de sentido para el instituto” (t/l); ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 38, sostiene: “[...] tal interpretación del requisito subjetivo, del cual se trata, no es idónea para explicar la función doble del designio criminal en la economía del delito continuado, la cual se traduce en la justificación del trato propio de la continuación para una disciplina más limitada de aquélla que derivaría de las normas sobre el concurso de delitos” (t/l).

²⁸ Vid. PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 156.

²⁹ Así, SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 347, sostiene: “a) El presupuesto principal es la unidad y equivalencia de la culpabilidad, una continuidad de voluntad y unos síntomas de culpabilidad equivalentes. Puesto que la culpabilidad no se refiere necesariamente a un solo acto sino que acompaña a todo el curso del querer y el obrar [...] puede reunir también en una unidad de delito a una serie de acciones naturales singulares, en cuanto contenido esencial de éstos hechos es poco más o menos equivalente”; VON HIPPEL, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 251; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 459, incluso habla de hechos discontinuos con culpabilidad continua. Cfr. CP PORTUGAL, Art. 30-2.

preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del *art. 74*, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión”; 279 del 01.03.1995 (RJ. 1995-1903) y 126 del 16.02.1996 (RJ. 1996-881): “[...] el delito continuado puede ser catalogado como una unidad de culpabilidad que sustrae a las reglas del concurso la confluencia de una pluralidad de infracciones cometidas por un mismo agente” [SSTS del 820 del 23.06.2005 (RJ. 2005-4147), 13.10.1980 (RJ. 1980-3693), 27.10.1980(RJ. 1980-3341), 15.06.1979 (RJ. 1979-2673) y 11.02.1980 (RJ. 1980-465)], entre otras.

Como es obvio, tal identidad psicológico-normativa implica deducir la existencia previa de una sola voluntad, decisión o propósito reprochable y de una sola meta a conseguir por el autor, que otorgaría un sentido delictivo y penológico unitario a toda la serie de hechos antijurídicos homogéneos que, en principio, no guardan ninguna conexión sustantiva *ex ante* en el mundo exterior. Esta característica le ha permitido al TS afirmar que la teoría de la culpabilidad homogénea es “una trama preparada con carácter previo, para la realización de varios actos muy parecidos” [STS del 04.05.1998]. Desde esta perspectiva, entonces, serán los elementos objetivos concurrentes los que permitirán definir lo que puede ser un delito continuado o no, tal y como se desprende de la STS del 10.03.1971 (RJ. 1971-882), cuando expresa que “[...] negativamente se sobre entiende que cuando sólo exista una decisión delictiva, una voluntad única, un solo propósito de delinquir como elemento subjetivo y una serie conexas de manifestaciones ejecutivas de aquel único propósito del que vienen a ser sólo

sucesivas exteriorizaciones como elemento objetivo, existe un único y solo delito que unitariamente debe ser sancionado”³⁰.

Según esta tesis, el fundamento de la menor punibilidad del delito continuado radicaría, no ya en un supuesto privilegio injusto porque el sujeto planeó con antelación la realización plural de las infracciones delictivas, como sucede de ordinario en las demás teorías subjetivas unitarias, sino, como corolario de la adecuación punitiva que resulta por la menor “reprochabilidad” que en estos casos demuestra la existencia de una identidad de culpabilidad respecto a los diversos hechos realizados por el autor³¹. Como consecuencia de ello, la doctrina causalista del delito encontró varios problemas de difícil solución.

(1) En primer lugar, en esta concepción no sería posible aplicar la unidad por continuación cuando el sujeto realice, en la misma serie delictiva, supuestos agravados y atenuados o el mismo tipo básico o agravado, siempre que unos y otros supongan grados de reproche distintos y, por ello mismo, culpabilidades heterogéneas que impidan apreciar una misma ideación criminal. Dicho esto, si bien la aplicación del delito continuado se ampliaría en sede de culpabilidad, al mismo tiempo se restringiría en la tipicidad, al no admitir en el contexto de la ley vigente la infracción de preceptos de “semejante naturaleza”, aun cuando la realización de estos obedezca a un plan ideado con antelación por el autor. Además, en la práctica jurídica, esta teoría dejaría a la libre valoración del Juez la posibilidad de unificar en continuación o no una serie de delitos en virtud de la unidad de culpabilidad o “propósito”, para verificar la homogeneidad de las circunstancias concurrentes en las que actúa en serie el sujeto, la homogeneidad de precepto y del bien jurídico lesionado, desde un punto de vista objetivo³².

³⁰ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 93 y 134 y ss. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...* (1976), *ob. cit.*, p. 729, dice que, como quiera que esta tesis “conduce, en definitiva, a colocar el acento decisivo en los elementos objetivos, merece preferencia la exigencia del “dolo conjunto” o unidad de designio criminoso”. Igual, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 861.

³¹ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 135; DEL ROSAL, “Sobre el delito continuado...”, *ob. cit.*, pp. 153 y 154.

³² Cfr. DEL ROSAL, “Sobre el delito continuado...”, *ob. cit.*, p. 157.

(2) En segundo lugar, estos autores se enfrentaron al problema de tener que referir las causas de exclusión de la culpabilidad en el delito continuado a la inexistencia de una “representación y resolución genérica” de realizar los hechos individuales que estructuran la unidad delictiva³³. En este sentido, tampoco se podría ver una continuación delictiva cuando el agente realiza alguno o algunos de los hechos delictivos intermedios en estado de inimputabilidad, porque la carencia de tal presupuesto o capacidad impediría apreciar una culpabilidad homogénea continua en los diversos «hechos punibles». En este sentido, la crítica es evidente: si un inimputable concibe un plan criminal y decide seguirlo, el sujeto será punible cuando al momento de la realización singular de los actos fuese imputable, porque es capaz de realizar una culpabilidad homogénea; mientras que si se realiza dicho plan con íntegra capacidad de entender y comprender, si fuese inimputable al momento de la realización de los actos singulares, no debería ser castigado³⁴ ni siquiera por tratarse de una acción libre en la causa.

(3) En tercer lugar, a estos autores no les fue posible sostener en los hechos dolosos una congruencia clara entre la realización singular, manifestada por una voluntad particular en cada delito, y la identidad genérica de la voluntad que configura el aspecto subjetivo del delito continuado entendido, a su vez, como una mera “coincidencia u homogeneidad” de culpabilidad³⁵. Y ello es así, porque para concebir un elemento subjetivo continuado más o menos coherente —como intención prolongada—, es fundamental que el sujeto conciba su decisión de realización posterior como una continuación de la anterior, al menos, como sucede en el dolo de continuación. Además, lo específico del dolo típico —como voluntad en cuanto realización— pocas veces coincidía en sentido cualitativo con el dolo genérico de realizar de modo culpable una pluralidad de actos, como trama previa de ejecución de las diversas acciones seriadas. Sobre el particular, con toda razón, se ha dicho —a título de ejemplo— que la voluntad genérica de mantener una

³³ Crítico: PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 95.

³⁴ *Ibidem*, p. 94.

³⁵ *Vid.* TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 130.

relación adulterina en el tiempo es diferente desde el punto de vista cualitativo del dolo de un adulterio simple³⁶.

También, es necesario resaltar las diferencias que existen entre un dolo específico, con independencia de su configuración como “*dolus malus*”, y el dolo como forma de culpabilidad homogénea en el delito continuado. Así, por ejemplo: (i) Mientras que en el dolo concreto el sujeto debe tener conocimiento actual de la acción particular que realiza, en el delito continuado el conocimiento debe abarcar una pluralidad de actos, lo que implica entenderlo a modo de un plan criminal previo en el que los diversos actos o acciones se realizan de forma progresiva o gradual³⁷. Y, (ii) el elemento volitivo tendría diferencias sustanciales. Mientras que en delito único tal querer se manifiesta en un solo momento, en el delito continuado tal querer inicial debe ser una unidad, de tal suerte que le permita al agente decidirse por la realización de múltiples acciones parciales posteriores o, al menos, que congloba las ya realizadas.

Sin embargo, la relevancia de esta teoría, a diferencia de la teoría del dolo global, fue ampliar el alcance del elemento subjetivo de la continuación como un elemento de la culpabilidad, incluso a los delitos imprudentes o a los realizados en forma ocasional³⁸. Por ello, la matización del elemento subjetivo permitió asimilar el factor subjetivo de la continuación con la voluntariedad que estructura el elemento subjetivo de la culpa clásica, aunque en esta el agente no dirija su actuación a la ejecución de los actos típicos particulares, sino a la realización de una actividad extratípica seriada, que infringe el deber de cuidado medio exigido por la norma penal o por reglas complementarias de manera homogénea. Así las cosas, esta postura puede derivar en un juicio de exigibilidad unitario formulado al autor, por la realización del injusto continuado.

³⁶ Vid. PAGLIARO, *I reati connessi*, ob. cit., pp. 95 y 96.

³⁷ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., p. 123.

³⁸ TOMÁS TÍO, “El delito...”, ob. cit., p. 130; también, la STS del 04.10.1984 (RJ 1983-4699) reitera: “[...] la famosa unidad de designio del Derecho italiano” se ha entendido en la más reciente jurisprudencia española como “una exigencia de unidad de culpabilidad”, de tal modo que “quepa desde el riguroso dolo unitario (plan preconcebido) hasta la simple reiteración de la mera culpa que puede darse en la simple actuación ocasional [...]”.

En conclusión, debe indicarse que superado el concepto de culpabilidad psicológico-normativa, esta construcción encuentra pocas razones para ser acogida, cuando hoy es evidente que el dolo es un elemento fundamental de la tipicidad y no de la culpabilidad [CP, Art. 21: “la conducta es dolosa [...]”]. En fin, por ello ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, afirman: “[h]ay autores que [...] dicen que la unidad da la culpabilidad, por la unidad de circunstancias. Creemos que ello no es cierto, porque la unidad de circunstancias a tomarse en cuenta en la culpabilidad no puede dar por resultado una unidad a los efectos del desvalor típico, que es un estrato anterior del análisis del delito”³⁹.

C. TEORÍA DEL “DOLO TOTAL” (Gesamtvorsatz). Mediante esta elaboración del Reichsgericht alemán⁴⁰, que parte del concepto final de acción, se exige que el autor realice los diversos actos ejecutivos parciales homogéneos que conforman la realización continuada del tipo penal, con un “dolo global, común o de conjunto de carácter unitario” no renovable⁴¹. Es decir, es necesario que el sujeto activo haya previsto y querido como un todo la realización de la pluralidad de actos seriados que configuran en forma progresiva la ejecución del delito continuado, al menos con anterioridad a la terminación del primer acto parcial de la realización delictiva total [STS

³⁹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 676.

⁴⁰ Vid. SCHMIDT, “Einzelakte...”, *ob. cit.*, p. 756.

⁴¹ VON WEBER, *Lineamientos...*, *ob. cit.*, p. 109, lo define como “un dolo dirigido a la obtención intermitente de un determinado resultado global”. Sobre el tema: BURKHARD JÄHNKE, “Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs”, en *GA*, 1989, pp. 385 y ss.; GEPPERT, “Grundzüge...”, *ob. cit.*, pp. 364 y 365; INGEBORG PUPPE, “Urteil des BGH vid. 28.11.1984–2 StR 309/84, Anmerkung”, en *JR*, Heft 6, 1985, pp. 244 y ss.; LEONE, *Del reato abituale...*, *ob. cit.*, p. 272; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 106, aunque desde el punto de vista de la ficción jurídica. Lo asumen: BRODAG, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 164; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1094; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 715-716 (*Tratado*, p. 771), afirman que el carácter unitario del dolo es determinante; HAUF, *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 191; KÖHLER, *Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 689; MITSCH, “Konkurrenzen...”, *ob. cit.*, p. 389; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 465; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1000; *id.*, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 53; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 676; SSTS 1366 del 11.11.1999 (RJ. 1997-7853), 25.05.1998 (RJ. 1998-4438) y 564 del 26.04.1997 (RJ. 1997-3221). Incluso, CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 697, critica la norma del Proyecto de Código Penal de 1979 que originó el Art. 69 bis y calificó de lamentable el hecho de que la norma prescindiera de la unidad de propósito, porque esta “[...] constituye el alma de la continuación delictiva y es su verdadero elemento unificador”; CSJ PENAL, sent. 20.02.2008, e28880, Y. RAMÍREZ.

1749 del 21.10.2002 (RJ. 2002-9131)]⁴². Dolo conjunto o unidad de propósito que deberá referirse a la finalidad que movió toda la realización de la acción unitaria⁴³ y no a la intención particular que llevó al agente a realizar, en distintos momentos, cada uno de los actos parciales comprendidos por el plan seriado (unidad de resolución). El dolo debe abarcar la unidad de acción ontológico-normativa y un determinado resultado global, y no sólo sus elementos estructurales.

Para aclarar un poco más las cosas, es fácil advertir en estas hipótesis que el sujeto se propuso realizar desde la perspectiva final solo un delito con sentido; sin embargo, por diversas circunstancias objetivas externas o por conveniencia práctica, lo lleva a cabo mediante múltiples actos ejecutivos sucesivos fraccionados y homogéneos, que le permiten controlar de forma adecuada la realización del resultado que buscaba en un determinado ámbito contextual de realización, de acuerdo con su plan preconcebido (Vorgefaßten Plans). Resultado que, en otras circunstancias, tal vez hubiese conseguido mediante la realización de una única acción realizada en un mismo momento.

En este orden de ideas, *el dolo total* supone que los diversos actos parciales que tengan una concreción posterior al primero, queden gobernados e

⁴² Dicha sentencia señala lo siguiente: “la cuestión radica en determinar, si ya en el momento de recibir la primera cantidad, o, al menos, antes de recibir la segunda, el acusado había concebido el plan de apropiarse del total, pues si así fuera no habría inconveniente en sostener que los hechos constituyen un delito continuado, pues se trataría de un solo plan que se ejecuta por el mismo sujeto activo en varias acciones separadas en el tiempo, que afectan al mismo precepto penal”. En sentido similar, *vid.* la STS 1020 del 10.02.1997 (RJ. 1997-1550), que define el requisito como “dolo unitario, no renovado, que implica unidad de resolución y propósito criminal resultante en una trama preparada previamente para programar la realización de una serie de hechos delictivos y aunque no se hayan previsto inicialmente detalles concretos de cada actuación delictiva, pero siempre que preexista a todos ellos una ideación global de los mismos [...]. En la doctrina, OBERLANDESGERICHT KÖLN. Mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. RECKTENWALD, Köln/Bonn, Urteil vom 03.12.1974- Ss 235/74, “Zum Gesamtvorsatz bei Automatendiebstählen”, en *GA*, 1975, pp. 123-124 y REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 210. Así mismo, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 863, indican que es suficiente que el dolo total tenga lugar antes del agotamiento del primer acto parcial por parte del autor. Sin embargo, es preferible que el dolo total se presente antes de la terminación del primer acto parcial, dado que entre ésta y los actos de agotamiento, puede existir un lapso de tiempo excesivo en el que el autor puede realizar los demás actos ejecutivos posteriores. En fin, no se puede olvidar que la consumación de la continuación se presenta con la realización del último acto parcial, y no con el primero de ellos, salvo que se sostenga la teoría de la ficción.

⁴³ En la misma línea *vid.* RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 861 y REYES ALVARADO, *El Concurso...*, *ob. cit.*, p. 208.

incorporados en el nexo de continuidad, mientras que cualquier manifestación posterior de la voluntad del agente al plan final original (o de los agentes que acuerdan de consuno la realización fraccionada: STS 367 del 22.03.2001 (RJ. 2001-1357)⁴⁴, constituye una tipicidad independiente y autónoma de la continuación delictiva típica. [p. ej.: STS 1962 del 2003 (RJ. 2004-2776), en la que se indica: “hay que decir que nos hallamos ante un delito de falsedad en documento mercantil de carácter continuado, por cumplirse todos los requisitos exigidos en el Art. 74.1 CP [...] B) Un plan preconcebido o dolo unitario en este caso, como ya dijimos al hablar del delito de estafa, al responder todos los múltiples hechos a un mismo propósito inicial ejecutado durante todo ese largo período de tiempo hasta que unos nuevos propietarios de X, al realizar una auditoría, descubrieron el fraude”. También exigen un dolo unitario respecto al delito continuado de agresiones sexuales, las SSTS 16.02.1998 (RJ. 1998-1740); 25.05.1998 (RJ. 1998-4438); 26.01.1999 (RJ. 1999-949); la STS 1569 del 24.11.2003 (RJ. 2003-9463) (malversación) exige “un dolo unitario, con planteamiento único que implica unidad de resolución y propósito criminal”].

Es más, el delito continuado no se configura mediante un elemento subjetivo adicional que se renueva o adiciona por el dolo propio de cada acto parcial realizado en seguida, como lo afirman quienes sostienen la unificación jurídica o ficticia de una pluralidad de tipicidades, sino que solo existiría un dolo único calificado por la voluntad (propósito), con independencia de los posibles elementos subjetivos especiales del tipo (distintos del dolo), que operaría según en la medida en que fueran desarrollados todos los actos previstos en el plan del autor. Así, la STS 367 del 22.03.2001 (RJ. 2001-1357), sostiene: “[d]el análisis de las actuaciones resulta imposible diferenciar o fijar las diferentes acciones sobre las diversas

⁴⁴ Dicha sentencia indica: “[e]s evidente que en el caso que nos ocupa, concurre el elemento subjetivo de obrar en ejecución de un plan preconcebido, diseñado originariamente por el Director del Centro, que se ejecuta por el conjunto de personas implicadas en los hechos, si bien con diferente rango y nivel de actividad. Esta conjunción de tareas, lleva adelante el plan de interceptar las comunicaciones telefónicas inalámbricas, que se desarrollasen en las frecuencias adjudicadas a dicho tipo de comunicaciones. [...] por la dinámica operativa que se ha descrito, todos y cada uno de los autores se integran en el propósito común por lo que deben ser considerados, como partícipes en una actividad continuada y persistente en un espacio de tiempo, sobre el bien jurídico protegido que es la intimidad de las personas” (subrayado por fuera del texto original).

personas afectadas que parecen relacionadas, entre otras muchas, en el relato de hechos probados. [...] No se puede descomponer estos hechos en tantos delitos como escuchas realizadas, cuando hay constancia de que se trataba de la ejecución de un plan preconcebido, plasmado en una pluralidad de acciones que ofenden a varios sujetos, e infringen el mismo precepto penal”.

Desde luego, debe descartarse como elemento subjetivo del delito continuado, la simple decisión general del autor de realizar un determinado grupo de conductas punibles, porque es necesario que él planee de manera general —no particular y detallada— los actos futuros, de tal suerte que proyecte y concrete el contorno de la unidad de acción continuada⁴⁵. Así, por ejemplo: El ladrón que decide apoderarse de cien mil euros, no requiere planear de manera exacta la hora y los días en los que realizará los diversos actos seriados, mediante los cuales cumplirá la finalidad de hurtarse la totalidad del dinero; pero tampoco bastará con la simple intención abstracta de realizar diversos “apoderamientos para aumentar su patrimonio”, sin concebir al menos los medios para hacerlo. Por tal motivo, las adecuaciones irrelevantes o el perfeccionamiento *in situ* del plan criminal, en algunos de los actos previstos, deja intacta la estructura y la naturaleza originaria del dolo global.

Por lo general, esta teoría es complementada con aquellos eventos que la doctrina considera como hipótesis seriadas con base en un dolo de continuación, bajo la rúbrica teórica de dolo global amplificado⁴⁶.

Para culminar, debe decirse que esta postura ha sido criticada por varias razones:

(1) En primer lugar, no sólo se le califica de artificial y ficticia sino que, además, se cree imposible construir un concepto de dolo genérico (con conocimiento y voluntad genéricos) que suponga la realización seriada de diferentes acciones típicas realizables en momentos independientes.

⁴⁵ Vid. JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1094; MEZGER, “Das fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 3267; SCHMIDT, “Einzelakte...”, *ob. cit.*, p. 756; VON WEBER, *Lineamientos...*, *ob. cit.*, p. 109; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 106, ve un cierto elemento temporal en dicha previsión; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 209; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...* (1976), *ob. cit.*, p. 730.

⁴⁶ Así, JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1095.

Máxime, si se tiene en cuenta que cada tipicidad parcial debe ser llevada a cabo con un dolo típico concreto que, en situaciones normales, no coincide con el dolo general de realización. Así las cosas, dicho dolo total sería una ficción jurídica que obraría en la realización seriada de varios actos independientes considerados delictivos por el Derecho penal⁴⁷, como una voluntad potencial o futura⁴⁸ anterior a la realización del hecho y, por ello, irrelevante desde la perspectiva penal como un querer sin realización. No se puede olvidar que el querer de realización es la única característica capaz de explicar la existencia de los hechos dolosos posteriores a la voluntad original del autor.

Dicha crítica supone entender que el dolo global se asemeja a aquellas posturas sustentadas en Italia por los partidarios del designio criminal, expuesto como idea global del comportamiento desde una perspectiva cognitiva⁴⁹. Sin embargo, los autores italianos admitieron, incluso con la tesis del designio criminal, “que cuando la persona desea apoderarse del millón de pesos tomando sumas parciales de cien mil pesos mantiene su intención de apropiarse de la suma total mientras se apodera de ella por partes y aún en los momentos que transcurren entre cada una de las diferentes apropiaciones, lo cual no impide reconocer que adicionalmente a ese deseo genérico de tomar para sí el millón de pesos no exista un dolo

⁴⁷ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 20 y 107: “[e]sto no parece posible, pues aunque cabe pensar que el sujeto programe o proyecte la realización de una serie de acciones, es inadmisibles que las quiera realizar en un momento determinado a partir del cual actúe como un autómatas [...] es inadmisibles que las quiera todas a la vez... cuando cada acción requiere un impulso voluntario [...]”; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 782, para quienes tal concepción no tiene sustantividad propia; MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 373; MORO, *Unità e pluralità...*, *ob. cit.*, p. 213: “la presentación de un dolo o de una resolución genérica es no sólo difícilmente sostenible, sino también inútil [...]” (t/l); BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 579.

⁴⁸ Así, PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 93, para quien esta concepción maneja sólo una voluntad potencial precedente a la realización y no una voluntad en cuanto realización del hecho, sobre todo si se tiene en cuenta que esta última es la única voluntad que puede explicar la realización de los hechos dolosos posteriores a la primera voluntad originaria (t/l).

⁴⁹ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 261: “[...] el requisito del plan preconcebido no puede equipararse a la concurrencia de un dolo unitario, entendido en sentido estricto, o de un dolo genérico propio del delito continuado y compatible con la voluntad propia de cada acción. Este requisito debe entenderse tan sólo como plan o programación, no genérica sino concreta, de la realización de una serie de acciones sucesivas, con cierta determinación de los fines y de los medios para conseguirlos, concretándose suficientemente en las representaciones del autor el lugar, tiempo y medios de comisión, sin que sea suficiente la resolución general de cometer hechos punibles en cada oportunidad que se presente”.

referido a cada una de las apropiaciones que de a cien mil pesos realiza periódicamente”⁵⁰.

En otras palabras: si por definición el dolo se concibe como voluntad de realización y, a partir de ello, también es posible sostener que —aunque la voluntad de realizar el dolo global se produce sólo de forma gradual, en cuanto se plasma cada vez que se ejecuta un acto parcial integrante de la unidad de acción— el sujeto activo siempre tuvo una finalidad encaminada a ejecutar el contenido de un único delito continuado. Así, la STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), advierte: “[...] como señalan las SSTS 2.2.98 y 25.5.99, "si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, si está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva”.

En cualquier caso, resulta problemático afirmar que es inútil e incluso una ficción irrelevante para el Derecho Penal, realizar diversos actos seriados con base en un dolo total, porque también podría afirmarse que en algunos tipos patrimoniales únicos de iteración continua resultaría inútil la exigencia de realización del delito continuado con un móvil genérico o conglobante de aprovechamiento —distinto del dolo— si, además, es necesario verificar en cada acción concreta un ánimo de lucro diferente, elemento subjetivo que no se podría distinguir de la motivación que conecta como dolo continuado los distintos actos seriados según otras concepciones sobre la materia.

(2) En segundo lugar, se sostiene que el dolo global implica admitir dos conceptos de dolo distintos e incompatibles: por un lado, un dolo conjunto que haría innecesaria una resolución de voluntad específica en cada acto parcial o individual; y, por otro, varios dolos específicos entendidos como voluntades de realización existentes al ejecutar las acciones delictivas; desde luego, se trata de una dualidad insostenible desde la perspectiva del aspecto

⁵⁰ REYES ALVARADO, *El Concurso...*, ob. cit., p. 177.

subjetivo del “delito”. A título de réplica, indica REYES ALVARADO⁵¹ que si ello fuera así a partir de la concepción unitaria del delito continuado, que no lo fracciona respecto de cada acto parcial como lo pretende la teoría de la pluralidad de conductas, se llegaría al absurdo de sostener que en los delitos únicos habría que reconocer una diversidad de dolos pequeños en quien penetra a domicilio ajeno para hurtar, pues, sin duda, cada vez que toma para sí uno de los bienes muebles que allí encuentra lo hace con la conciencia y la voluntad de actuar contra derecho. Además, ya se afirmó, en la realización del delito continuado es posible que el sujeto activo mantenga su intención global mientras realiza las acciones parciales, sin perjuicio del dolo referido a cada una de ellas como parte del mismo elemento referido a la unidad típica.

En cualquier caso, dicho cuestionamiento también es aplicable al dolo conjunto porque esta modalidad implica una pluralidad independiente de dolos específicos, un plan criminal y dos móviles distintos: uno genérico, entendido como conexión o ceder psíquico contiguo; y otros móviles distintos al dolo típico que, en los delitos de tendencia, tendrían que completarse con elementos subjetivos especiales del tipo que también deberían ser agrupados como un ánimo especial único. Es decir, todo un enredo subjetivo si se afirma luego que ánimo especial y móvil no son en esencia lo mismo.

En realidad, las dos críticas expuestas son imaginables cuando desde cierta perspectiva metodológica equivocada se pretende ajustar la concepción del dolo total a una construcción ideal, que estructure el delito continuado como una figura colectora de plurales conductas y diversas tipicidades, unidas en forma ficticia a partir de un concurso real de delitos⁵². Es claro que ambas concepciones son incongruentes. Un ejemplo interesante de este tipo de argumentaciones es el de CHOCLÁN MONTALVO, al afirmar: “[e]n suma, hay que negar la posibilidad del dolo único para una pluralidad de acciones, pues el dolo genéricamente entendido no es verdaderamente dolo y cada acción debe estar precedida por su propio dolo si se quiere que sea acción

⁵¹ REYES ALVARADO, *El Concurso...*, *ob. cit.*, pp. 208 y 209.

⁵² REYES ALVARADO, *El Concurso...*, *ob. cit.*, p. 205.

típica [...] En consecuencia, la unidad de dolo no puede ser entendida como lo hacían los seguidores de la realidad natural que invocaban la necesidad de unidad de resolución. Si hay pluralidad de acciones, necesariamente debe afirmarse la pluralidad de manifestaciones de voluntad de modo que lo que verdaderamente es único en el delito continuado, en lo que se refiere a la exigencia de plan preconcebido, es la ideación y no la resolución, en la línea que señalara CARRARA en apoyo de la teoría clásica de la ficción [...]”⁵³.

Se trata, entonces, de teorías de la realidad jurídica que desde una perspectiva conceptual no logran sobrepasar, por más que afirmen que el delito continuado es una unidad jurídica y procesal autónoma, las clásicas corrientes de la ficción relativa por unificación *ope legis* y *quad modus poenam*, ya superadas por la existencia de normas que regulan la acumulación jurídica posterior de penas para delitos diversos. Teorías que dan un ropaje nuevo a viejas concepciones ancladas en el concepto naturalista de acción, y que conciben el delito continuado no como una verdadera unidad jurídica sino como un verdadero concurso real de delitos con efectos jurídicos limitados. En fin, posturas que sobrevaloran los hechos ontológicos (al desconocer la conducta única compleja) y sobredimensionan la pluralidad ontológica de acciones u omisiones (entendida como verdadero requisito jurídico del delito continuado), luego compatible de forma extraña con una unidad de acción en sentido amplio que no se asume con todas sus consecuencias. Además, estas construcciones teóricas parecen sostener una variante del delito continuado para los eventos no patrimoniales y otra para los eventos patrimoniales, que luego se califica como una anomalía jurídica⁵⁴, porque reafirma la naturaleza unitaria del delito continuado.

⁵³ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 259. En la misma línea NOVOA MONREAL, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 401: “[...] cuando se realizan varias conductas típicas y antijurídicas separadas en el tiempo, la conciencia y voluntad correspondientes a cada una de ellas tiene la independencia que resulta de su aplicación a diversos hechos, con lo que una correcta noción del dolo conduce a encontrar en cada una de esas conductas todos los elementos necesarios para separados reproches a título de dolo”.

⁵⁴ *Cfr.* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 65: “[e]l criterio de la suma de perjuicios en el sentido en que lo maneja la jurisprudencia para adicionar cuantías parciales de las individuales realizaciones típicas, como si de una sola realización típica se tratase, subsumiendo el resultado delictivo conjunto en un tipo de delito que ningún hecho individual ha realizado, es un problema absolutamente diverso de la unidad a que se reduce una pluralidad de realizaciones típicas en las que no adquieren relevancia criterios

Así las cosas, tratar de deslegitimar la coherencia de la elaboración del dolo global o total a partir de la teoría de la pluralidad delictiva, resulta equivocado desde una perspectiva metodológica porque, por el contrario, esa concepción supone entender la continuación como una verdadera unidad jurídica, un delito único con base en un dolo total o global de realización seriada o progresiva del mismo tipo penal (no una figura colectora de tipicidades), de donde se infiere que no existe una dualidad de dolos en diferentes niveles de análisis: unos concretos y otro específico conglobante; por ello, el plan criminal haría parte del dolo global como un plus final. Es más, no se puede olvidar que el elemento subjetivo cognitivo fue criticado en Italia, sobre todo en su vertiente carrariana (puramente intelectual), con argumentos que hoy son irrefutables.

Finalmente, estas teorías fundamentan una figura única en el plano objetivo, pero plural en lo subjetivo, en la que convergen varios dolos respecto de una misma situación progresiva de injusto, no en todos los casos de naturaleza cuantitativa; la progresividad de lesión, obsérvese, no es exclusiva en los delitos patrimoniales.

(3) En tercer lugar, se afirma que el dolo global es incapaz de justificar la atenuación punitiva que impone la continuación en comparación con el concurso real, pues demuestra que el agente previno, preparó, o aparejó los medios, los instrumentos y las circunstancias para realizar la conducta punible en las mejores condiciones de seguridad y eficacia, con menos riesgo para su persona y en perjuicio del titular o titulares del bien jurídico⁵⁵; en este sentido, pues, dicha atenuación sería un verdadero

cuantitativos. Someter ambos problemas a la misma disciplina —delito continuado— determina el fracaso de todo esfuerzo sistematizador”. Fracaso que solo ocurre cuando se parte de las teorías de la ficción o de la realidad jurídica interpretada como una teoría neo ficticia, más no desde el ángulo de las concepciones ontológico-normativas. Ello sugiere, más bien, que el legislador mezcló en parte las teorías de la realidad y en parte las teorías jurídicas de la unidad, pero ello no legitima asumir de nuevo las teorías de la ficción.

⁵⁵ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 107: “cualquiera que sea la forma en que se configura el dolo único o conjunto, no se explica cómo un querer previo comprensivo de todas las acciones, deba tener lugar a una atenuación (o, en algunos casos una agravación) de la pena” (sic), *ibídem.*, pp. 135 y 144. En un sentido similar, GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1056, sostiene que “[e]l artículo 74 del C.P. vigente describe la parte subjetiva como ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión. Con ello parece aludirse a dos situaciones distintas que merecen también una valoración diferente. La ejecución de un plan preconcebido parece más grave, en cambio, el aprovechamiento de

privilegio punitivo para el delincuente reincidente. Sin embargo, la existencia de una voluntad única puede expresar mejor un menor desvalor personal de acción, que la de varias voluntades independientes dirigidas a lesionar en forma diversa y ocasional los bienes jurídicos en una relación de conexidad que, como se dijo, más bien configura un delito contiguo. Este es el sentido del concurso real sobre la base de distintos desvalores personales de acción y distintos desvalores de resultado.

Por otra parte, esta crítica busca restarle coherencia a la construcción del dolo total mediante su incorrecta equiparación con las figuras de la premeditación delictiva⁵⁶ y de la reincidencia⁵⁷ que, en la actualidad, no tienen mayor incidencia, una vez demostrado que la peligrosidad social del sujeto, su carácter perverso o débil, no cumple un papel relevante en la configuración del desvalor personal de acción o de culpabilidad —al menos desde la perspectiva de un derecho respetuoso del principio del acto—. En este sentido, afirma con cierta razón CHOCLÁN MONTALVO: “[...] el principio de culpabilidad cumple la función de imponer límites al poder de intervención estatal a través de la idea de lo merecido. En lo que se refiere al delito continuado, no se encuentran suficientes razones de índole material para castigar la acción continuada fruto de la planificación previa con pena que exceda de la suma de los marcos penales individuales, que en todo caso limita la pena adecuada a la culpabilidad, aunque todavía la gravedad de la culpabilidad por el hecho puede determinar una pena inferior, pues la reiteración de conductas antinormativas, aunque estén conectadas

idéntica ocasión puede denotar una menor culpabilidad del sujeto que ante la tentación que la ocasión supone infringe reiteradamente la norma penal”. A su turno, de forma paradójica, ENRICO FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, pp. 592 y ss., señala lo contrario, es decir, que “[...] chi continua a delinquere in seguito ad una ideazione mostra una capacità criminosa meno ferma di chi le varie violazioni sorregge con distinte ideazioni”.

⁵⁶ Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 579, para quien sería mejor hablar de “premeditación unitaria”.

⁵⁷ Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 692: “[e]n realidad la doctrina corriente acerca del delito continuado está fundada sobre una ficción jurídica favorable a los delincuentes, en particular a los que delinquen reiteradamente, y contraria, en ciertos casos, a los intereses sociales. El delito continuado [...] denota mayor peligrosidad que el delito de acción única, por la persistencia en la conducta criminosa y por la deficiencia de los poderes inhibitorios del agente, y constituye un caso de contumacia en el delito que tiene cierto parentesco con la reincidencia”.

subjetivamente, aunque respondan a un mismo plan, no produce un mayor desvalor de conjunto [...]”⁵⁸.

Por supuesto, esta asimilación es tan inadecuada como aquella otra para la cual la debilidad de carácter del sujeto, que lo motiva a recaer en la misma tentación (debilidad caracterológica), sirve desde el punto de vista político-criminal para fundamentar una atenuación punitiva del injusto o la culpabilidad⁵⁹. Con ello, entonces, pierde consistencia la agravación del concurso real en el que se demuestra homogeneidad motivacional, que es el punto de partida de tales teorías para explicar la naturaleza ficticia del delito continuado.

(4) En cuarto lugar, se considera que la teoría del dolo de conjunto restringe la aplicación del delito continuado, pues excluye los casos en los que el agente se representa el hecho total de manera renovada y sucesiva (posterior), según se vaya realizando cada acción⁶⁰. En realidad, esta crítica es similar a la detracción realizada a la teoría final de la acción, en el sentido de que responde a un modelo conceptual excesivamente racionalista, que limita la continuación a las conductas humanas más elaboradas desde la perspectiva subjetiva (dolosa). Es decir, a aquellos comportamientos planificados, conscientes y controlados en lo absoluto hacia un objetivo final, que dejan por fuera otras formas de acción. Desde luego, cabe considerar también la otra cara de la moneda, que implica restringir

⁵⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 158.

⁵⁹ *Cfr.* DEL ROSAL, “Sobre el delito continuado...”, *ob. cit.*, pp. 153 y 154. En contra y con razón, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 163: “[p]ues bien, en el caso de aprovechamiento de ocasión similar para reiterar el delito, no pueden apreciarse circunstancias que permitan fundar una reducción de la ilicitud ni de la culpabilidad en sentido estricto. La progresiva lesión jurídica, la mayor magnitud del daño causado que se va produciendo por las acciones sucesivas, determina un mayor contenido de injusto que incide en una mayor culpabilidad; de otro lado, no puede hablarse de menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron a actuar al autor, pues, la propensión al delito o el oportunismo o egoísmo propio de quien ante una oportunidad la «aprovecha» para conseguir los fines ilícitos, denota un mayor desvalor de acción —mayor culpabilidad en sentido amplio— y no es valorado positivamente en el sentir social, no es un motivo ético socialmente valioso”.

⁶⁰ *Cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 580; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 132; JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1094. Por el contrario, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 716 (*Tratado*, p. 771), afirman que esta concepción en parte estrecha merece aprobación desde la perspectiva jurisprudencial alemana.

privilegios punitivos a los delincuentes ocasionales por razón de su motivación profesional.

Además, esta contracción subjetiva del delito continuado es la pretensión actual de gran parte de la jurisprudencia y de la doctrina⁶¹, una vez considerados los inconvenientes político-criminales, penológicos y procesales que supone aplicar la figura en la práctica de los tribunales, en comparación con los institutos concursales, en especial cuando se trata de bienes jurídicos “altamente personales”. Por ello, parece dudoso sustentar desde la perspectiva político-criminal —pues lo que se discute es la pervivencia misma de la figura— posturas que dilaten el ámbito de cobertura de la institución jurídica, al tiempo que relajan de manera cuestionable las exigencias dogmáticas que garantizan su estricta aplicación. Ya lo sugería de manera acertada el Profesor ANTÓN ONECA, al afirmar: “[...] un nuevo Código [haciendo referencia al estatuto de 1983] habría de consignar la definición de delito continuado sobre la base de la realidad natural, o sea de la unidad de dolo, imponiéndose una sola pena, que, al arbitrio judicial [...] Todos los demás casos que la práctica judicial estima hoy [...] delito continuado quedarían comprendidos en el concurso de delitos; pero como a éste correspondería siempre una sola pena agravada [...], desaparecerían los prejuicios que actualmente llevan a la extensión ficticia de la infracción única”⁶² (subrayado por fuera del texto original).

Pues bien, la teoría del dolo conjunto resulta completa desde la perspectiva dogmática⁶³, porque permite definir con mayor precisión los elementos básicos de la figura delictiva unitaria⁶⁴ aunque, en comparación con otras, implique dificultades para demostrar —mediante datos empíricos que

⁶¹ Así, por ejemplo, KRATZSCH, “Die fortgesetzte...”, *ob. cit.*, p. 178, dice que la característica subjetiva de la acción continuada resulta un punto de partida conveniente para las restricciones necesarias en consideración, con la consiguiente renuncia a la formación adicional o a la expansión del dolo-total en ciertos casos de la evasión del impuesto sobre la renta. Sin embargo, un número creciente de críticos considera que esta restricción es insuficiente (t/l).

⁶² ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 500 y 501.

⁶³ Así, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 863: “[e]l dolo total del delito continuado presenta particularidades que se derivan de querer la realización típica de esa manera, por lo que configura el enlace óntico insustituible de los distintos actos parciales, liquidándolos desde antes del agotamiento del primero hasta la realización del último”.

⁶⁴ *Vid.* KRATZSCH, “Die fortgesetzte...”, *ob. cit.*, p. 179.

puedan ser llevados al proceso como evidencia—, los fenómenos psicológicos internos que determinaron al agente a realizar el delito mediante diversas conductas parciales seriadas. Justo es decirlo, esta situación lleva a muchos tribunales, cuando existen dudas sobre la pertinencia subjetiva de uno o varios actos seriados, a dar por probado el elemento subjetivo conjunto, es decir, el dolo global, e inaplicar el principio de *in dubio pro reo* mediante cierta homogeneidad típica, la indeterminación de las acciones u omisiones procesales y una homogeneidad motivacional; dicha situación es, desde luego, reprochable como vicio judicial y también se advierte en el dolo continuado.

En conclusión, debe afirmarse que las dificultades de los operadores jurídicos para probar los datos internos o los extremos que los indican, no constituye un argumento válido como para desechar esta concepción teórica restrictiva⁶⁵.

D. TEORÍA DEL “DOLO DE CONTINUACIÓN”. Como resultado de las críticas a la teoría del “dolo total”, en especial por la supuesta desnaturalización del dolo típico en el delito continuado, la doctrina y la jurisprudencia alemanas desarrollaron la TEORÍA DEL “DOLO DE CONTINUACIÓN” (Fortsetzungsvorsatz)⁶⁶, también denominado como dolo de motivación continuada e incluso como “*dolus generalis*”.

Según esta concepción criminológica, para configurar el elemento subjetivo del delito continuado basta probar que el sujeto realizó los hechos parciales seriados que lo estructuran, con la misma conexidad motivacional que lo ha impulsado a actuar de manera contigua; ese “caer en la misma tentación” que surge porque el acto a realizar constituye una nueva ocasión, una oportunidad delictiva en la que median circunstancias de hecho temporales y espaciales análogas a las aprovechadas antes, para alcanzar el resultado

⁶⁵ En la misma línea crítica: *vid.* BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 209; FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 354; MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª, *ob. cit.*, pp. 272 y 273.

⁶⁶ *Vid.* MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Strafrecht...*, t. 2, *ob. cit.*, p. 424 (*Derecho*, p. 541).

perseguido⁶⁷. Por eso, el dolo continuado se define desde el ángulo teórico como aquella “línea psíquica continuada” [STS 934 del 08.06.1999 (RJ. 1999-5417)] o como aquel fracaso o “ceder psíquico de carácter homogéneo por parte del autor frente a la misma situación de hecho”⁶⁸, e incluso como “unidad de conducción punible de vida”⁶⁹.

Desde luego, la nueva ocasión fáctica exterior aprovechada no puede ser creada por el autor [STS del 28.12.1987 (RJ. 1987-9893)], pues debe preexistir en forma accidental a la planeación del delito y constituir una circunstancia determinante y excepcional que facilite la próxima acción⁷⁰. Por ello, para esta teoría no basta la identidad del bien jurídico lesionado, la ideación criminal o la intención renovada, pues el aprovechamiento es el único elemento que distingue el delito continuado del concurso real, aunque no parezca necesario diferenciar a aquél del concurso medial, como modalidad sustantiva del primero.

Huelga manifestar que, al sostener un dolo de continuación, resulta evidente que cada uno de los “hechos” similares (realizados de manera fraccionada

⁶⁷ Asumen dicha figura: MEZGER, “Das fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 3268; ROTH-STIELOW, “Kritisches...”, *ob. cit.*, pp. 450 y 451, aunque reconoce lo práctico que es el dolo conjunto, pues evita favorecer de manera injustificada al infractor; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 435; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 263 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 870. En este sentido, la STS 1068 del 07.06.2002 (RJ. 2002-7582), sostiene: “[...] en el caso pudo no existir esa preordenación que abarcara en un dolo inicial las dos acciones referidas (una consumada y otra en tentativa), lo que sí es evidente es que hubo un aprovechamiento de la misma ocasión derivada del hecho de habitar la víctima en la vivienda contigua a la del autor y la facilidad derivada de encontrarse separadas sólo por una tapia que delimitaba las respectivas azoteas”.

⁶⁸ Así le definen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 863 (aunque no le acogen) y CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 132; con la última acepción VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, 3ª ed., *ob. cit.*, p. 653; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 716-717 (*Tratado*, p. 772), la definen como un dolo continuado comprendido desde la perspectiva criminológica.

⁶⁹ Recuérdese parte de la concepción bifronte de Welzel, que partía en lo fundamental de una concepción de la culpabilidad como culpabilidad por la conducción de la vida punible, en el sentido de que el autor aprovecha de manera reiterada la misma oportunidad o situación. WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, p. 227 (*Derecho*, pp. 268 y ss.).

⁷⁰ Sobre el particular, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 264: “[se] trata, por lo tanto, de una ocasión que por sí misma permita una realización repetida de acciones análogas, de tal manera que el dolo de cada una de esas repetidas realizaciones aparezca como una continuación de la decisión anterior. A tal efecto recobra gran importancia el elemento cronológico, cuando los hechos carecen de un contexto temporal no se puede pensar en la continuación de un hecho ya cometido aprovechando el mantenimiento de las circunstancias que favorecieron el primero de ellos”.

por el agente) es gobernado por un dolo autónomo e individualizado [STS 1002 del 30.05.2001 (RJ. 2001-4580)], que el sujeto o el juez vincula *ex post*, en virtud del aprovechamiento y la motivación, a los dolos preexistentes, como una supuesta renovación de la voluntad de realización que permite extender de forma artificial y sucesiva la iniciativa criminal a modo de intención continuada (unidad de delito, mas no unidad de acción en sentido estricto)⁷¹. Para considerar la existencia práctica del curso delictivo y poder encajar cada episodio posterior como parte de la unidad delictiva continuada (hipervaloración de la función integrativa de la continuación) basta, entonces, que la voluntad ulterior del sujeto “aparezca” asociada como una continuación motivacional de la anterior, en virtud de una estrecha homogeneidad espacial y temporal (relación de conexidad o asociación por contigüidad/Berührungs-Association)⁷². No se exige, pues, en esta dilatación del elemento subjetivo que el autor se haya representado de forma previa el resultado total a obtener.

Pues bien, esta modalidad de dolo roza las teorías de la ficción relativa, porque al negar la unidad de dolo unitario o la exigencia de un plan previo para unificar diversos actos como un delito continuado, no solo reafirma como presupuesto la naturaleza objetiva concursal de la figura, sino que niega la existencia de un control activo y continuo de realización de la

⁷¹ Vid. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 137, quien le califica como una injustificada ampliación del concepto de intención continuada; también, le critican DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 188 y REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 209.

⁷² En contra, *cfr.* STS 643 del 10.10.2008 (RJ. 2008-6253): “Se trata de acciones independientes que no están abarcadas por el dolo de un plan preconcebido en el que todos los hechos hayan sido previstos de manera definidamente unitaria, es decir, como una misma conducta de realización fragmentada y que configure, por lo tanto, un único objeto de valoración jurídica. Un plan preconcebido presupone un comienzo y un final de un número determinado de acciones y, en consecuencia, no cabe estimar que quien no ha determinado el alcance de sus acciones obre sobre la base del mismo. De lo contrario, si se admitiera que el delito continuado está referido a la realización de acciones delictivas semejantes en forma indefinida, como es el caso que ahora se enjuicia, se estaría anulando toda posible aplicación del *art. 73 CP* en supuestos de hecho en los que incluso cabe pensar un ejercicio profesional del delito. Es decir: el dolo del autor, será considerado un dolo de continuación, cuando éste haya agrupado las distintas acciones en un único proyecto delictivo definido. Ello no es de apreciar en el presente caso, porque cada falsificación es totalmente independiente de las otras. En casos como éste no cabe, por otra parte, considerar que el autor ha aprovechado idéntica ocasión, dado que ello presupone que la ocasión se haya dado sin su participación, lo que en este supuesto no ocurre, pues la ocasión la ha predispuesto el propio acusado”.

acción total⁷³. Dicho lo cual, el delito continuado sería más bien de carácter contiguo, es decir, una mera adición de procesos causales seriados y conexos, sobre la base de un elemento pseudo-subjetivo homogéneo (porque requiere —no de forma accidental— el factor temporal), que prescinde del sentido que la finalidad le otorga a la unidad de conducta ontológico-normativa. Más aún, si se considera que al exigir de manera previa identidad relativa de tipo y de realización, es necesario que las ocasiones aprovechadas resultan similares⁷⁴.

Por ello, no es absurdo afirmar que la auténtica desnaturalización del dolo típico no se produce por el dolo total, sino por esta especie de dolo seriado que no avala la existencia de un mismo dolo de realización en todos los actos, y que sólo garantiza que el sujeto organizó los diversos actos realizados, de acuerdo con su caprichosa decisión o motivación de conseguir más éxitos delictivos con aprovechamiento de idéntica ocasión⁷⁵. No se puede olvidar, entonces, que no es lo mismo la homogeneidad de motivos o ánimos especiales del autor —que se aprecia improductiva en figuras como los delitos colectivos (profesionalidad, habitualidad, etcétera), porque implica considerar estos supuestos como delitos de tendencia basados en la disposición genérica de cometer delitos cada vez que se presente la ocasión

⁷³ Vid. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 827: “el concepto de dolo continuado destruye la unidad del dolo, que es un componente necesario para la unidad de conducta”; y más adelante, refiriéndose al dolo total, indica que “sin este componente óntico, que es el factor final [de dirección] que sirve de base para reducir el delito continuado a la condición de simple apariencia de concurso real, se incursionaría en el campo de la ficción jurídica”.

⁷⁴ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 308; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, p. 673, señala: “[e]sta doctrina va demasiado lejos, ampliando desmesuradamente el ámbito del delito continuado, con el inconveniente procesal añadido de que, de ser consecuentes, juzgada una parte conocida del nexo de continuidad, no podría volverse a juzgar otra parte del mismo no conocida con anterioridad”.

⁷⁵ De este modo JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1094: “[l]a definición del dolo de continuidad sólo proporciona una fórmula vacía que se puede dotar de contenido casi a voluntad; cómo se la dote depende de en qué dirección y con qué precisión se indaguen las conexiones del hecho con la vida (¡una!) del autor, es decir, de si se toma al autor como sujeto que planea (entonces, unidad de la base del plan), o como sujeto inclinado a la tentación (entonces, unidad de la situación que suscita el dolo), o como sujeto motivable inconscientemente (entonces unidad del complejo de la dinámica de impulsos) o simplemente como sujeto (entonces unidad total)”.

propicia—, que la homogeneidad de la voluntad de realización (tipicidad)⁷⁶ y, por ello, la resolución de voluntad de cada acción respecto a la unidad total. Esta falta de distinción ha permitido, incluso, al TS mezclar el dolo continuado con la teoría de la culpabilidad; por ejemplo, en STS del 12.01.1994 (RJ. 1994-476), se afirma: “[...] esta homogeneidad de culpabilidad, nota específica del aprovechamiento de idéntica ocasión, al darse también en las hipótesis de dolo planificado o global, conduce al tratamiento penal unitario de ambos supuestos en el art. 69 bis del Código pasando a ser nota característica de esta figura penal”.

En cualquier caso, es evidente que la teoría del dolo continuado daría lugar a elementos subjetivos posteriores en la estructura del delito (*animus subsequens* en cadena), cuya traducción punitiva implica, según la doctrina tradicional, “una menos firme voluntad criminal” del sujeto⁷⁷. Menor fuerza de voluntad, pero al fin de cuentas igual pluralidad de voluntades de realización dolosas (y, por ello, mayor número de desvalores personales de acción), que son incapaces, en verdad, de justificar la menor intensidad punitiva del delito continuado respecto al concurso real, al menos si se toman como referencia las críticas hechas a la concepción subjetivista-teleológica del concurso medial. Todo ello, en comparación con el supuesto de mayor desvalor de acción subjetivo que se imputa a la conducta del sujeto que obra con dolo inicial de ejecutar toda la serie de actos parciales seriados.

⁷⁶ Vid. ROMERO SOTO, *Derecho...*, ob. cit., pp. 70 y ss., quien distingue la voluntad de otras acepciones incompatibles.

⁷⁷ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 870; STS del 04.10.1983 (RJ 1983-4699): “[...] y otro, que incluye a los que actúan aprovechando idéntica ocasión (quiere decirse análogas, pero distintas ocasiones, puesto que el sustratum de delito continuado es una pluralidad de acciones y omisiones) [...] que al ofrecerse al culpable ocasiones sucesivas para actuar la misma conducta punible, tal repetición de situaciones análogas deparadas por el propio sujeto activo o por la simple coyuntura de la ofrecida seriación, sin que iniciada la primera o primeras acciones recayere el castigo, había de actuar como debilitamiento de los frenos inhibitorios y recaída en la tentación, de suerte que la total conducta debiera merecer pena menor que la simple suma penológica de las acciones aisladamente consideradas, pero mayor, naturalmente, que la pena correspondiente a una sola de ellas [...]”. Es criticada por la doctrina española de corte objetivista, cfr. TOMÁS TÍO, “El delito...”, ob. cit., p. 129: “[...] tiene transcendencia en los delitos imprudentes, pero supone un injusto privilegiado o perjuicio respecto a quienes desde el inicio de las acciones continuadas ejecutaban un plan preconcebido”.

Por ello, dicha comparación sólo tendría sentido si se acepta que la premeditación delictiva cumple un papel relevante en la configuración del desvalor personal de acción, en un Derecho penal de acto: ¡toda una contradicción! Es más, es difícil que un dolo continuado pueda expresar una atenuación punitiva con base en la debilidad de carácter del sujeto, pues ello implicaría negar que la existencia de varios delitos homogéneos con varios dolos distintos (varias decisiones autónomas de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado), constituyen la base sustancial de una institución mucho más grave como la del concurso real de delitos, e incluso, si media condena, la de la agravante por reincidencia cuando se admita su constitucionalidad⁷⁸.

De este modo, este concepto criminológico entendido como “ceder psíquico del agente”, tiene como finalidad no solo tranquilizar las conciencias sino también conformar un mecanismo práctico, objetivo y probatorio de imputación del elemento subjetivo y de la continuación total⁷⁹ que, de forma menos exigente que el dolo global pero más precisa que la culpabilidad homogénea, permita anular la efectividad del principio de *in dubio pro reo* y facilite abarcar una serie de hipótesis antes descartadas como delito continuado por la teoría del dolo total, por la falta de prueba de la unidad subjetiva. Hipótesis en cuya virtud no sería proporcionado castigar al agente como si se tratase de eventos de concurso de delitos, atendida la mayor intensidad punitiva que éste representa en comparación con la levedad de aquéllos⁸⁰.

Para apoyar la inaplicabilidad del concurso real en estas hipótesis, esta concepción afirma que el ser humano, por sus propias características, realiza conductas delictivas caso a caso, no sin moldear e improvisar su actuación según las circunstancias que enfrenta; de hecho, se afirma que existen actuaciones humanas en las que el sujeto no se plantea un fin u objetivo alguno. Así las cosas, resulta ilógico exigir que el hombre fije sus múltiples

⁷⁸ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 163.

⁷⁹ De hecho, MEZGER, *Tratado...* (1933), ob. cit., p. 373, sostiene: “[...] lo característico del delito continuado es precisamente sucumbir cada vez de nuevo a la tentación. En consecuencia, nos unimos a la tesis objetiva [...]”.

⁸⁰ En: PAGLIARO, *I reati connessi*, ob. cit., p. 157.

actuaciones delictivas de manera previa y exacta a un plan fijo (dolo global), sin poder introducir en algún momento variaciones en él, pues ello constituye una verdadera excepción a la realidad de las cosas⁸¹. Por ello, las variaciones de la actuación del sujeto supondrían, considerada la necesidad práctica del delito continuado, ampliar —desde el punto de vista objetivo y subjetivo— el número de casos que puede abarcar la figura.

Sin embargo, por más que esta posición afirme que el hombre no siempre actúa o piensa de forma planificada, no se logra justificar a plenitud el rechazo del dolo unitario y previo, y asumir una noción dudosa de dolo seriado que propicia dos conceptos diferentes de esa figura: uno, para los delitos individuales; y, otro, pseudosubjetivo para la continuación delictiva. Es más, la rigidez imputada a la teoría del dolo total es relativa, pues con este concepto, al menos concebido como *dolus bonus*, basta con que el agente concrete de forma general las actuaciones mediante las cuales realizará la acción continuada (al menos por lo que atañe al sujeto, los medios y la cuantía), sin que importe si reconfigura los medios necesarios o suplementarios para mejor el cumplimiento de la finalidad criminal unitaria⁸². Es más, el plan general es determinante, pero no es un límite insuperable para el agente; incluso, no se puede olvidar que el “dolo total” de realización se concreta en cada acción parcial, como parte de una unidad de conducta general.

En cualquier caso, no parece ser cierto que la teoría del dolo continuado pueda explicar por completo, a pesar de su tendencia a conglobar diversas acciones mediante la ampliación del ámbito de la continuidad, todos los

⁸¹ Cfr. *ibidem*, p. 158: “aparece claro que la correspondencia entre las múltiples realizaciones delictivas y el designio concebido ab initio por el agente, será más que rara, excepcional. Al pretender reducir así en estrechos límites los casos de delito continuado, se correría el riesgo de privar al instituto de toda relevancia práctica; y eso contra el presupuesto, comúnmente admitido, de su necesidad. Así que la misma rareza de aquéllos que, según la concepción psicológica del designio criminal, deberían ser las hipótesis de delito continuado, induce a dudar de la validez de tal concepción” (t/l); LUZÓN PEÑA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 254. Sin embargo, ello no parece advertir que también el hombre actúa muchas veces de manera mancomunada, en coautoría; institución que requiere la existencia de un acuerdo común sobre el hecho.

⁸² Vid. MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 428; VON WEBER, *Lineamientos...*, *ob. cit.*, p. 109, el delito continuado requiere “una misma especie de modo de comisión, y por cierto, que cada acto parcial cumplimente por completo el mismo tipo, *aunque también puede ser distinta la ejecución en particular*” (cursivas por fuera del texto original).

eventos de continuación delictiva con inclusión de aquellos en los cuales existe una voluntad renovada⁸³.

Así, esta teoría no explicaría de forma satisfactoria las hipótesis realizadas a título de coautoría, en las cuales se requiere de forma expresa [CP, Art. 29, inc. 2.º], además de un acuerdo previo de realización o una decisión común inicial al hecho, la correspondiente división del trabajo criminal; casos que, en principio, solo serían compatibles con la teoría del dolo global o de conjunto. En realidad, si los autores actuaran de forma ocasional sin dicho acuerdo común, los actos delictivos parciales (o delitos completos desde otras construcciones teóricas) no se les podrían imputar de manera recíproca como una totalidad delictiva a título de coautoría, pues, merced a tal exceso, se modificaría la forma de imputación recíproca y subjetiva del resultado, lo que obstaculizaría la posterior unificación de la continuación, como quiera que los agentes deben conservar cierta homogeneidad motivacional común de cara a la realización del hecho delictivo continuado, durante el tiempo en que este se desarrolla.

Es más, para que la teoría del dolo continuado⁸⁴ pueda explicar por sí misma estos sucesos, sería preciso admitir que ella no es incompatible con el acuerdo común de la coautoría y, al ser ello así, que este puede ser adicionado con variaciones objetivas *in situ* al plan original, sin que tal cambio implique la realización de un delito diferente, ni modificar la homogeneidad motivacional requerida en el esquema del nexo de continuidad, algo que parece poco probable.

Así mismo, esta teoría no permite distinguir con claridad entre lo objetivo y lo subjetivo de la acción continuada. En efecto, para que pueda hablarse de dolo continuado es imprescindible que el sujeto actúe en circunstancias objetivas similares, para convertir la unidad típica relativa no sólo en

⁸³ Así lo reconoce CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 133.

⁸⁴ Así, *ibidem*, p. 130: “[e]l problema de conciliar el elemento subjetivo con el dolo propio de cada acción desaparece, cuando se considera que lo unitario es solo una ideación o plan genérico, que no se opone ni impide, sino que necesita que cada acción derive de una acción distinta”. Además, sería muy difícil distinguir estos eventos de las hipótesis de conspiración o concierto para delinquir.

“*conditio sine qua non*” del aspecto subjetivo sino, también, en esencia que demuestra lo subjetivo de la figura.

Con todo, debe reconocerse que el dolo de “continuación”, desde esta perspectiva matizada como unidad de motivación, que no coincide con el núcleo subjetivo de los tipos de comisión dolosa, permitiría abrir el campo de acción del delito continuado al delito imprudente⁸⁵, tema del cual nos ocuparemos más adelante.

E. TEORÍAS MIXTAS O COMPUESTAS. En el ámbito teórico, legislativo y jurisprudencial se han admitido diversas posturas mixtas o compuestas que, al reunir nociones distintas sobre el elemento subjetivo, pretenden acoger el mayor número posible de supuestos que merezcan ser valorados desde el ángulo político-criminal como hipótesis de delito continuado, tanto desde el punto de vista de la teoría del delito como desde el ángulo de la teoría de la punibilidad. Véanse a continuación los rasgos más característicos de tales posiciones teóricas.

1. En primer lugar, algún sector de la doctrina alemana encabezado por WELZEL⁸⁶, sostiene que el delito continuado comporta dos modalidades diferentes, pero complementarias. Primero, como aquella unidad de acción que consiste en la realización sucesiva de un dolo general, e implica la unificación de la unidad típica cuando se trate de actividades conectadas por un vínculo temporal débil. Y, segundo, como unidad de delito por la unidad interna reflejada por la conducción de la vida punible, ello es, la culpabilidad como «conducción de la vida punible». En el último caso, la unificación interna de distintas actividades tiene lugar por la conexión motivadora inferida por el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o de igual situación permanente (dolo continuado). Desde luego, el mismo WELZEL advierte que sólo la primera modalidad expuesta

⁸⁵ Por ello, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, 3ª ed., p. 653, afirma en relación con ella, que los “equivocos, pues, surgen de la denominación de dolo de continuación doctrinaria utilizada”. Sobre el particular, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 132.

⁸⁶ *Vid.* WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, pp. 226 y ss. (*Derecho*, pp. 268 y ss.). En contra de la segunda modalidad, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 864.

es admitida por la jurisprudencia alemana. Es más, incluso da a entender que el aprovechamiento de la misma ocasión resulta un elemento objetivo que representa la forma típica del delito continuado, pues permite demostrar junto con otros elementos externos —la continuidad de los actos o la relación temporal—, el dolo común⁸⁷, por lo general ficticio, que sería el único capaz de fundamentar una unidad de acción en sentido amplio.

En definitiva, debe recordarse como WELZEL considera que “[l]os delitos de habitualidad, profesionalidad y comercialidad constituyen unidad de conducción de la vida punible (no unidad de acción en sentido estricto) [...] En ellos se pena la “empresa” comercial, profesional, habitual de determinados delitos, como trozo unitario de conducción de vida criminal”; y agrega: “[t]oda acción particular que emana de esta actitud es una parte no independiente de la determinada conducción de la vida delictiva [...] Las consecuencias jurídicas del acto penal conjunto son las mismas que las del delito continuado (sin embargo un acto penal conjunto puede ser al mismo tiempo un delito continuado [...])”⁸⁸.

Desde luego, hoy no se podría sostener una concepción en virtud de la cual se apunte al delito continuado ni los delitos colectivos como delitos de tendencia motivacional por conducción de la vida punible simultánea; sin embargo, aun se utiliza el criterio del aprovechamiento motivacional con las verdaderas implicaciones que ello tiene para fundamentar, en forma mayoritaria, el aspecto subjetivo de la continuación delictiva. Es más, algún sector de la doctrina intenta separar —sin mucho éxito— el uso expuesto por WELZEL del aprovechamiento de idéntica ocasión, de aquel uso del aprovechamiento en la moderna teoría del dolo continuado. Así CHOCLÁN MONTALVO, por ejemplo, afirma que frente a las teorías de la combinación “[...] se ha sostenido el punto de vista de la alternación como renuncia al requisito del dolo conjunto y su reemplazo por medio del principio de la continuación o renovación equivalente de la resolución a la acción (dolo de continuidad)”⁸⁹.

⁸⁷ Vid. WELZEL, *Das Deutsche...*, ob. cit., p. 227-228 (*Derecho*, p. 269).

⁸⁸ *Ibidem*, p. 230-231 (*Derecho*, p. 272).

⁸⁹ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., pp. 254 y 255.

2. En segundo lugar, la legislación penal española, la doctrina y la jurisprudencia a partir de 1983 y 1995 mod. LO 15/2003, desarrollaron en un comienzo, a partir de los Arts. 69 *bis* (1983) y 74 apt. 1.º (2005), una definición bifronte del aspecto subjetivo del delito continuado compuesta tanto por la teoría del dolo total según el plan preconcebido por el autor, como por aquellos casos que admiten el dolo continuado por el aprovechamiento de idénticas ocasiones con cierta homogeneidad subjetiva⁹⁰ [STS 218 del 18.02.2004 (RJ. 2004-2894)]. Sobre el concepto de identidad, la STS 11 del 16.01.2007 (RJ. 2007-468), precisa lo siguiente: “[a]unque el precepto utilice el adjetivo "idéntica", como tal identidad nunca es posible, so pena de dejar sin contenido esta parte del art. 74.1, ha de entenderse aplicable en los casos de ocasiones con semejanzas suficientes entre sí para justificar la aplicación de esta norma penal. No es fácil ciertamente decir "a priori" cuándo hay tal suficiencia en esas semejanzas”.

Lo anterior, sin perjuicio de que dicha norma hubiese servido también para sustentar la teoría la de la culpabilidad homogénea⁹¹, o que el plan preconcebido haya sido interpretado como unidad de voluntad o de

⁹⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 644, cuando indica que la unificación de las distintas acciones puede tener lugar, pues, por dos vías, o bien por la existencia de un «plan preconcebido», lo que equivale al «dolo conjunto» y supone una unificación puramente subjetiva, sin que importe la ocasión; o bien por el aprovechamiento de idéntica ocasión, lo que exige objetivamente la unidad de ocasión y subjetivamente su aprovechamiento consciente, en forma correspondiente al «dolo continuado»; CALDERÓN y CHOCLÁN, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 435; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, pp. 68 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 254, afirma: “[n]uestro Código se refiere en la regulación del delito continuado tanto al delincuente planificador como al delincuente de oportunidad de connotaciones criminológicas bien diversas. Ello ya sirve para poner de manifiesto que el art. 74 del Código unifica dos categorías de significado muy dispar atribuyéndoles, sin embargo, unos mismos efectos, lo que explica, en buena medida, las aleatorias consecuencias que se derivan de la actual regulación de la figura”; LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 477 y 478. Cfr. SSTS del 23.04.1982 (RJ. 1982-2113) y del 04.10.1983 (RJ. 1983-4699), la primera de las cuales sostiene que el dolo conjunto puede “[...] ser constituido en ocasiones por la simple homogeneidad del elemento subjetivo inspirador de todos y cada uno de los hechos...”. En la legislación latinoamericana obsérvense el CP de HONDURAS, Art. 37, que exige la realización de la acción continuada “en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias” y el CP NICARAGUA, Art. 83, que también demanda que el agente realice la acción en “[...] ejecución de un plan preconcebido o que se aproveche de idéntica ocasión.

⁹¹ Cfr. TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 130.

propósito⁹² que acoge todas las acciones del plan criminal o como unidad de designio criminoso cognitivo⁹³.

Por supuesto, cuando la doctrina española advirtió que el elemento subjetivo no se puede fundamentar mediante dos concepciones con presupuestos político-criminales tan distintos, porque ello genera un estado de ambigüedad insostenible respecto al delito continuado, varió de manera sustancial la orientación de sus elaboraciones teóricas. Esta diferencia de criterios es reconocida por el TS en sent. 931 del 10.06.1999 (RJ. 1999-5431), al advertir: “[e]l delito continuado se caracteriza porque una pluralidad o diversidad de acciones infractoras de iguales o semejantes preceptos penales se refunden o aglutinan merced a dos posibles criterios legales, uno objetivo cuando hay aprovechamiento de idéntica ocasión, equivalente a ocasión semejante, parecida o análoga, y otro subjetivo, presente cuando las acciones varias se realicen en ejecución de un plan preconcebido, lo que equivale a exigir la concurrencia de un dolo unitario o designio único que provoca la unificación de lo plural en una sola infracción, resultado de obedecer a un único proyecto lo que luego necesita para su perpetración acciones fragmentadas”.

Así, con el sacrificio de las ventajas interpretativas que abrigaba la concepción original, la fórmula legal se flexibilizó al exigir un elemento pseudo-subjetivo de marcada tendencia objetiva, de tal suerte que —aunque el sujeto prevea y quiera desarrollar un plan criminal previo (dolo global), o actúe según la tentación ocasional de realizar el hecho (dolo continuado)—, en la práctica, existirá delito continuado cuando se concluya que el agente obró a partir de una serie de circunstancias objetivas estructuralmente idénticas, que indiquen cierta homogeneidad subjetiva (motivacional) que en el plano jurídico hacen las veces, mediante la indistinción entre voluntad y voluntariedad, de la intención concreta de realización del autor. Así, la STS del 12.01.1994 (RJ. 1994-476), afirma: “[...] la figura del delito continuado puede surgir de un plan preconcebido o del aprovechamiento de

⁹² Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 50 y ss.

⁹³ Así, SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 230; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 261, entiende que la fórmula española asume el plan preconcebido como programa criminal o designio criminoso de naturaleza cognitiva.

idéntica ocasión; y así como en el primer caso el elemento subjetivo exige una unidad de dolo, concebido como voluntad que abarca desde el primer momento la totalidad del resultado, el segundo —que es el más frecuente en la práctica— se emancipa de ese nexo subjetivo entre las diversas acciones y se contenta con que el dolo propio de cada acción sea homogéneo concurriendo —en el plano objetivo— la realización del mismo o semejante tipo penal y las obligadas conexiones de lugar y tiempo”.

En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE sostienen: “[c]on estos requisitos alternativos se está homologando la unidad de voluntad delictiva, que está referida al injusto, con la unidad de motivación, que está referida al sujeto responsable”⁹⁴. Y, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et. al., por su parte, afirman: “en la práctica judicial, sin embargo, no suele analizarse exhaustivamente la concurrencia de esta homogeneidad subjetiva, contentándose los tribunales con demostrar el enlace objetivo. Pero ello no debe extrañar si se tiene en cuenta que el legislador ha flexibilizado tanto el elemento subjetivo que basta con que el autor «aproveche idéntica ocasión», lo que no es exigir mucho si se tiene en cuenta que ya antes requiere que los delitos sean similares; probablemente lo sean también las ocasiones propicias para cometerlos”⁹⁵. A su turno, CEREZO MIR advierte que la fórmula española de 1995 hace referencia a la unidad de plan final “(no siendo necesaria, por tanto, en esta variante la unidad de dolo o resolución de voluntad)”⁹⁶. En último lugar, ARROYO DE LAS HERAS sostiene que el delito continuado “[...] no se configura legalmente como la ejecución parcial de un delito previamente planificado, o, mejor dicho, no se configura solamente como tal, sino también como una pluralidad de acciones u omisiones caracterizadas por el aprovechamiento de una misma ocasión y por lo tanto

⁹⁴ JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 550, quienes rechazan este elemento como unidad y lo entienden como una relación de identidad o de semejanza entre la parte subjetiva de las diversas acciones; *cfr.* CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 146. Por su parte, la STS del 17.04.1998, punto tercero, niega la continuación por la existencia de un dolo continuado, y aboga por el castigo de las dos faltas de hurto como delitos sancionables de forma separada; *vid.* COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 786, respecto al sentido literal de la expresión “idéntica ocasión”.

⁹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...* *ob. cit.*, p. 308.

⁹⁶ CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1015; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 295.

desligadas de cualquier referencia a un común elemento psicológico⁹⁷ (subrayado por fuera del texto original). De este modo, como lo indica la STS 1276 del 29.06.2001 (RJ. 2001-5954), el plan preconcebido se termina asimilando al aprovechamiento de idéntica ocasión, siempre que “[...] de alguna manera, el autor, antes de finalizar la primera acción [típica] concibe la posibilidad de continuar con la misma [STS 626 del 09.04.2001 (RJ. 2001-2119)] (corchetes por fuera del texto original). Sin embargo, como lo afirma la STS del 04.02.1992 (RJ. 1992-1008) “la existencia de un plan preconcebido no presupone per se un dolo de continuidad”.

También, en la STS del 04.05.1998 (RJ 1998-3303), el TS da por demostrado el elemento subjetivo a través de elementos de naturaleza objetiva. Se trata, entonces, de una tendencia que disfraza con distintas locuciones una marcada objetividad que no ha sido ajena a la elaboración del delito continuado sino que, por ello, ha contribuido a enrarecer la atmósfera casuística que rodea la institución analizada, bajo la exigencia de la indeterminación procesal del las acciones⁹⁸. Dice así el alto Tribunal: “el «*modus operandi*», consistente en la rotura de los medios protectores de las viviendas, algunas veces con escalamiento y pasando de un edificio a otro, fue el empleado en las tres ocasiones enjuiciadas, y este dato objetivo nos debe servir de interpretación lógica para determinar el elemento subjetivo del dolo unitario, que se concreta en un plan previamente preconcebido que sin duda existió al utilizar los mismos medios de ejecución en las diversas ocasiones”. (Subrayado por fuera del texto original). En sentido similar, la STS 1049 del 28.06.1999 (RJ. 1999-6110) afirma: “la existencia de una unidad jurídica en la que las sucesivas acciones típicas aparecen integradas en el propósito inicial como simples manifestaciones de éste y estructuradas en el seno de una decisión de mantener el aprovechamiento de una misma clase de situación o relación autor-víctima, se exterioriza así un dolo único, prolongado en el tiempo, al reiterarse el mismo comportamiento de

⁹⁷ ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 801.

⁹⁸ En efecto, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 128, advierte: “normalmente la recaída en la misma tentación son un supuesto de los casos de voluntad renovada, cuando las distintas acciones no puedan individualizarse”; TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 128, sostiene que este elemento se deduce, o se debe deducir en todo caso y por naturaleza, de presunciones o mediante datos indirectos por la indeterminación de los hechos procesales.

aprovechamiento sexual en similares ocasiones” (Subrayado por fuera del texto original). Ello demuestra, sin duda, que la teoría mixta o bien termina por flexibilizar la concepción del dolo global o del plan preconcebido como elemento del primero —al asimilarlo de manera indebida con el concepto de designio criminal— o implica que la teoría del dolo continuado sirve como componente indiciario, para demostrar un dolo único.

En nuestro medio, también la CSJ PENAL, en sent. del 25.07.2007, e27383, indica: “[...] el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que tácticamente se caracterizan por la homogeneidad del *modus operandi* en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que esta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere el mismo portador”. A pesar de la notoria impropiedad de los términos, es necesario preguntarse si ¿se puede afirmar, como lo hace la Corte, la existencia un dolo continuado no renovado, para luego exigir un dolo unitario? La respuesta es no. La esencia del dolo continuado es la renovación de la voluntad por los motivos, mientras que la esencia del dolo unitario es la homogeneidad de la voluntad sin renovación subjetiva.

En cualquier caso, para esta concepción teórica vale la crítica según la cual, luego de que el agente haya realizado los actos, cualquier modalidad objetiva homogénea seriada se puede estructurar como una continuación⁹⁹;

⁹⁹ Así, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 550, quienes afirman que en el Art. 74 del CPE “[...] queda comprendido dentro del delito continuado tanto el cajero que sin un plan preconcebido saca cada día de la caja cien mil

aun cuando, *ex ante*, sólo haya existido el verdadero propósito de realizar un concurso real de delitos con el empleo y el aprovechamiento de iguales medios (por ejemplo: porque al sujeto no le queda otra alternativa diferente). Es más, con tal punto de partida, la diferencia entre el concurso real de tipos y el delito continuado sería sólo jurídica o ideal, sin que se decante una verdadera razón material para la disminución punitiva del delito continuado desde el punto de vista de la teoría de la pluralidad de acciones típicas.

Prueba de lo dicho en el párrafo anterior, es la postura mixta italiana sobre el “designio criminal”, implementada luego de la reforma de 1974 al Art. 81 del CP de 1930. En efecto, como se ha señalado, el CPit asume una concepción amplia de la continuación que abarca, incluso, hipótesis de concurso medial o delitos conexos en forma teleológica en concurso real. Como lo enseña PAGLIARO¹⁰⁰, cuando se trata de configurar la continuación de delitos heterogéneos, en ese país se asume una conexión objetiva del designio criminal que no implica una menor culpabilidad y que sólo exige representarse la misma ocasión o perpetuar el mismo beneficio en el tiempo. Por supuesto, el autor critica dicha posibilidad y aboga por mantener el designio criminal subjetivo en estos casos, es decir, la existencia de un programa previo de acción —comprensivo de todas las infracciones— concebidas antes de terminar el primer delito. Por el contrario, cuando se trata de configurar el delito continuado homogéneo, la doctrina entiende que el designio criminal puede asumir al menos dos formas: (i) un programa previo de acción de naturaleza subjetiva; o (ii) el designio criminal “objetivo” referido a la misma ocasión o beneficio.

A lo dicho, se suma el peligro de que tal elemento subjetivado pueda llegar a ser cualquier cosa, al permitir eliminar o aplicar de forma alternativa ambos modelos teóricos según la conveniencia del operador, quien en definitiva podría establecer sin ataduras si en la mente del procesado existió un nexo subjetivo unitario o no, una unidad de motivación, un único motivo, un único deseo o ánimo, etcétera, plasmando su propia decisión en la

pesetas, como aquel que decide sacar un millón de pesetas, pero en cien mil pesetas cada vez”.

¹⁰⁰ Cfr. PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 595.

sentencia condenatoria. Con ello, para parafrasear a GONZÁLEZ RUS, “[e]sta interpretación parece dar carta blanca para seguir delinquiendo a quien ya ha cometido un cierto número de delitos [...] la función de prevención de delitos del Derecho penal parece quedar desactivada”¹⁰¹.

En fin, es necesario indicar que la doctrina española ha concluido que, al reducirse el elemento subjetivo (dolo) a la coincidencia motivacional de haber actuado en la misma ocasión objetiva, es posible configurar el delito continuado mediante una serie de hechos imprudentes. Es más, con ello se reafirma que tal homogeneidad subjetiva no coincide con el núcleo subjetivo de las conductas de comisión u omisión dolosas, sino también, y de forma alternativa, con las conductas imprudentes.

F. POSTURAS DE CARÁCTER OBJETIVO. En quinto y último lugar, se deben atender aquellas posturas objetivas, bastante extendidas en la doctrina alemana. Para estas tendencias, el elemento subjetivo resulta innecesario en la estructura dogmática de la continuación delictiva, porque es suficiente que el sujeto, al realizar los diversos actos delictivos homogéneos parciales, aproveche una ocasión idéntica a las anteriores o circunstancias similares de las cuales se pueda deducir, por razones jurídicas —vale decir típicas— y prácticas, la necesidad de unificar la penalidad de los diferentes actos realizados por el autor¹⁰². Razones jurídicas o típicas que se cumplirían con la verificación de: (i) una unidad relativa de tipo (algunos autores exigen que se trate de un mismo tipo básico), (ii) la identidad de bien jurídico lesionado, (iii) homogeneidad de “*modus operandi*”, (iv) una adecuada conexión temporal y (v) identidad de sujeto pasivo cuando se afecten bienes jurídicos «personalísimos»¹⁰³.

¹⁰¹ GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1060.

¹⁰² *Cfr.* MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, pp. 372 y ss., afirma que el punto de vista objetivo puro es el único correcto. Según este autor, la teoría objetiva “[o]btiene el concepto de la acción continuada con arreglo a características objetivas de la pertenencia de los varios actos”; aunque luego afirma la necesidad de probar elementos de naturaleza subjetiva. En general *cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 575; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 135; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 455. Crítico: JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1096.

¹⁰³ *Cfr.* MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 373.

Para estas teorías, el desvalor personal de acción no se tendría en cuenta a la hora de determinar la única penalidad aplicable. De hecho, sería posible predicar la continuación dolosa como imprudente o culposa¹⁰⁴, siempre que en estos casos se de una violación homogénea al deber objetivo de cuidado (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), exista una estrecha conexión temporal y espacial, y se pueda reconducir la serie fáctica a la infracción del mismo supuesto de hecho o de uno semejante. Sin embargo, estas teorías han generado una mayor confusión dogmática, en relación con la verdadera naturaleza de la figura, a partir de una sobrevaloración de argumentos político-criminales a la hora de aplicar la institución.

En primer lugar, la diferencia entre el delito continuado y el concurso real de delitos no se puede afincar de forma exclusiva en la realización de un mismo supuesto de hecho, pues este se puede construir de manera artificial, tal y como lo han demostrado hasta ahora las diversas teorías sobre la unidad y pluralidad de acciones. Por ello, MEZGER reconocía la insegura naturaleza jurídica de dicha postura objetiva pura, al afirmar: “[...] las características del delito continuado no son susceptibles de ser fijadas de manera esquemática, sino más bien la decisión última corresponde al razonable arbitrio, teniendo en cuenta la conexión material de las diversas acciones en el caso concreto”¹⁰⁵.

De este modo, se explica que algún sector de la doctrina exija además la existencia de unidad de designio o de fin, para poder relacionar coherentemente los elementos objetivos de las distintas acciones seriadas. Ello, sin perjuicio de considerar innecesaria la existencia del delito continuado, como lo demuestra la tendencia doctrinal dominante en Alemania. Y, además, porque resulta muy dudoso mantener una construcción sólo objetiva, incompatible con el principio de culpabilidad, en cuya base se asienta la proscripción de la responsabilidad objetiva (CP, Art. 12) que aparece, justo es decirlo, cuando se reemplaza el elemento subjetivo

¹⁰⁴ Así lo indican CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 138; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 716-717 (*Tratado*, p. 772).

¹⁰⁵ MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 373.

con el cual actuó el sujeto en la realidad por la apreciación *ex post* del juez respecto a si concurre dicha conexión en continuación o no¹⁰⁶.

En definitiva, las teorías objetivas no pueden cobrar sentido en legislaciones como la española o la colombiana presididas por los principios de legalidad y culpabilidad; más aún, cuando estos ordenamientos reglan de manera expresa los presupuestos necesarios para aplicar el delito continuado en la práctica judicial dentro de los que, de todas maneras, se encuentra el aspecto subjetivo.

G. SÍNTESIS. Una vez expuestas las posturas desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia en relación con el elemento subjetivo del delito continuado, resulta ineludible tomar partido por alguna de ellas con la advertencia, a su turno, de que se acoge aquella teoría que —en términos dogmáticos y político-criminales— mejor se adecúa a la institución analizada. Como es lógico, tal escogencia no sólo debe considerar la amplitud de la continuación o las consecuencias punitivas que ésta debiera tener en la práctica judicial, sino que además deberá tener en cuenta —de manera coherente— el fundamento dado al delito continuado, ello es, la unidad ontológico-normativa que le sirve de base a la unificación típica en virtud del nexo de continuidad.

Ya se dijo, también, que el texto asume el delito continuado como una modalidad de realización del tipo penal, es decir, una especie de delito único progresivo que implica: (i) unidad de conducta objetivo-subjetiva en sentido ontológico-normativo; y (ii) unidad de infracción típica por intensificación progresiva y cumulativa del mismo injusto jurídico penal —no siempre en sentido cuantitativo—. Como es obvio, ello supone afirmar que el delito continuado es una unidad jurídica (sustantiva y procesal) que comienza donde terminan las hipótesis de delito único precedidas por una conducta única o por una unidad de acción en sentido estricto, por tratarse de un grado más amplio de unidad de conducta autónoma conforme al sentido del tipo infringido que, por lo general, es distinto al comprendido por los

¹⁰⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...* (1976), *ob. cit.*, p. 730.

supuestos de unidad típica de acción, que supone determinar —*ope legis*— el sentido legal de la unidad de conducta, aunque esta se componga por acciones carentes de homogeneidad. De igual forma, se trata de una única infracción que no supone distinguir los supuestos de continuación patrimonial y los demás, a pesar de soportar la limitación político-criminal respecto a la lesión de bienes jurídicos «altamente personales».

De acuerdo con lo anterior, la teoría subjetiva que más se adecuaría con dicho punto de partida, también supone afirmar que el elemento subjetivo del delito continuado es complejo y único. Por una parte, debe retomarse de la unidad de conducta el plan preconcebido del autor (*Vorgefaßten Plans*), de naturaleza criminal en los delitos dolosos y de naturaleza ordinaria —extra-típica— en los delitos imprudentes como planeación global del hecho. En el ámbito de la continuidad dolosa, dicho plan criminal se deberá contextualizar típicamente mediante la teoría del “dolo total, global o de conjunto”, pues es la única construcción que representa la existencia de un dolo unitario¹⁰⁷. Es decir, un aspecto subjetivo único que se ajusta a la perfección como aquel elemento sistemático necesario para unificar los actos parciales realizados por el autor, como una unidad de conducta e infracción, de acuerdo con el plan criminal.

Ello, desde luego, no desecha la posibilidad de asumir el criterio “del aprovechamiento de idénticas ocasiones contextuales”, como un elemento de naturaleza objetiva que permitiría, con mayor o menor fortuna, demostrar el desarrollo del dolo global, la homogeneidad relativa típica y la coherencia general del “modus operandi” de los sujetos, al momento de realizar las distintas acciones seriadas en continuidad delictiva.

Es más, se ha dicho que la renovación de la misma resolución delictiva o de la homogeneidad motivacional en circunstancias equivalentes, no garantiza

¹⁰⁷ Esta teoría es acogida por la CSJ PENAL, en sent. del 25.07.2007, e27383, al señalar que las acciones en el delito continuado “[...] se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención [...]”. “[p]ara que exista delito continuado [...] es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso”.

—en ningún caso— que los dolos individuales de cada una de las tipicidades independientes exigidas por las teorías de la ficción o de la realidad jurídica (neo-ficción) sean homogéneos (los mismos dolos). Afirmar que la homogeneidad motivacional indica la similitud de los dolos típicos es una falacia naturalista, pues se presume la unidad de intención de realización global del sujeto, como una “voluntad renovada o una similar”, a partir de distintos y diversos dolos típicos individuales cuyo único supuesto común es el delito abstracto al que se refieren. Tampoco parece ser cierto que la homogeneidad de la intención de aprovechamiento o de los motivos, comporte —*per se*— la homogeneidad del nexo psíquico que suponen los distintos dolos típicos.

En consecuencia, afirmar que el único requisito subjetivo requerido para configurar el delito continuado es un nexo psíquico que suponga una homogeneidad motivacional, el aprovechamiento de la misma o idéntica ocasión y la ideación como designio criminal intelectual, implica aceptar que la teoría del dolo continuado y el delito continuado mismo, no tienen relación con la exigencia de homogeneidad de la voluntad de realización, que para estas teorías sería el sustrato subjetivo para unir desde el punto de vista jurídico diversos actos seriados como una infracción única continuada. Por ello, si por definición el dolo es voluntad de realización y en cuanto realización del hecho, es posible sostener que el sujeto activo siempre tuvo sólo una voluntad o intención homogénea de realización respecto del contenido de un único delito continuado, aunque la voluntad del dolo global se convierta sólo de manera gradual en cuanto realización cada vez que se ejecuta un acto parcial de la unidad de acción, conforme al plan criminal. Es en este sentido que se asimila el dolo continuado al dolo global, como homogeneidad de la voluntad de realización en la acción progresiva unitaria, pero no desde la perspectiva del nexo psíquico que supone la simple motivación homogénea que no es reconducible a la homogeneidad volitiva de la que se habla aquí.

Además, es claro que la homogeneidad de la voluntad de realización, propia de la continuación dolosa, no se puede confundir con la homogeneidad de

culpabilidad que propusiera la doctrina¹⁰⁸, porque la primera no solo es un problema de tipicidad sino también, porque tal nexo psíquico no satisface con una mera apariencia de homogeneidad exterior, la voluntad homogénea de realización no representada por el autor, requerida por los tipos.

Así las cosas, solo la voluntad de realización de los actos parciales que conforman el dolo global, podría impedir que el delito continuado se base en una forma de responsabilidad objetiva, cuando su penalidad sea más grave que otros supuestos jurídicos. En este sentido, desde el punto de vista subjetivo no existirían diferencias sustanciales entre un delito continuado y un delito único doloso —sobre el culposo nos referiremos más adelante—, salvo por la forma en que el sujeto decida realizar la conducta progresiva: el primero, de manera inmediata o continua; y, el otro, de forma seriada o discontinua pero, en ambos casos, el sujeto lleva a cabo la misma voluntad homogénea y la misma finalidad preconcebida. Desde luego, lo único que varía es la voluntad sobre la forma de realización del delito, pero que dicho delito se realice de manera discontinua no significa atomizar el significado normativo de la unidad de voluntad que precede a la unidad ontológico-normativa de conducta y a la única infracción continuada.

En consecuencia, no parece correcto afirmar que el dolo global se deba limitar al plan preconcebido desde una perspectiva puramente intelectual, o que se deba asimilar el designio criminal al dolo continuado. Además, si bien está claro que el plan preconcebido (como aspecto parcial del dolo global) no elimina la ejecución seriada de una pluralidad de acciones ontológicas, cada una de las cuales materializa en forma seriada la voluntad del autor, también es claro que un plan preconcebido carente de la capacidad de unificar la acción, cuando no se le otorga la posibilidad de dar sentido cognitivo-volitivo a la acción en su conjunto, no se distingue de la finalidad. Un delito continuado doloso unificado sólo desde el punto de vista subjetivo por la finalidad, ello es, que no reconoce una voluntad única, difícilmente superará las teorías de la ficción que consideran el delito continuado como una figura *sui generis* unificada *ope legis* por cierta contextura objetiva, coligada por los motivos del autor.

¹⁰⁸ Sobre dicha propuesta *vid.* CASTIÑEIRA PALAU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 132 y ss.

Capítulo Séptimo

EL DELITO CONTINUADO CON SUJETO PASIVO MASA (DELITO—MASA)

I. ORIGEN Y FUNDAMENTO

Se discute mucho en la doctrina y en la jurisprudencia la figura denominada como “delito-masa”, en particular por lo que se refiere a su estructura jurídica, su naturaleza dogmática y su fundamento político-criminal. A continuación, se aborda dicha institución en España y en Colombia, país este último donde aparece como una de las novedades introducidas por el ordenamiento penal de 2000.

A. EN ESPAÑA. Se trata de una figura cuyos orígenes se remontan a los desarrollos dogmáticos de principios del siglo XX, gracias a los esfuerzos de su preceptor teórico inicial —el Fiscal del TS español A. REOL SUÁREZ (1958)— que, a su vez, fue seguido en la doctrina por autores como F. DÍAZ PALOS (1960), A. SAINZ CANTERO (1971), M. T. CASTIÑEIRA PALOU (1977) y G. LANDROVE DÍAZ (1978), entre otros. Ello, sin perjuicio de tener importantes detractores que la califican como una institución “*artificiosa*” e “*innecesaria*”¹ en la dogmática penal contemporánea.

Por supuesto, aunque el delito masa no fue incorporado en forma definitiva a la legislación penal positiva hasta la reforma urgente y parcial del 25 de junio de 1983 [Art. 69 *bis*] y con posterioridad casi sin variaciones —*salvo en la punibilidad*— en el Código Penal de 1995 mod. LO 15/2003, Art.

¹ En este sentido, CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1021; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 301; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito masa...*, *ob. cit.*, p. 161: “[e]l delito masa en su actual estructura es un instrumento inadecuado para obtener la finalidad que persigue, pues su aplicación no tiene como resultado la imposición de un castigo más grave en todos los supuestos de fraude colectivo”; *id.*, “El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal supremo Español”, en *Estudios Penales*, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, Usal, 1982, pp. 139 y ss. y 147 y ss.; FERNANDO DÍAZ PALOS, “Delito-masa, Delitos de fraude colectivo”, en *RDJ*, núm. 1 (ene.-mar.), Madrid, Vda. Galo Sáenz, 1960, pp. 75; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 674 y 675; FERRÉ OLIVE, NÚÑEZ PAZ y RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 586; GERARDO LANDROVE DÍAZ, *Los fraudes colectivos*, Barcelona Bosch, 1978, pp. 18 y 68; JOSÉ SAINZ CANTERO, “El delito masa”, en *ADPCP*, vol. XXIV, fasc. 1 (ene-abr.), Madrid, Ministerio de Justicia, 1971, pp. 649-675.

74.2.2, debe advertirse que esta modalidad delictiva había sido desarrollada y aplicada con amplitud por diversas jurisprudencias científicas a partir de 1933² [SSTS del 14.04.1967 (RJ. 1967-1696), 08.06.1967 (RJ. 1967-3442), 27.06.1967 (1967-2834), 13.10.1967 (RJ 1967-4532), 06.02.1970 (RJ. 1970-888), 08.11.1974 (RJ. 1974-4170) y del 20.02.1975 (RJ. 1975-597), entre muchas otras], en las cuales se otorgó a la figura un impulso original y definitivo en el escenario de la práctica judicial española, como una construcción dogmática distinta a la del delito continuado, por aquella época aplicado de manera hermenéutica por el sistema judicial.

En este sentido, el TS español justificó y estructuró el delito masa porque entendió que brindaba una solución proporcional y práctica para aquellas hipótesis consistentes en una lesión jurídica patrimonial única que, al afectar de manera grave y notoria a una ingente cantidad de personas determinadas o indeterminadas, era realizada por un mismo sujeto activo o por varios coautores mediante una o varias actuaciones comisivas engañosas individuales o conjuntas organizadas en forma debida, con una voluntad dolosa unitaria, un único designio criminal o un plan criminal previo³.

² Analiza dicha jurisprudencia ANTONIO REOL SUÁREZ, “El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa”, en *ADPCP*, vol. XI, fasc. 1 (ene.-abr.), 1958, pp. 23-32.

³ Así, BACIGALUPO, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 554-556. Por su parte, SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 233 y 234, afirma que dicha figura “[...] se presenta cuando uno o varios sujetos, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas aisladamente constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminoso encaminado a defraudar a una masa de personas cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos por vínculos jurídicos”; *id.*, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 664. Con claras diferencias, CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 698, indica: “[e]l delito masa, se produce cuando mediante una o varias acciones, cada una de las cuales constituye una violación del mismo precepto penal, se lesionan, con unidad de propósito, bienes jurídicos de un conjunto o masa de personas, determinadas o indeterminadas, y no personificadas jurídicamente”; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 61; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 68 y 69, plantea: “[p]or tal se entiende aquel instituto en virtud del cual el sujeto activo, mediante la realización de varios actos —para algunos bastaría con un solo acto, con lo cual un evento de concurso ideal homogéneo con “sujeto pasivo” plural tomaría otra denominación— que, considerados de manera independiente, constituirían un solo delito, pone en ejecución un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas que en principio no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico alguno [...]” *ibidem*, p. 161 y 162. También, define la figura las SSTS de 14.04.2009 (RJ. 3028-2009): “En definitiva, el delito masa o con sujeto pasivo masa, es aquel en el que el plan preconcebido contempla ya desde el inicio el dirigir la acción contra una pluralidad indeterminada de personas, sin ningún lazo o vínculo entre ellas, y de cuyo perjuicio individual pretenden obtener los sujetos activos, por acumulación, un beneficio económico muy superior”; del 25.10.1985 (RJ. 1985-5055): “[...] que afecte a múltiples perjudicados, siendo de nueva redacción, reflejo del llamado «delito masa», elaborado por la jurisprudencia de esta Sala según se desprende de las

Hipótesis jurídicas que también exceptuaron la aplicación del concurso real de tipicidades, pero que fueron excluidas del ámbito material de cobertura del delito continuado tradicional, según las poco claras posturas restrictivas de aquella época, máxime si se tiene en cuenta que en el último caso se exigían para su configuración —en esencia— elementos como la unidad de sujeto pasivo, la indeterminación procesal de las acciones y de los sujetos, y un claro fundamento punitivo benéfico para el procesado⁴. Sobre el particular, la STS del 26.02.1954, de la sala 2ª, afirma: “[l]a teoría jurídica del delito continuado no puede tener aplicación en el caso de autos como con manifiesto error hace la recurrida Audiencia de instancia, ya que resultan perfectamente individualizadas 61 infracciones penales de estafa, con distintos sujetos pasivos, por cantidades diversas, faltando la unidad del patrimonio pasivo vulnerado y faltando por ello el elemento esencial básico de esa unidad patrimonial lesionada, para dar vida legal a la citada ficción jurídica”.

Precisamente, la doctrina afirmó —frente al crecimiento de nuevas formas de delincuencia en el ámbito del Derecho penal económico, conforme a cierta modalidad histórica y penológica del concurso real de tipicidades— que la realización de diversas faltas o delitos de cuantía ínfima, en realidad implicaban la impunidad o una deficiente y desproporcionada penalización del injusto total de la conducta patrimonial realizada por el autor, de acuerdo con la regla punitiva del triple de la pena más grave concurrente⁵. Situación

Sentencias —entre otras muchas de 6-2-70 (RJ 1970\888), 8-11-74 (RJ 1974\4170), 20-2-75 (RJ 1975\597) y 12-12-81 (RJ 1981\5000)—, en las que se declara sustancialmente que se configura en aquellos supuestos en los que el agente actúa mediante una o varias acciones defraudatorias inspiradas en designio criminal único, realizadas frente a una pluralidad de sujetos pasivos indiferenciados, movido por un ánimo de lucro que abarca el importe total de lo percibido ilícitamente con propósito unitario de enriquecimiento”.

⁴ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito masa...*, *ob. cit.*, p. 146. Que la argumentación en este sentido era poco clara, se deduce del texto de REOL SUÁREZ, *El sujeto pasivo...*, *ob. cit.* p. 26, cuando dice: “[e]l delito continuado ya hemos visto que es cosa totalmente distinta refiriéndose a aquellas defraudaciones en las que están perfectamente determinados cada sujeto pasivo del delito, el tiempo y la ocasión en que la defraudación se realizó y la cuantía de la misma [...]”; *ibidem*, p. 27. En la misma línea, SAINZ CANTERO, *El delito masa*, *ob. cit.*, p. 666.

⁵ Cfr. BACIGALUPO, *Principios...*, *ob. cit.*, p. 434; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, p. 87, indica que el delito masa surgió por los efectos distorsionadores de la acumulación material de penas; DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 203, asevera: “[...] la pena a imponer resultaba injustificadamente desproporcionada, por escasa, a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente”;

inadmisible según la jurisprudencia, considerado el verdadero alcance material de la actuación, la trascendencia social dañosa del hecho y la “perversidad intelectual dolosa” del sujeto activo, que demuestran y demandan —por su injusto y culpabilidad—, la necesidad de imponer un castigo punitivo unitario más riguroso⁶, sobre la base de un delito patrimonial también único.

Con claridad, el fundamento (agravante) del delito masa fue opuesto a la justificación tradicional del delito continuado que, recuérdese, nació como un desarrollo beneficioso para el procesado a partir del principio del “*favor rei*”⁷. Más aun cuando el delito continuado ya no se justifica de forma exclusiva en dicho principio, pues algunos autores afirman que tampoco es fácil igualar la finalidad de ambas instituciones jurídicas en la actualidad⁸. Lo cierto del caso, es que el fundamento de impunidad para la realización planificada de pequeños actos delictivos, aun hoy es una realidad constatable en nuestro medio, más aún, cuando los delincuentes planifican dichos actos de tal modo que —de ante mano— se conoce que sólo serán castigados con la penalidad del concurso de faltas patrimoniales.

Ahora bien, como sucedió con el delito continuado, el delito masa patrimonial también suscitó una dura polémica pues alguna parte de la doctrina consideró que la aplicación de una pena mayor en tales hipótesis, involucraba una clarísima violación del principio “*nulla pœna sine lege*” al permitir imponer una pena “diferente” a la consagrada en la Ley para los delitos específicos en la parte especial del Código Penal, con ignorancia de

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, pp. 465 y 466; REOL SUÁREZ, *El sujeto pasivo...*, *ob. cit.* p. 23, afirma: “[...] la realidad legal actual es que nos encontramos no ante una sola defraudación, sino ante una diversidad de defraudaciones en cantidad de muchos miles, que pueden tener la simple consideración de faltas —en el orden penal, a pesar de la cantidad elevada de numerario obtenido—, o que en caso de llegar a ser delitos, son de tan escasa cuantía que serían penados con arresto y que con la limitación legal el estafador se vería tan favorecido con la imposición de pena, que quedaría en condiciones para continuar defraudando esos intereses al seguir ejercitando su lucrativo negocio”; SAINZ CANTERO, *El delito masa*, *ob. cit.*, pp. 650, 651 y 667; VALLE MUÑOZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 412.

⁶ Cfr. SAINZ CANTERO, *El delito masa...ob. cit.*, p. 667.

⁷ Lo señalan también MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 539. Por su parte, REOL SUÁREZ, “El sujeto pasivo...”, *ob. cit.* p. 26, es mucho más explícito al afirmar que el delito masa es un único delito sin confusión posible con el delito continuado, dado que el último ha sido diseñado para no perjudicar al delincuente.

⁸ Así CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 147.

la legislación positiva vigente⁹. Argumento que todavía se sustenta en la doctrina penal moderna, para desestructurar esta modalidad delictiva mediante la crítica del “salto de tipo”¹⁰.

En cualquier caso, la jurisprudencia española excusó la legitimación judicial de la figura¹¹ al afirmar que, si bien los principios de reserva y de legalidad prohíben la creación judicial de nuevos delitos y penas bajo el postulado técnico de tipicidad, al aplicarla los jueces no realizaban una labor de tipificación prohibida en contra de tales principios básicos o normas rectoras, abrogándose facultades legislativas.

De hecho, según el TS los jueces sólo interpretaron el “contenido o núcleo latente de cada norma” de acuerdo con la teleología legislativa y los principios generales del Derecho, para adaptar el reproche típico abstracto al caso concreto, y dar cabida a una institución “con existencia genuina” según las circunstancias de la evolución social, que el mismo creador de la ley no había rechazado. Todo lo anterior, sin producir una ficción jurídica o una incriminación analógica o creativa de nuevos tipos penales, ni contravenir el principio “*pro reo*” según lo que previene la ley penal. Una tesis muy interesante que se enmarcó en el contexto de la teoría de la unidad de acción, para forjar así el delito masa como una modalidad de delito único en la que —a pesar de las plurales defraudaciones patrimoniales— todas ellas eran realizadas con unidad de propósito para obtener la total despatrimonialización (injusto unitario), según el plan criminal diseñado por el autor.

En último lugar, como efecto de la evolución doctrinal en la materia y con base en una teoría de “unidad ontológico-normativa o jurídica”, debe

⁹ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 161, sostiene: “[c]on todo no hay que olvidar aquí que ambas instituciones implican una infracción del principio de legalidad, cuando de su aplicación resulta para el reo un perjuicio mayor que el que se derivaría de la aplicación de las reglas del concurso”; *vid.* STS del 13.10.1967 (RJ. 1967-4532), que niega la violación del principio de legalidad de la pena por el delito masa en sus orígenes jurisprudenciales.

¹⁰ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 354 y ss.

¹¹ *Vid.* la STS del 13.10.1967 (RJ. 1967-4532). Ya antes, como lo advierte REOL SUÁREZ, “El sujeto...”, *ob. cit.*, p. 24, existían precedentes de la sala 2ª del TS (sent. del 05.07.1954), en los cuales el tribunal negó la posibilidad de convertir una defraudación de 425 infracciones en un solo delito de estafa.

indicarse que el delito masa en España se acogió en el Art. 74, no sólo cuando la norma general del apt. 1.º admite la posibilidad de que la continuación ofenda “[...] a varios sujetos” activos, sino también en el apt. 2.º del num. 2, cuando faculta al juez para agravar la penalidad individualizada conforme al criterio del perjuicio total causado, respecto de aquellos supuestos patrimoniales continuados que impliquen un perjuicio a una generalidad de personas e indiquen notoria gravedad desde el punto de vista del perjuicio total causado con la infracción” [STS 218 del 02.03.2006 (RJ. 2006-1047)]¹². El tema no es pacífico en la doctrina, aunque sí en la jurisprudencia del TS¹³. Por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, advierte: “[d]elimitada de esta manera la fórmula empleada por el legislador en el párrafo 2.º del art. 74, la conclusión a la que se llega es que, al contrario de lo que entiende la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de forma constante y uniforme, en ese párrafo no se encuentra la regulación de lo que se ha venido en llamar *delito masa*, al menos en la forma que lo concibe la opinión mayoritaria, pues no es más que una regla que determina la consecuencia jurídica de las infracciones contra el patrimonio cuando el hecho reviste cierta gravedad en

¹² Así lo reconoce MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 646. También, consagran esta figura los CP latinoamericanos de NICARAGUA, Art. 83: “[s]i se trata de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena y se tomará en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, una pena agravada hasta el doble del límite máximo de la pena correspondiente, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”, fórmula que resulta idéntica al CPE; CP EL SALVADOR, Art. 43. 2: “[c]uando en las defraudaciones el agente obtenga diversas cantidades de dinero en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados, el hecho deberá estimarse en conjunto como un sólo delito, tomándose como monto del perjuicio patrimonial el conformado por el importe global de lo defraudado” y 73: “[e]n caso de delito masa se impondrá al culpable el doble del máximo de la pena prevista para la defraudación más grave; CP PERÚ, Art. 49: “[s]i con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave”.

¹³ Así, la STS de 14.04.2009 (RJ. 3028-2009), indica que: “[c]omo punto de partida de nuestra reflexión hay que convenir con el Ministerio Fiscal que el delito masa es una modalidad *agravada* del delito continuado, pero que tiene *características propias que le dotan de una autonomía y sustantividad propias, de suerte que queda justificado el tratamiento punitivo diferenciado* que prevé el art. 74-2º último inciso. En definitiva es una *respuesta diferente a una realidad distinta*. / Podrá discutirse la oportunidad del legislador de haberlo regulado conjuntamente con el delito continuado, con el que comparte tangencialmente elementos comunes, tales como su naturaleza patrimonial y su exasperación penal o la conveniencia de una regulación propia y más detallada. En todo caso puede estimarse *el delito con sujeto pasivo masa es un aliud* frente al delito continuado patrimonial. [...] Todo delito masa descansa sobre una continuidad delictiva de naturaleza patrimonial, pero *no* todo delito continuado patrimonial es un delito masa. Este es solo aquel que tiene los dos datos fundadores a que nos hemos referido, notoria gravedad y generalidad de personas”.

atención al *mayor desvalor de la acción* representado por el ánimo de lucro desmedido del autor, esto es, la especial desaprobación que merece el propósito de enriquecimiento del autor, o en atención al *mayor desvalor de resultado* por el grave resultado producido al haberse afectado a una generalidad de personas, es decir, es el número de víctimas lo que incrementa el desvalor de resultado” y más adelante, *ibídem*, p. 346, afirma que “[l]lámesele como se quiera, este precepto sólo contempla una regla de determinación de la pena de la acción continuada de contenido patrimonial. Pero no de otro modo puede ser comprendido el llamado delito con sujeto pasivo masa, que no es más que una consecuencia jurídica que se asigna a esta clase de delitos cuando revisten especial gravedad determinada por el mayor desvalor de acción y de resultado”¹⁴.

En realidad, en el marco de los delitos patrimoniales, el delito masa se concibe en la actualidad como una modalidad continuada patrimonial de naturaleza especial, mucho más grave por su desvalor de resultado que los supuestos continuados tradicionales. Esta formulación legislativa ha sido criticada por autores como VALLE MUÑIZ¹⁵, cuando señala que la unificación legislativa del delito continuado y masa puede ocasionar grandes dificultades, pues ambas responden a situaciones de diversa índole, tal y como queda demostrado por el diverso tratamiento punitivo adoptado en el CP; esta crítica, en realidad, sólo era viable antes de la reforma de la LO 15/2003, porque el delito continuado obedecía al sistema de absorción con agravación, mientras que el delito masa respondía al sistema punitivo de exasperación. Hoy ambas figuras siguen el mismo sistema punitivo: la exasperación punitiva discrecional reglada.

B. EN COLOMBIA. Esta figura tiene origen positivo con la inclusión de algunas de sus modalidades especiales —estafa y fraude en loterías, juegos o rifas— en la parte especial de varios proyectos y anteproyectos de CP durante el decenio de los años setenta del siglo XX [Proyectos de CP de

¹⁴ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 345 y ss. Otras referencias, *ibídem*, p. 365. También, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, vol. 2, *ob. cit.*, pp. 667 y 676, afirma que el delito masa es una figura casi opuesta al delito continuado.

¹⁵ Situación criticada por VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 411. Con amplitud en CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 365 y ss.

1974, Arts. 379 y 380; de 1976, Art. 465; de 1978, Art. 505 y de 1979, Art. 504 inc. 2^o¹⁶] y, con posterioridad, al retomar las elaboraciones positivas, jurisprudenciales y doctrinales españolas¹⁷, su previsión legislativa en el par. del Art. 31 de la L. 599/2000 y en algunas normas dispersas de la parte especial. En efecto, dicha norma indica literalmente: “PAR. — En los eventos de los delitos [...] masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

De igual manera, cabe anotar que dicha institución también ha gozado de aceptación jurisprudencial previa, como puede advertirse en algunas sentencias de la CSJ a partir de 1971¹⁸, en las cuales se reconoció la existencia del “fraude colectivo” y “delito masa” en la parte especial. Ello sin perjuicio de la innumerable jurisprudencia relativa a los supuestos delictivos de fraude en rifas, juegos o loterías [CP, Art. 246, inciso 2.º] que, por lo general, admite la pluralidad de sujetos pasivos del delito continuado, para configurar una variante especial del delito masa y en todo caso una forma de delito único plurisubjetivo.

Queda claro, pues, que la jurisprudencia colombiana hasta el 2007, por un lado, trató el delito continuado y el delito masa como figuras jurídicas excluyentes entre sí¹⁹, sin considerar que la única diferencia sustancial entre ambas, desde ese punto de vista, es el predicado de masificación y unificación de los sujetos pasivos afectados por la unidad de conducta realizada por el autor. No se puede, pues, confundir el delito masa con el

¹⁶ Vid. LUÍS CARLOS GIRALDO MARÍN y GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano*, Parte Especial, vol. II, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1986, pp. 210, 212 y 233; PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO DE 1978, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, p. 259. Sobre los antecedentes del tipo de Estafa en juegos, rifas y loterías, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 117 y ss.

¹⁷ En Colombia subsisten autores que acogen las justificaciones originales de la figura: *cf.* PABÓN PARRA, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 239 y ss.

¹⁸ *Cfr.* CSJ PENAL, sent. del 25.10.1971, en *GJ*, t. CXXXIX, núm. 2346-2351, Bogotá, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1957, pp. 409-418. Con importante salvamento de voto, *ibidem*, pp. 432 y ss., advierte: “[...] para que se tipifique el delito de estafa, no se requiere un sujeto pasivo concreto y actualmente determinado. Basta, como en el caso de autos, que sea conocido en su pluralidad determinable”; sent. del 25.09.1995, e8942, D. PÁEZ, en *JP*, II sem., 1995, Medellín, Ed. Jurídica de Colombia, 1995, pp. 283-284 y sent. del 03.12.1996, e8874, C. GÁLVEZ, en *JD*, vol. XXVI, núm. 303, Bogotá, Legis, 1997, pp. 266 y ss.

¹⁹ Sobre el particular, *cf.* CSJ PENAL, sent. del 03.12.1996, C. GÁLVEZ, en *JD*, t. XXVI, núm. 303, Bogotá, Legis, 1997, pp. 266 y ss., trata de distinguir sin éxito entre el Delito masa y el Delito continuado.

delito continuado con sujeto pasivo plural no masificado, como lo hace la doctrina. De hecho, la jurisprudencia aplicó al delito masa el tratamiento del concurso real²⁰ de delitos con base en una trasnochada tesis causal, que generó equívocos al momento de aplicar la figura en la práctica judicial, postura que fue aplicada también a los casos de delito continuado tradicional.

A pesar de ello, la legislación penal de 2000 acogió dicha figura en el Par. del Art. 31, como una modalidad independiente del delito continuado que, sin embargo, se deriva de un mismo tronco común de la siguiente manera: “PAR. —En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”. Semejanzas que sólo en épocas recientes han sido reconocidas por la CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383, en la que se afirma de manera expresa que el delito masa “[e]s una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano”. Como es evidente, el legislador colombiano igualó el tratamiento punitivo de ambas instituciones pero olvidó adicionar un mecanismo punitivo de agravación, que permita precisar la pena según las diferencias existentes entre ambas instituciones jurídicas desde el punto de vista de los desvalores de acción y resultado en el caso concreto. Naturaleza que recientemente fue reconocida por la CSJ PENAL, sent. del 20.02.2008, e28880, Y. RAMÍREZ, al indicar: “*Delito masa*. Es una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano. Se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas”.

²⁰ A título de ejemplo, *cf.* el tratamiento como concurso real de delitos, negando la unidad de acción, en CSJ PENAL, sent. del 13.09.1995, eS-8806, R. CALVETE, en *JP*, II sem., Medellín, Ed. Jurídica de Colombia, 1995, pp. 73 y ss.; sent. del 09.09.1993, E. SAAVEDRA y J. TORRES; sent. del 16.11.1994 y del 14.06.1995, R. CALVETE; y sent. del 02.03.1995, J. TORRES.

De otra parte, la diferencia entre el delito masa y las figuras masa tipificadas de forma expresa en la parte especial, no ha sido objeto de tratamiento doctrinal específico. Sin embargo, la aplicación de la parte general sólo está autorizada cuando se constate que dichas modalidades especiales (verdaderas unidades típicas de acción) sobrepasan los eventos de acción o unidad de acción en sentido estricto (unidad de acción natural) y supongan casos de unidad de acción en sentido amplio como ocurre en las hipótesis de delito continuado. Sin embargo, esta aclaración resulta insuficiente porque la distinción entre el supuesto general y los supuestos específicos, no parte de la especial calificación masa de la multiplicidad de personas que pueden ser afectadas por los supuestos especiales. De hecho, los supuestos particulares también son aplicables cuando se compruebe una pluralidad simple de personas sobre la que recaiga la acción y todas ellas resulten perjudicadas, por lo cual hoy tales eventos resultan excluidos en virtud del principio de *ne bis in idem*. En otras palabras, se aplican ellos o se acude a la figura básica agravada por ser un delito masa.

Uno de los últimos casos importantes en materia de delito masa en Colombia, relativo a las conductas punibles de captación masiva y habitual de dineros y lavado de activos, tuvo lugar en el 2008, cuando las autoridades detectaron en todo el País más de 45 empresas criminales que recibían dineros del público por cuantías que oscilaban entre un millón (1) y 200 millones de pesos, por las cuales se ofrecían réditos de hasta el 300%, es decir, mucho más que el interés corriente bancario en Colombia (por ejemplo: por la entrega de un millón doscientos mil pesos, los captadores ofrecían retribuir el primer mes un millón 350 mil pesos, el segundo mes 450 mil pesos y el tercero otros 450 mil pesos. Incluso, se pudo establecer que alguna de estas empresas captó durante el 2007 cerca de 400.000 mil millones de pesos²¹ y, en total, los sujetos pasivos de los hechos punibles

²¹ Vid. Diario EL TIEMPO - Colombia. Versión digital, www.eltiempo.com.co, 13 de febrero de 2008: “En Bogotá van 39 denuncias por captación ilegal de dinero”; *ibidem*, consultado el 14.01.2008, “4 mil millones de pesos están perdidos en ‘pirámides’ que se derrumbaron”; *ibidem*, consultado el 12.11.2008: “Miles de colombianos iracundos reclaman sus dineros ante oficinas de captación ilegal”; “Se derrumbaron pirámides en todo el país” y “Toque de queda en cinco ciudades decretan para prevenir mayores desórdenes por caída de pirámides”; *ibidem*, consultado el 13.11.2008: “Al menos \$ 2 billones de pesos

perdieron sumas superiores a los 4 billones de pesos. Desde luego, esta crisis supuso la declaración nacional de emergencia social, la expedición de siete decretos de excepción constitucional, el aumento de las penas para los delitos de captación masiva y habitual de dinero, la creación de nuevos tipos penales, en particular por la omisión de devolución de los dineros recaudados y la modificación de otras figuras como la usura.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Ya es tradicional que se entienda por delito masa aquella figura en virtud de la cual el sujeto activo del tipo, mediante la realización de uno o varios actos ejecutivos organizados en forma debida y cubiertos por una unidad de conducta jurídica u ontológico-normativa (en sentido amplio), ejecuta un plan criminal previo dirigido a causar un menoscabo (defraudación, daños, etcétera) contra los bienes jurídicos de un colectivo de personas, que pueden tener o no conexión o vínculo jurídico entre sí, más allá del azar o coincidencia de existir una despatrimonialización a sus intereses económicos comunes²², todo ello precedido por un ánimo de lucro que

están en riesgo por desplome de las pirámides”; “Devolver 400.000 millones de pesos ordenó Superintendencia Financiera a captadora DRFE”. En algún caso, incluso los estafadores dejaron notas a los incautos ahorradores, del siguiente tenor: “Estimados inversionistas gracias por confiar en nosotros y depositar en nuestras arcas lo que ni ustedes tienen empeñar a unas tasas de usura o vender lo necesario con el fin de obtener unas ganancias ilógicas sin tener que trabajar. Ahora, por estúpidos y creer en brujas tendrán que trabajar mucho más para reponer esas platas que en gran mayoría no eran ni suyas. En nuestras sedes, les dejamos las cuatro sillas más caras que puedan existir en el mundo, por favor, cuídenlas que es un gran recuerdo de nosotros, están avaluadas en aproximadamente dos mil millones de pesos. Y recuerden, las únicas pirámides que existen y no se van, son las de Egipto. Les deseamos una triste navidad y vergonzoso año nuevo pelado” [“http://www.denunciasymas.blogspot.com/](http://www.denunciasymas.blogspot.com/). Consultado el 12.11.2008. *ibídem*, consultado el 17.11.2008: “Duplican las penas por captación ilegal de dineros del público”.

²² Un importante grupo de autores sostiene que tales sujetos no aparecen unidos entre sí por vínculo jurídico alguno, de tal suerte que pueden conformar una masa de personas de sujetos pasivos, sujetos sobre los cuales recae la acción o perjudicados. Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1001; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 500; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito masa...*, *ob. cit.*, p. 149; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 466; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 233 y 234. En contra: CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 700: “[...] por sujeto pasivo masa, se entiende un conjunto de personas, atacadas a la vez o escalonadamente por un engaño común, que carecen de personalidad jurídica y están circunstancialmente unidas por vínculos de sentimientos o intereses”; REOL SUÁREZ, “El sujeto...”, *ob. cit.*, pp. 26 y ss.

abarca la cuantía total defraudada o despatrimonializada [SSTS del 06.02.1970 (RJ. 1970-888), 08.11.1974 (RJ. 1974-4170), 20.02.1975 (RJ. 1975-597), del 12.12.1981 (RJ. 1981-5000) y del 23.04.1982 (RJ. 1982-2113)].

Este grupo de personas afectadas conforma desde el punto de vista jurídico, según la doctrina tradicional, un solo “sujeto masivo, compuesto o grupal de hecho”, es decir, una generalidad en el lenguaje del Art. 74 CPE, que permite estructurar mediante la totalización del perjuicio causado como un desvalor de resultado unitario acumulado, una infracción única de acuerdo con la interpretación del mismo precepto penal o de preceptos de igual o semejante naturaleza típica²³. De lo cual resulta una realidad existencial concreta [STS del 22.04.1980 (RJ. 1980-1466)] de naturaleza ontológico-normativa, es decir, un delito único y no una mera ficción como construcción jurídica artificial que distorsiona otras figuras punitivas, o una abstracción jurídica benéfica derivada del concurso real de delitos²⁴. Ejemplos tradicionales de dichas hipótesis serían: las estafas a grupos de ahorradores o de compradores de bienes inmuebles [STS del 19.12.1983 (RJ. 1983-6589)], los fraudes telefónicos mediante números fraudulentos o por la Internet, la especulación general de precios de alimentos o medicamentos de primera necesidad, las alteraciones de máquinas expendedoras de productos básicos, cigarrillos o combustibles, la distribución de alimentos que incluyen una cantidad inferior a la anunciada en leyendas o propagandas, los casos de publicidad engañosa por medios

²³ REOL SUÁREZ, “El sujeto..., *ob. cit.* p. 23, indica: “[...] lo que realmente se defrauda[ba] era una credibilidad colectiva con el engaño y a quien se perjudicaba era a esa misma colectividad, a ese grupo social que había aportado sus ahorros [...] la cantidad defraudada no sería nunca la individual, sino los cientos de miles o los millones de pesetas, suma total de la defraudación, atribuyéndolo como daño económico a ese sujeto pasivo masa, que es el grupo social y dentro de la misma definición a esta clase de delitos”.

²⁴ En este mismo sentido, *vid.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 553-599; *id.*, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 66 y 67; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 698, sostiene que el delito masa no es una ficción jurídica, sino que constituye una unidad natural cuando está precedido por una conducta única, y una unidad jurídica, cuando está precedido por una pluralidad de conductas: “[...] aunque esté compuesto no de una, sino de varias acciones, éstas, según la doctrina jurisprudencial, se unifican en virtud de la especial configuración del sujeto pasivo y del propósito del autor, que se dirige al resultado total obtenido o perseguido”; SAINZ CANTERO, “El delito..., *ob. cit.*, p. 665; *id.*, *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 228.

masivos de comunicación, entre otros muchos supuestos que el agente realiza por oficio, por negocio o por su forma de vida.

Desde este punto de vista, el delito masa constituye una auténtica modalidad agravada especial del delito continuado²⁵ [STS del 19.12.1983 (RJ. 1983-6589), 1691 del 06.07.1993 (RJ. 1993-5934); CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383²⁶], que por una relación de género a especie, se concreta mediante la calificación masa de la pluralidad de sujetos afectados y por la específica cobertura del dolo. Por lo demás, su estructura sistemática exige iguales elementos jurídicos que el delito continuado ya analizados; dicho lo cual, no parece existir ningún inconveniente en aplicar el delito continuado²⁷ a los casos que afectan de manera colectiva bienes jurídicos no “eminentemente personales”, respecto de una generalidad de sujetos pasivos. En fin, la doctrina actual cuestiona que esta modalidad cumpla una

²⁵ Vid. ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 803; CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 149; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1000; *id.*, *El delito...*, pp. 553-599; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 438; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1021; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 302; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 375 y 391; RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho*, *ob. cit.*, pp. 865 y 867; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 62 y ss. En contra: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...* *ob. cit.*, p. 583; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 552, entienden que es una modalidad de concurso ideal; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 700 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1056; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 239, afirma: “[a]un cuando en estricto sentido resulte válida la afirmación de que el delito masa no es una subespecie del delito continuado, no puede negarse que su origen si tiene hondas raíces en la continuación”; SAINZ CANTERO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 665 y 666, corrobora: “[...] existen suficientes elementos para distinguir el delito masa del delito continuado, incluso en aquellos supuestos de continuación en los que el autor ha contado *ab initio* con el logro del resultado total de las acciones que va ejecutando de manera gradual como el mejor medio de conseguir la meta que se ha propuesto [...]”.

²⁶ Dicha sentencia indica que el delito masa es “[e]s una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano”. Niega la posibilidad de que el delito masa sea una modalidad de delito continuado —de manera contraevidente a las discusiones legislativas del CP 2000, la CSJ PENAL, sent. del 25.06.2002, e17089, E. LOMBANA, cuando parece querer considerar dicha institución como un concurso de delitos. Por su parte, la STS del 19.12.1983 (RJ. 1983-6589), señala: “[...] el delito de alzamiento de bienes atribuido a los procesados, “[...] quienes aparentando imaginarios negocios (ya que no ha sido acreditado que existiesen realmente), consiguieron con el señuelo de un fácil interés atraer un conjunto de personas, nominadas, abstractas y desconocidas que engañadas por las sugerencias defraudatorias se convirtieron en víctimas conocidas y determinadas, por el importe de sus aportaciones, de un único propósito y maniobra engañatoria, realizado escalonadamente a medida que van surgiendo los improvisados prestamistas, que debe ser calificado como un delito continuado de estafa en su modalidad o subespecie de delito-masa, para lo que presenta todos los caracteres o elementos necesarios exigidos por la Jurisprudencia de esta Sala [...]”.

²⁷ Así lo sostiene CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 161.

finalidad político-criminal distinta de aquella asignada al delito continuado, por lo cual se afirma que es una figura innecesaria en el marco general de la teoría de la continuación o de la concurrencia delictiva²⁸.

Desde luego, a pesar de la proximidad de ambas instituciones jurídicas, no es del todo cierto que el delito masa carezca o esté exento de una finalidad político-criminal particular, más aún si se tiene en cuenta que en España se presenta como una institución sumamente restringida —de *lege data* sólo se aplica a hechos delictivos patrimoniales o socio-económicos— en comparación con el delito continuado, situación que no tiene referente legal en el párrafo del Art. 31 de Colombia. En este sentido, si de verdad se quiere equiparar el delito masa con los casos de continuación delictiva tradicionales, es necesario ampliar su ámbito de operatividad a otros espacios jurídicos delictivos, en particular los destacados en los últimos años, en los que también se presenta una afectación material a un colectivo de personas como, por ejemplo: los eventos de delitos contra la propiedad intelectual, los delitos contra los consumidores y los delitos informáticos, entre otros.

Con todo, cualquiera que sea la opción acogida por los operadores jurídicos, en el sentido de mantener por claridad dogmática la figura del delito masa como una modalidad derivada del delito continuado con sujetos pasivos plurales —postura que parece ser la correcta—, de encomiar su independencia frente a la continuación delictiva o simplemente ampliar la estructura de la continuación tradicional con la eliminación de su existencia

²⁸ Cfr. CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1021, expone: “[l]a artificiosa construcción del delito masa se hizo además innecesaria cuando el Tribunal Supremo abandonó en los años setenta los requisitos de unidad de sujeto pasivo y de que no se pudiesen individualizar las distintas acciones para apreciar el delito continuado”; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 301, CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 161, señala: “como consecuencia de lo anterior la figura del delito masa se convierte en una figura innecesaria”; *ibídem*, p. 162, “[...] pues, a lo más, si por el gran número de personas afectadas, los medios de propaganda utilizados, o por la alarma social que originan estos delitos, se consideraran merecedores de una pena mayor, bastaría con facultar al juez para apreciar en estos casos una circunstancia agravante”; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 440, la consideran una regla penológica agravada; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 240 y 241, indica que “[e]n la actualidad es entonces inoficiosa la figura del ‘delito masa’ que tan finamente abordó la jurisprudencia española en una época en la cual se hacían innecesarias limitaciones a una figura que como el delito continuado tampoco es nada diverso de una hipótesis de unidad de acción que puede ser perfectamente entendida y sancionada como cualquier otro delito unitario”.

autónoma, debe quedar claro que el delito masa no se puede fundamentar desde el punto de vista teórico a partir del criterio de la indistinción procesal y probatoria de las acciones u omisiones realizadas por el autor o de los sujetos afectados porque este elemento, aparte de ser aborrecible desde el punto de vista de las garantías político-criminales del Derecho penal, es ambivalente en las hipótesis de delito masa²⁹.

III. REQUISITOS SISTEMÁTICOS

La figura del delito masa descansa en tres pilares fundamentales: (1). La unidad de realización y ejecución seriada o conjunta del comportamiento, en virtud del plan criminal del sujeto. (2). La posibilidad de conformar un injusto unitario mediante la totalización de los diversos perjuicios causados por el autor, con independencia de que se puedan determinar los perjuicios y los afectados concretos; y (3). Por la concepción tradicional de un sujeto pasivo colectivo o masa. Aspecto que constituye sin duda el rasgo más original de la construcción teórica [STS del 12.10.1980 (RJ. 1980-3693) y STS. del 22.04.1980 (RJ. 1980-1466)].

La jurisprudencia ha exigido de forma reiterada los siguientes requisitos, STS del 22.04.1980 (RJ. 1980-1466): “[...] Primero, un elemento subjetivo consistente en el designio defraudatorio único, en un proyecto o plan preconcebido que se orienta a obtener un lucro global y unitario, integrado por la suma de cantidades en que resultan perjudicadas una generalidad de personas —SS. de 3 febrero 1958 (RJ 1958\326) y 13 noviembre 1967 (RJ 1967\5028)—, unidad de dolo que desde el momento inicial abarca el resultado total de las acciones, y sirve de matiz diferencial con el delito continuado en el que puesta en marcha la primera acción las sucesivas vienen provocadas por una identidad de ocasión —S. de 4 octubre 1976 (RJ 1976\3902)—; Segundo, un presupuesto material constituido por una pluralidad de acciones homogéneas, o por una acción desarrollada en varios

²⁹ Que la indeterminación de las acciones es un elemento seriamente cuestionado y relativo, que no siempre se presenta en todas las modalidades de fraudes colectivos, lo demuestra CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, *ob. cit.*, pp. 146 y 147.

momentos, que es lo expresado por este Tribunal al referirse a «una sola manera de actuar» —S. de 22 marzo 1966 (RJ 1966\1382)— y a «una serie de medidas de ejecución del unitario propósito» —S. de 6 febrero 1970 (RJ 1970\882)—, a «pluralidad de actos de ejecución» —S. de 23 febrero 1966 (RJ 1966\781)—, o a «acciones o actos de ejecución en cierta conexión de espacio y tiempo» —SS. de 10 junio 1967 (RJ 1967\3148), y 31 mayo 1968 (RJ 1968\2768) y 4 octubre 1976—; Tercero, la violación del mismo precepto penal, en el sentido de que las acciones o diversos actos que integran el presupuesto material, aisladamente considerados, sean subsumibles en el mismo o semejante tipo básico; y, Cuarto, la existencia de un sujeto pasivo masa, pues el propósito o designio del agente tiene como destinatario el público en general o una colectividad de personas indeterminadas inicialmente pero vinculadas por intereses y sentimientos comunes en una unión sin personalidad o informal —SS. de 26 febrero 1954 (RJ 1954\502), 10 junio 1967 y 4 octubre 1976—³⁰.

Véanse a continuación tales elementos:

A. UNIDAD DE PLAN CRIMINAL. Ello es, se requiere que el mismo sujeto activo realice la unidad de conducta —como sucede en el delito continuado

³⁰ Recientemente, la STS de 14.04.2009 (RJ. 3028-2009), exige: “Como elementos vertebradores del delito masa, la doctrina científica ha señalado dos: a) Así como en el delito continuado puede darse una doble modalidad de dolo: el dolo preconcebido de quien diseña *ex ante* toda la operación, o el dolo ocasional exteriorizador del que aprovecha idéntica ocasión (teoría de la tentación), en el delito con sujeto pasivo masa, solo *será posible el dolo preconcebido* y b) El delito con sujeto pasivo masa se integra por *dos* elementos propios: notoria gravedad y múltiples perjudicados. Lo notorio según el diccionario RAE es “*lo público y sabido de todos*” o, dicho de otro modo, lo que es conocido públicamente, lo que es evidente y no ofrece dudas —Diccionario del Español Actual—. Lo notorio unido al sustantivo gravedad, en clave económica, nos lleva a una gravedad económica fuera de toda discusión, y claramente diferente a la nota de especial gravedad del *art. 250.1-6º Cpenal*, no es una gravedad reforzada sino algo distinto. El segundo elemento definidor es la existencia de “*una generalidad de personas*”. Hay que recordar que la misma expresión se encuentra en el *art. 65 LOPJ apartado 1 -c)* al asignar a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional las defraudaciones “*...que produzcan o puedan producir...perjuicio patrimonial en una generalidad de personas...*”. / El concepto “*generalidad de personas*” hace referencia a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado que no tiene por qué tener un vínculo común, salvo el de ser destinatarios de la actividad ilícita del autor. / *Ambos elementos han de ir unidos*, es decir debe existir un número significativo de personas que han tenido un perjuicio concreto porque dado el número de víctimas la suma de todos los perjuicios hace que pueda hablarse de notoria gravedad”.

tradicional— con un dolo único (total o continuado), es decir, con un elemento subjetivo que permita unificar los distintos actos parciales que infringen en forma seriada el mismo supuesto de hecho penal o uno semejante; este elemento subjetivo se desarrolla mediante la ejecución organizada de la actuación, para alcanzar el resultado perseguido por el autor³¹. Desde luego, esta figura se distingue del concurso medial, porque su elemento subjetivo no implica la realización de actividades de medio a fin o conexas, sino una serie de acciones conjuntas que permiten alcanzar el propósito criminal del sujeto. Así, la STS del 04.10.1983 (RJ 1983-4699) afirma: “[u]no, en que la actuación del autor o autores (incluidos los demás partícipes) no es sino ejecución de un plan preconcebido, plan que si alcanza notoria gravedad por los intereses en juego hasta perjudicar a un número indeterminado o generalidad de personas desemboca en el llamado en doctrina delito con sujeto pasivo masa o, más abreviadamente, delito-masa [...]”.

Es más, lo que caracteriza el elemento subjetivo del delito masa es que el sujeto debe conocer (representación) que está defraudando a una generalidad o pluralidad masa de sujetos pasivos³² [STS 03.12.1975 (RJ. 1975-4635)] que, no siempre, tienen que ser identificados de forma previa (*ex ante*) o concomitante por los autores³³. Esta representación, adviértase, tampoco la exige el delito continuado cuando afecta a una pluralidad simple de sujetos pasivos afectados, que no constituyan una masa de personas³⁴, razón por la cual no parece correcto afirmar que ambas figuras suponen un

³¹ Cfr. SSTS del 13.10.1967 (1967-4532) y del 22.04.1980 (RJ. 1980-1466). También, CEREZO MIR, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 300. En Colombia, CSJ PENAL, sent. del 29.06.1999, e12591: “[e]l engaño es único y también único es el dolo en estos casos, pues la materialización de cada acto no deshace el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único”.

³² Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 204; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 439.

³³ Para SAINZ CANTERO, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 666, es absolutamente necesario que el sujeto pasivo se represente una colectividad formada por personas indeterminadas. En contra: LANDROVE DÍAZ, *Los fraudes...*, *ob. cit.*, p. 68. Este criterio artificial es discutible en la actualidad, piénsese por ejemplo en la defraudación masa de personas registradas en una base de datos, que supera una simple pluralidad de sujetos pasivos como requiere el delito continuado tradicional. En la Jurisprudencia del TS, siguen la teoría de la indiferenciación de los sujetos, por ejemplo, las sentencias del 31.05.1974 (RJ. 1974-2466) y del 04.07.1974 (RJ. 1974-5305).

³⁴ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 370.

dolo estructuralmente distinto, tal y como lo pretende alguna teoría diferencial; se trata, en verdad, de que el objeto de conocimiento del dolo y la finalidad estén referidos a la correcta comprensión general de que los hechos se dirigen contra una masa compuesta por varios sujetos titulares del mismo bien jurídico.

En fin, en los delitos de tendencia es necesario verificar además el respectivo elemento subjetivo especial distinto del dolo. Por ejemplo, en el fraude colectivo deberá determinarse el ánimo de lucro global, es decir, se debe constar que el agente a través de todos los actos parciales realizados persiga objetivo económico único; o, también en los delitos de daños colectivos, deberá tenerse en cuenta un “*animus nocendi*” unitario.

B. UNIDAD O PLURALIDAD DE ACCIONES. Se trata de uno de los elementos más discutidos de la figura. En líneas generales, sobre el particular se puede afirmar lo ya dicho en materia de delito continuado, porque se postulan iguales extremos teóricos, de la siguiente manera:

En primer lugar, se aprecian aquellos autores para quienes el delito masa solo se puede estructurar mediante una pluralidad de acciones u omisiones naturales sucesivas y seriadas, como una modalidad del concurso real de delitos³⁵, toda vez que la ejecución de un plan preconcebido no tiene por que anular o eliminar la diversidad de acciones. Por ejemplo: en la estafa los medios empleados por el sujeto (el engaño), el error y el acto de disposición de los sujetos afectados son plurales e individuales. Desde luego, la jurisprudencia y la doctrina negaron esta tesis y sostuvieron que se trataba más bien de un delito único³⁶. Lo que determina realmente la unidad o la

³⁵ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 149; CEREZO MIR, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 300: “en el delito masa existe siempre una pluralidad de acciones”. Y, más adelante, *ibídem*, p. 301, con base en la estafa, señala: “[l]a construcción del supremo era insostenible desde el punto de vista dogmático. El engaño (la conducta engañosa) no es, en rigor, único. El error y el acto de disposición son individuales. Los sujetos pasivos son tantos como los individuos integrantes de la masa”; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, pp. 152 y ss.

³⁶ Vid. REOL SUÁREZ, “El sujeto...”, *ob. cit.*, p. 31; STS 2273 del 01.12.2002 (RJ. 2002-2464). Así lo sostuvo expresamente la CSJ PENAL, sent. del 03.12.1996, e8874, C. GÁLVEZ: “[s]i se llegase a considerar cada inducción en error como una acción autónoma que constituye un delito por sí mismo, se estaría desconociendo que la finalidad propuesta por el timador no es la de estafa a una sola persona, sino a una pluralidad anticipadamente

pluralidad de conductas, como base fáctica del delito masa (de estafa en este caso), no es el número de veces que el sujeto emplee los medios dispuestos (los engaños) porque, sin duda, en una unidad de acción pueden ser empleados muchas veces los mismos medios sucesivos para realizar el verbo rector del tipo (como en un homicidio se puede disparar muchas veces y con diferentes armas para matar a una persona). Ni, por supuesto, tampoco que los errores de los sujetos pasivos hayan sido o no múltiples, porque el resultado que se castiga en la estafa no es hacer incurrir o mantener a otro en un error, sino despatrimonializarlo de forma ilícita por este medio genérico (CPE, Art. 250.1: la realización de un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno; CP, Art. 246], pues la actitud o los efectos psicológicos no patrimoniales del sujeto pasivo en el delito de estafa no implican determinar el número de acciones realizadas.

Además, si bien es cierto que en principio habrá tantas estafas como cuantos actos de disposición realice cada sujeto pasivo, también lo es que dentro de la dinámica del delito masa conforme el plan criminal del autor (el elemento subjetivo de unificación), tales provechos ilícitos solo serán considerados como la realización seriada de la conducta que infringe el mismo tipo penal (unidad de injusto). Por ello se habla de delito masa de estafa como modalidad del delito continuado y no de un concurso de estafas individuales, cosa distinta es que esta modalidad delictiva admita pluralidad de sujetos pasivos.

En segundo lugar, se sostiene que el delito masa, como el delito continuado, se configura cuando media una unidad conducta en sentido ontológico-

prevista. Si el delito en su totalidad se ve como una simple causalidad material que se agota en la obtención de cada una de las cantidades de dinero integradoras de la suma total que se pretenden obtener a través del engaño se está excluyendo la única conducta que realizó el autor del delito. / Así, se estaría generando una impunidad en la práctica cuando se trate de cuantías menores tipificables como contravenciones, pues el sujeto activo está timando a varios, acumulando una cuantiosa suma, pero sólo siendo procesado por contravenciones!"; CSJ PENAL, sent. del 28.11.2002, J. GÓMEZ, en GJ, acta núm. 151, "[...] [a]sí las cosas, el engaño es único, como único también es el dolo en estos eventos, "porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único. [CSJ PENAL, sent. del 27.09.1995, e8942, D. PÁEZ; sent. 27.11.1996, e9308, C. MEJÍA; sent. 03.12.1996, e8874, C. GÁLVEZ; sent. 26.06.1996, e12591, M. MANTILLA, en *JD*, núm. 332, ago. de 1999, p. 1431].

normativo (en sentido amplio)³⁷. Ello es apenas obvio, porque el delito masa —como el delito continuado— constituye una forma especial de realización seriada del tipo penal patrimonial, que no solo admite una pluralidad cualificada de sujetos pasivos, sino que también exige un injusto unitario conformado por diversas lesiones progresivas producto de los actos realizados por el agente, mediante una unidad de acción amplia, cuyos actos ejecutivos sucesivos están dirigidos a afectar una colectividad. Unidad de conducta que implica desplegar una pluralidad homogénea de medios. En ningún caso se trata, entonces, de una reiteración de conductas diferentes, ni mucho menos de tipicidades distintas³⁸.

Sobre el particular, la jurisprudencia colombiana ha sido consistente con esta tesis. Así, la CSJ PENAL, sent. del 03.12.1996, e8874, C. GÁLVEZ, afirma: “[e]ntonces, por tratarse de una acción única, el dolo consecuencialmente también es único y no continuado, dirigido a la vulneración de un tipo penal que admite pluralidad de sujetos pasivos, y que con todos y cada uno de sus actos ejecutivos, y no acciones autónomas, totalizan la lesión final del bien jurídico (entendido como una unidad integrada por la pluralidad de intereses particularizados). Es decir, el delito abarca todo el episodio fraudulento dirigido sobre las personas que integran la colectividad y no sobre ésta entendida como ente abstracto. Lo que sucede es que la unidad de engaño empleado hacia la pluralidad de sujetos hace que el error se materialice en cada uno de los actos que integran los diversos momentos de ejecución, por lo que la cuantía del provecho ilícito corresponde a lo obtenido de todos los perjudicados”³⁹.

³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 204; VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 412. La jurisprudencia ha visto unidad de acción en algunos supuestos: SSTS de 31.05.1968 (RJ. 1968-2768) y del 25.11.1974 (RJ. 1974-4723); IBÁÑEZ GUZMÁN, “Fraudes..., *ob. cit.*, pp. 125 y 145.

³⁸ Sobre el particular, *vid.* CSJ PENAL, sent. del 03.12.1996, C. GÁLVEZ, en *JD*, t. XXVI, núm. 303, Bogotá, Legis, 1997, pp. 266 y ss.; STS. 13.11.1977 (RJ. 1977-4532), afirma: “el delito puede darse por una sola ideación y un solo acto ejecutivo; o como consecuencia del común y unitario acuerdo delictivo”. Posturas que conciben dicho delito como una modalidad de delito continuado agravado.

³⁹ También, CSJ PENAL, sent. del 29.06.1999, e12591, M. MANTILLA, en *JD*, núm. 332, ago. de 1999, p. 1431, indica: “[n]o se excluye del tipo penal de estafa la eventualidad de que el sujeto activo realice múltiples y repetitivos actos para la obtención de un solo propósito defraudador que se mantiene y materializa en el tiempo con fraccionados logros, lo que se infiere cuando se lee la conducta descrita en el artículo 356 del anterior código penal, ‘manteniendo a otro en error’. Así, se indica que el timador prosigue de manera

Igualmente, en la doctrina hispana LANDROVE DÍAZ sostuvo: “[n]o cabe duda que fue una sola acción cumplida por la procesada —la ilícita obtención del provecho ocurriría en un solo día—, con una finalidad única, en detrimento del ente abstracto único constituido por los usuarios de sus servicios de prestamista que resultaron afectados; que ejecutó esa conducta prevalida de lo que aparentaba ser el cumplimiento del objeto social de su actividad comercial autorizada por el Estado "Compraventa El Diamante" y, que desembocó en un verdadero fraude colectivo, no en múltiples pequeños e individuales fraudes, pues el simulado hurto al establecimiento en un solo día, constituía condición resolutoria de los múltiples contratos y liberaba a la procesada, también en ese día, de todas las obligaciones de retroventa vigentes para la fecha en que se ejecutó. Sin que la circunstancia de ser plural el sujeto pasivo desnaturalice el tipo penal en referencia, por cuanto resulta evidente que el sujeto activo contempló al grupo, como una unidad, diferenciada de los individuos concretos que la integran y que tienen el carácter de perjudicados, pues, se insiste, como lo destacan comentaristas de la figura, lo esencial de ella radica en que el "sujeto activo con unidad de propósito y planificación concibe como destinatarios, no a los sujetos pasivos singulares titulares de las participaciones que de cada una de ellas se pretende lograr, sino a la masa de todos ellos, productora del lucro conjunto y unitario que se persigue obtener"⁴⁰ (subrayado por fuera del texto original).

Y, en último lugar, se observa una postura mixta, en virtud de la cual se sostiene que no importa si el delito masa es realizado mediante múltiples

efectiva con su ardid con el fin de no despertar suspicacias en su víctima, la cual permanece en la ignorancia, a merced del delincuente para llevar a cabo su propósito por el tiempo que convenga necesario. [...] Es por esto que la jurisprudencia de la Corte ha venido ampliando su criterio de interpretación para con el delito de estafa en los casos en que es cometido contra múltiples ofendidos (lo que doctrinalmente se conoce como delito masa o fraude colectivo) por parte del timador. / Cuando el sujeto activo realiza a lo largo del tiempo múltiples actos constituyentes del delito de estafa, con el propósito de acrecentar su patrimonio a costa del detrimento del otro, incurre en una sola acción delictiva del tipo cometida mediante múltiples actos artificiosos o engañosos de ejecución, con los que mantiene el error de la víctima. /El engaño es único y también único es el dolo en estos casos, pues la materialización de cada acto no deshace el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único” (subrayado por fuera del texto original).

⁴⁰ Vid. LANDROVE DÍAZ, *Los fraudes...*, ob. cit., p. 42; REOL SUÁREZ, “El sujeto pasivo..., ob. cit. p. 28, al analizar la STS del 24.01.1933.

acciones o por una unidad de acción⁴¹, siempre y cuando: (i) éstas conductas y los efectos de las mismas se encuentren en una estrecha conexión espacio-temporal y resulten abarcadas por el plan criminal del agente, lo que permite predicar la unidad de conducta en sentido ontológico-normativo; y,

(ii) que se afecte una multiplicidad de sujetos pasivos que se puedan calificar como una generalidad de personas. Como es evidente, el bien jurídico vulnerado por este tipo de comportamientos debe admitir una afectación gradual y progresiva.

En cualquier caso, ninguna de estas elaboraciones admite aquellos supuestos en los que mediante una conducta única —concepto distinto a la unidad de acción—, se lesiona una pluralidad de sujetos pasivos o a una generalidad de personas⁴². Tampoco es usual aceptar dicha institución cuando esté precedida por una unidad de conducta en sentido estricto o unidad de acción natural⁴³.

En estos casos deberán aplicarse los supuestos previstos en la parte especial de los Códigos Penales, en particular el delito de estafa u otras figuras especiales, como sucede en la hipótesis del Art. 246 del Código Penal Colombiano referido a la defraudación en lotería, rifa o juegos, en los que se ven afectados múltiples sujetos (delito de Estafa) no determinados *ex ante* por el titular, sujetos sin más relación entre sí que la expectativa de ganar el premio⁴⁴.

⁴¹ Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 698; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 233 y 234; *id.*, “El delito masa...”, *ob. cit.*, p. 666.

⁴² Vid. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, 2ª ed., *ob. cit.*, p. 552: “[s]i la defraudación colectiva se produce mediante una sola acción, no podría aplicarse el Art. 74.2 CP. Estaríamos simplemente ante un concurso ideal homogéneo y todo lo más se podría aplicar la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, según el Art. 77 CP”; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 144.

⁴³ Cfr. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 713 (*Tratado*, p. 768) señalan que tales supuestos no constituyen un caso de unidad natural de acción; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 372. De hecho, para este autor “[e]l delito masa sería así un instrumento para unificar jurídicamente acciones que son plurales por responder a manifestaciones de voluntad independientes, aunque vengan precedidas de un plan preconcebido, que de otro modo no podrían sustraerse a las reglas del concurso real de delitos, pues los correspondientes tipos de la Parte Especial, previstos para hipótesis de unidad de acción, serían insuficientes para autorizar la suma de perjuicios a tal efecto”.

⁴⁴ En cuanto a las modalidades especiales de delito masa, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 134 y 135, elabora a título de ilustración una extensa lista de delitos

continuados o masa especiales previstos por el CP colombiano, a los cuales “[...] obviamente, no se aplica el incremento de la tercera parte, pues en virtud del principio de la especialidad y habida cuenta de que puede tratarse de una situación de concurso aparente, se les debe punir con la sanción señalada expresamente para ellas. Eso, justamente, sucede con los tipos previstos en los siguientes artículos, que de una o de otra manera tocan con las figuras objeto de análisis: 101 —que castiga como genocidio la conducta, que puede ser continuada, de quien ocasiona la muerte de los “miembros” de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político—; 102 [101.2, sic.] —que prevé modalidades atenuadas de genocidio cuando el agente realiza distintos “actos”, que pueden ser llevados a cabo de forma continua, encaminados a lesionar la integridad personal de los “miembros del grupo”, el “embarazo forzado”, el sometimiento a “condiciones de existencia” que acarreen la destrucción física del grupo, tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el sentido del grupo, y “traslado por la fuerza de niños”—; 102 —que pune la apología del genocidio, cuando se difundan “ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio”, o pretenden rehabilitar regímenes o instituciones que lo amparen—. Así mismo, 132 —que sanciona la manipulación de “genes humanos”; 133 —reprime a quien “genere seres humanos idénticos por clonación”, independientemente de que sea uno o varios—; 134 —fecundación de “óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana”—; 141 —obligación de “prestación de servicios sexuales” por parte de persona protegida en desarrollo de conflicto armado—; 142 —utilización de métodos o medios de guerra ilícitos—; 144 —realización de “ataques indiscriminados o excesivos” con ocasión de conflicto armado—; 145 —realización de actos de barbarie de diversa índole—; 146 —realización de “tratos...prácticas inhumanas o degradantes”, causación de “grandes sufrimientos” o sometimiento a “experimentos biológicos”—; 147 —ejecución de “prácticas de segregación racial... o tratos inhumanos”—; 152 —omisión de “medidas de socorro y asistencia humanitaria”—; 153 —obstaculización de “tareas sanitarias y humanitarias”—; 154 —destrucción y apropiación de “bienes protegidos”—; 155 —destrucción de “ambulancias o medios de transporte sanitarios”—; 156 —destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto—; 157 —ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas—; 158 —“represalias o ...actos de hostilidades” contra personas o bienes protegidos—; —deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de “población civil”—; 160 —atentados a la subsistencia y devastación—; 161 —omisión de medidas de protección “de la población civil”—; 162 —reclutamiento ilícito de “menores de dieciocho (18) años”—; 163 —exacción o contribuciones arbitrarias—; 164 —empleo de métodos o medios que causen daños “extensos, duraderos y graves al medio ambiente”; 170 —producción de “dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos” a una persona a título de tortura—; 180 —desplazamiento forzado de “uno o varios” de los miembros de un sector de la población—; 193 —ofrecimiento, venta o compra de instrumentos para interceptar comunicaciones privadas—; 198 —violación de la libertad de trabajo, con el “retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran”—; 199 —sabotaje en “herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas”—; 203 —daños o agravios a personas o cosas destinadas al culto—; 217 —estímulo a la prostitución de menores de edad—; 218 —pornografía con “menores de edad”—; 220 —realización de “imputaciones deshonorosas—; 246 —estafa “con perjuicio ajeno”, o valiéndose de “lotería, rifa o juego”—, 253 —alzamiento de bienes—; 261 —usurpación de tierras—; 262 —usurpación de aguas— 297 —acaparamiento—, 298 —especulación—, 299 —alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida—; 300 —ofrecimiento engañoso de productos y servicios—; 302 —pánico económico—; 316 —captación masiva y habitual de dineros—, etc.”. En realidad, muchos de estos eventos son verdaderas hipótesis de: (i) unidad de acción típica por actos iterativos o de sujeto pasivo u plural o colectivo (la sociedad, grupos sociales, éticos, religiosos, etcétera): 102 apología del genocidio, 132 manipulación de “genes humanos”; 133 “genere seres humanos idénticos por clonación”, 134 fecundación de “óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana”, entre otros; o (ii) tipos basados en conceptos simbólicos o verbos globales: Arts. 101 (genocidio), 141 “prestación de servicios sexuales”, 142 utilización de métodos o medios de guerra ilícitos, 144 “ataques indiscriminados o excesivos”, 145 realización de actos de

Para terminar, cabe afirmar que el delito masa implica una modalidad de delito único especial, que supone la existencia de una unidad de injusto y de acción en sentido amplio. Desde el punto de vista de dicha unidad, ello puede significar que preexiste una pluralidad de acciones complejas naturalísticas unificadas desde el punto de vista ontológico-normativo o que se trata de una acción cuya realización supone la ejecución fraccionada de diversos actos parciales sucesivos, todos ellos de naturaleza similar: es decir, una pluralidad de acciones (naturalísticas) o una sola acción (jurídica) constitutivas de la misma infracción típica. Lo importante es que no se trate de eventos de pluralidad jurídica de acciones independientes ni de acciones únicas.

C. UNIDAD RELATIVA DE TIPO PENAL INFRINGIDO. También, es necesario que los diversos actos parciales realizados por el autor, constitutivos de una unidad de conducta en sentido amplio, se adecuen desde el punto de vista formal y material como una unidad (normativa y social), al mismo supuesto de hecho penal o uno semejante, atendidos sus respectivos elementos objetivos y subjetivos⁴⁵. Así mismo, es necesario: (i) que los actos ejecutivos parciales realizados por el autor sean abarcados como una sola infracción típica objetiva; y (ii) una unidad material de injusto estructurada por el aumento progresivo del contenido de injusto (principalmente patrimonial) que conlleva la afectación del mismo bien jurídico, y no como una realización reiterada del tipo o una unificación artificial de una pluralidad de tipicidades.

Entre tanto, se discute si el delito masa exige que tales actos posean identidad relativa en su forma de realización “*modus operandi*”. Lo que no parece del todo indispensable, pudiéndose configurar la figura cuando el sujeto realiza distintas formas de artificio o mentira bastante para lograr

barbarie de diversa índole, 146 realización de “tratos...prácticas inhumanas o degradantes”, causación de “grandes sufrimientos” o sometimiento a “experimentos biológicos”, 147 ejecución de “prácticas de segregación racial... o tratos inhumanos”. Mas no delitos masa en sentido estricto, pues se repite, no toda pluralidad de afectados, víctimas, objetos implica un delito continuado en su modalidad masa.

⁴⁵ En la doctrina, CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 699, reclama la violación de la misma norma principal o de normas integrativas o complementarias conceptualmente comprendidas en ella, aunque formalmente separadas.

determinar el error de los miembros de la masa, siempre que ello no implique la quiebra de la identidad relativa de tipo. Esta podría ser la diferencia entre el delito masa y los eventos que, precedidos por unidad de acción natural o conducta única, suponen la aplicación de las normas especiales de la parte especial del CP, porque en estas hipótesis dicha identidad es obligada [STS del 10.05.1990 (RJ. 1990-3893), aunque insiste en la indeterminación de los sujetos pasivos]. Desde luego, esta característica no desvirtúa en su conjunto la exigencia del plan preconcebido o dolo unitario, pues la planeación del delito masa no requiere una metodología organizativa exacta sino, al menos, la determinación de una pluralidad de acciones artificiosas comunes que causen engaño a los sujetos.

D. UNIFORMIDAD DE SUJETO ACTIVO Y GENERALIDAD DE SUJETOS PASIVOS. Por lo que concierne al sujeto activo, esta figura delictiva debe ser realizada por el mismo agente (único o plural), que deberá realizar todos los actos parciales de principio a fin hasta completar el plan criminal; y ello debe ser así, pues el elemento subjetivo unitario o total —elemento subjetivo unificador— solo puede acreditarse cuando exista coincidencia de los partícipes en la confección y desarrollo ejecutivo del plan criminal. En este punto, basta lo dicho en materia de delito continuado.

A su turno, el sujeto activo debe afectar una pluralidad de sujetos pasivos, a diferencia del sujeto pasivo (simple) plural del delito continuado tradicional; las características del mismo son las siguientes: (1) En primer lugar, la pluralidad de sujetos afectados debe ser una masa o generalidad de titulares del mismo bien jurídico lesionado, es decir, una muchedumbre, un gran conjunto o un colectivo de personas. El principio que precede la distinción es claro: toda masa es una pluralidad de personas, pero no toda multiplicidad de entes es una masa. Sin embargo, deben abordarse dos temas adicionales sobre el particular: en primer lugar, si para efectos dogmáticos el delito masa requiere estructurar un único sujeto pasivo; y, en segundo lugar, si en verdad es necesario que en el sujeto pasivo masificado,

los integrantes pierdan su individualidad, como lo exigen las SSTS del 23.04.1982 (RJ. 1982-2113) y 12.12.1981 (RJ. 1981-5000)⁴⁶.

En efecto, en un comienzo la doctrina entendió —no obstante que el sujeto activo realizaba el delito fraccionado respecto a distintas personas, no conectadas entre sí o con una relación accidental— que éstas configuraban desde el punto de vista objetivo un único sujeto pasivo masa en sentido jurídico —a modo de una persona jurídica de hecho⁴⁷—, respecto a la consideración del delito patrimonial como una sola infracción penal. Además, parte de los expositores consideró necesario —desde un punto de vista subjetivo— que el autor del delito concibiera en su mente dicha pluralidad de personas como una unidad masificada⁴⁸, para calificar de esta forma el conocimiento del dolo propio de la figura. De igual manera, la doctrina también concibió el sujeto pasivo masa en sentido cuantitativo, es decir, como el continente de una generalidad de personas unificables desde la perspectiva normativa o como un ente colectivo jurídico unido por intereses comunes, mientras que los sujetos individuales se consideraron como meros sujetos sobre los que recaía la acción y/o perjudicados. En este sentido, se asimiló la institución a la estafa única cometida contra una

⁴⁶ Afirma esta sentencia: “[q]ue dichas cantidades al haber sido detraídas de una serie o masa de personas indeterminadas, previamente porque sus individualidades no interesaban especialmente al sujeto activo, pertenecientes a todas las clases sociales a través o mediante una serie de acciones ilícitas, cada una de las cuales constituiría un delito o falta contra un mismo precepto penal, si no hubieran sido comprendidas o abarcadas en un plan criminoso único o dolo conjunto, por lo que y aunque en su mayoría integren faltas, deben ser incardinadas en uno de los denominados por la jurisprudencia de esta Sala, delitos Masa o delitos de estafa con sujeto pasivo masa, que según puede deducirse de las Sentencias de este Tribunal de Casación, de 14 abril, 27 junio y 13 octubre 1967 (RJ 1967\1696, RJ 1967\2834 y RJ 1967\4532), 6 febrero 1970 (RJ 1970\888), 8 noviembre 1974 (RJ 1974\4170) y 20 febrero 1975 (RJ 1975\597), entre otras, existe en aquellos casos en los que un sujeto mediante una o varias acciones defraudatorias inspiradas en un designio criminal único, realizadas frente a una pluralidad de sujetos pasivos indiferenciados —que es lo que se denomina sujeto pasivo masa— y movido por un ánimo de lucro que abarque el importe total de lo percibido ilegalmente, con un propósito unitario de enriquecimiento, como sucede en el caso que nos ocupa, en el que si bien tales acciones de venta constituyesen por sí mismas simples faltas de estafa, al haberse lucrado el recurrente de una cantidad superior al 1.000.000 de ptas. [...]”.

⁴⁷ Cfr. REOL SUÁREZ, “El sujeto...”, *ob. cit.*, p. 28, advierte que se trata de un grupo social a modo de una persona jurídica a la que “[...] faltan aquellos requisitos formales necesarios para su constitución, pero la esencia jurídica es la misma”; SAINZ CANTERO, “El delito masa”, *ob. cit.*, pp. 674 y 675.

⁴⁸ Sobre la importancia de dicha unificación subjetiva, *vid.* SAINZ CANTERO, “El delito masa”, *ob. cit.*, pp. 674 y 675.

persona jurídica de derecho, como quiera que la base material fuera la misma.

Así mismo, al faltar el requisito jurídico de la personalidad de derecho, esta particular forma de comisión del delito se estructuró como un delito colectivo impropio, ello es, un evento en el cual —a pesar de que el mismo bien jurídico personal se afecta múltiples veces desde la perspectiva estructural, respecto de una pluralidad de personas— el bien jurídico que termina afectado es uno radicado en una generalidad o colectividad relativa. Por ello, REOL SUÁREZ sostuvo: “[p]or ello resulta de estricta justicia y de equidad la teoría que sostenemos de que a quien se defrauda es a un sentimiento único colectivo, a una fe colectiva y a unos intereses económicos también colectivos, porque el daño repercute, indudablemente, sobre ese mercado que funciona a base de buena fe y que acechado por los malos proceder es sea cualquiera el lado por el que se ha atacado, sufre en su funcionamiento./ Se dan a nuestro entender, todas las condiciones de un solo delito, un grupo social que es el engañado y al que se dirige la acción delictiva, una cantidad total que es precisamente la que buscaba el sujeto activo del delito, y no las dos pesetas en sí de la aportación individual, sino la totalidad de las cantidades dadas por la “masa”, y una ocasión también única, el mercado [...]”⁴⁹ (subrayado por fuera del texto original).

A pesar de esta interesante tesis, algún sector criticó esta postura, porque en aquellas hipótesis en las cuales el sujeto activo realiza —de manera conjunta— el delito patrimonial contra una generalidad de personas, incluso identificables, es muy discutible —se afirma— que tal masa o colectividad unitaria pueda ser objeto idóneo de inducción a error, máxime si se tiene en cuenta que la inducción y el error son causa y efecto de naturaleza personal⁵⁰. Por el contrario, otro sector de la jurisprudencia consideró posible el empleo de medios comunes en varias oportunidades que permitan, mediante artificios o engaños únicos o generalizados, la inducción o el mantenimiento del error sobre una masa de personas, a partir de lo cual el

⁴⁹ REOL SUÁREZ, “El sujeto...”, *ob. cit.* pp. 23 y 24.

⁵⁰ Al respecto, *cf.* CEREZO MIR, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 301. En contra: STS 2273 del 01.12.2002 (RJ. 2002-2464), que admite la existencia de un engaño generalizado.

sujeto activo podría aprovechar tales errores individuales y obtener como resultado los beneficios económicos (ilícitos) respectivos (CSJ PENAL, sent. del 29.06.1999, e12591, M. MANTILLA; sent. 03.12.1996, e8874, C. GÁLVEZ⁵¹; sent. 12.05.2004, e1715, A. GÓMEZ y E. LOMBANA).

En cualquier caso, esta concepción no es necesaria en la actualidad, por lo menos cuando se plantea que la unidad de sujeto pasivo no es un elemento esencial del delito continuado y es razonable mantener la individualidad de los sujetos pasivos, dentro de la generalidad de personas afectadas que exige la figura. Ello, sin alcanzar el extremo de reconducir esta exigencia a un sujeto ficticio masificado no individualizado. No parece razonable introducir una exigencia sustantiva derivada de necesidades procesales *ex post* —la imposibilidad de individualizar a los sujetos pasivos—, cuando la moderna técnica procesal y el principio constitucional del debido proceso exigen aplicar la regla del *in dubio pro reo* en estos casos. Por lo demás, esta figura ya subsiste como agravante del delito continuado, cuando los sujetos pasivos sean plurales a modo de una generalidad en sentido criminológico.

Por tal motivo, hoy se puede sostener una estructura contraria, del siguiente modo: (i) El delito masa implica una pluralidad de sujetos pasivos individuales, cada uno titular de su propio bien jurídico personal, sin que sea necesario que tengan o no intereses comunes entre sí; (ii) La multiplicidad puede ser individualizada *ex ante* o no, pero siempre debe ser especificada *ex post*; (iii) La pluralidad de personas debe tener la característica de una masa o generalidad, pues dicha masa como ente jurídico ficticio es el sujeto sobre el cual recae la acción y en relación con el que se despliegan los medios generalizados; en este orden de ideas, no se configura un sujeto pasivo ficticio sino real, pero se condiciona la apreciación del delito a una

⁵¹ En dicha providencia, la CSJ PENAL de Colombia señala: “[a]dmitir que la ley se limitó a regular como estafa únicamente aquellas conductas defraudadoras desarrolladas en el ámbito de una relación directa, personal y física entre dos individuos sería equivocado. Tal interpretación estaría partiendo de un casuismo que no es propio del Código Penal vigente, desconociendo así la descripción misma del delito, el cual no limita los artificios y engaños generadores del error en la víctima, más bien, posibilita una diversidad de modalidades en su ejecución, sin dejar de lado el propio ingenio del timador, que es consustancial a la defraudación engañosa”.

especial forma modal: proceder sobre una masa o generalidad de sujetos pasivos afectados por la acción del sujeto [CSJ PENAL, sent. del 27.09.1995, e8942, D. PÁEZ⁵²]. Y, para concluir, (iv) el delito masa se aplica si existe una diversidad de perjudicados calificable como una masa desde el punto de vista jurídico.

Pero ello, en modo alguno significa que la masa deba ostentar la calidad de perjudicada o titular del bien jurídico, ni que las personas —como verdaderos sujetos pasivos— se conviertan en simples sujetos intrascendentes sobre los cuales recae la acción delictiva defraudadora. Sobre el particular, la CSJ PENAL, sent. del 03.12.1996, e8874, C. GÁLVEZ, sostuvo con toda razón: “[...] el hecho de que la identidad de cada uno de los sujetos que conforman la colectividad no sea inicialmente determinada por el autor, no significa que la acción no recaiga sobre personas singularizadas. En estos casos la conducta engañosa no va dirigida a un grupo de personas indeterminadas y abstractas sino, por el contrario, al que previamente se ha limitado con conocimiento pleno de las circunstancias tiempo-espaciales, modales y personales de sus integrantes, a quienes se quiere inducir en error. / [...] Siendo entonces diversos los sujetos pasivos a quienes va orientada la acción engañosa, el logro del fin propuesto exige la elección de unos medios idóneos para lograrlo. Así, el timador realiza una multiplicidad de actos dirigidos a cada uno de los integrantes de la colectividad, pues no se está estafando al ente abstracto como tal (la colectividad es sólo una ficción, no es una persona, no es cabeza de un patrimonio como tal), ya que la inducción en error y la desposesión del patrimonio económico ajeno se logra a través de las personas que conforman esa ficción” (subrayado por fuera del texto original).

⁵² Dicha providencia indica: “[...] La procesada tenía una sola intención en mente, era una sola acción, no importa que el sujeto pasivo en verdad sean muchos individuos, pues ella los veía como un grupo, víctima de su actuar”. CSJ PENAL, sent. del 25.10.1971, en *GJ*, T. CXXXIX, núm. 2346-2351), Bogotá, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1957, pp. 409-418. Con importante salvamento de voto, *ibidem*, pp. 432 y ss. en el que se advierte: “[...] para que se tipifique el delito de estafa, no se requiere un sujeto pasivo concreto y actualmente determinado. Basta, como en el caso de autos, que sea conocido en su pluralidad determinable”. *Vid.* la STS 167 del 21.02.2006 (RJ. 2006-898), en la cual, la acción no se dirige contra una masa, sino sobre una persona individual (sujeto sobre el cual recae la acción) pero en perjuicio de una pluralidad de personas.

Ahora bien, el otro aspecto mencionado implica precisar con claridad cuándo una pluralidad de sujetos —con o sin vínculo entre sí— se convierte en una masa o generalidad de personas. Tal distinción cobra relevancia para ubicar la serie delictiva como un delito continuado tradicional o como prerequisite para aplicar la punibilidad agravada del delito masa, siempre que el hecho sea de notoria gravedad. Al respecto, la jurisprudencia del TS niega la configuración del delito masa en defraudaciones patrimoniales que no superen nueve (09) sujetos pasivos indeterminados [SSTS. 218 del 02.03.2006 (RJ. 2006-2181), 1111 del 22.07.2003 (RJ. 2003-6351)]. En contra: STS 2273 del 01.12.2000 (RJ. 2000-2464), en la que casa la sentencia por no aplicar el instituto del delito masa en un caso de estafa inmobiliaria con más de 30 perjudicados]. En Colombia, dicha determinación se guía por la regulación ordinaria del delito de captación masiva y habitual de dineros, que exige una cantidad mínima de 20 personas del público, según núm. 1 del Dto. 2920 de 1982, mod. Dto. 1981 de 1988, Art. 1.^{o53}.

(2) En segundo lugar, dicha masa o generalidad puede ser heterogénea; en otras palabras, no tiene por qué ser uniforme. En efecto, el delito continuado exige que la unidad o la pluralidad de sujetos afectada por los diversos actos parciales sea la misma desde el comienzo hasta el final, mientras que en el delito masa tal uniformidad es incompatible con la diversidad que resulta inherente al concepto de masa. Y ello es así, porque el sujeto, al realizar cada una de las diversas actuaciones parciales, puede afectar a una persona o

⁵³ “De acuerdo con la preceptiva mencionada, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual, en uno cualquiera de los siguientes casos: “1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona. “Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios. / “2. Cuando conjunta o separadamente haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido y contra reembolso de un precio. / “Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta”.

a varias al tiempo (de manera instantánea o sucesiva) y, en todo caso, a individuos o entes diferentes entre sí con cada parcialidad. Como es evidente, la masa no tiene que ser conformada por el autor mediante un solo acto, aunque en este caso no se estará enfrente a la figura masa tradicional, sino ante una figura masa propia del delito de estafa, como una de sus posibles configuraciones desde la perspectiva de la parte especial del Derecho penal.

(3) En tercer lugar, algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia admiten la posibilidad de que tal masa o colectividad amorfa de sujetos sea indeterminada; o, lo que es lo mismo, que los sujetos pasivos sean indiferenciados⁵⁴ tal y como se exigió, en principio, según la clase de oferta engañosa y la modalidad de fraude colectivo, o bien porque sus individualidades no resulten de especial interés para el sujeto activo que actúa sobre la generalidad y no sobre la individualidad [SSTS 26.02.1954 (RJ. 1954-502)], 23.04.1982 (RJ. 1982-2113), 12.12.1981 (RJ. 1981-5000) y del 22.04.1980 (RJ. 1980-1466), 01.06.1990 (RJ. 1990-4966), 08.05.1991 (RJ. 1991-3604), 07.10.1992 (RJ. 1992-7942), 13.07.1993 (RJ. 1993-5925), 19.10.1993 (RJ. 1993-7798), 04.04.1994 (RJ. 1994-2871), 1111 del 22.07.2003 (RJ. 2003-6351), entre otras].

Por tal razón, la indiferenciación de los sujetos es uno de los motivos que permiten afirmar la inseguridad jurídica a la hora de la aplicación del delito masa, por dos razones: en primer lugar, porque es inaceptable resolver los casos jurídicos mediante la aplicación contingente de esta figura o del concurso real, según la identificación o indeterminación probatoria de los sujetos afectados en el proceso penal; y, en segundo lugar, porque la indeterminación de los sujeto no implica ningún cambio en el grado de injusto, como para justificar la mayor penalidad que en el plano teórico

⁵⁴ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 871; PABÓN PARRA, *Manual...*, ob. cit., p. 237. En este sentido, la STS 1111 del 22.07.2003 (RJ. 2003-6351), dice: “[l]a jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el término generalidad como sinónimo de mayoría, muchedumbre, de «casi totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o todo sin determinación a persona o cosa particular» (DRAEL) y por ello no es de aplicación cuando, como en este caso, los sujetos pasivos no sólo están determinados, sino que incluso no resultan en un número excesivo, como es el caso en el que los perjudicados son nueve”.

supone la normativa del concurso real. En realidad, el perjuicio total causado con la infracción es el criterio que define la punibilidad del delito masa; así, la STS del 22.04.1980 (RJ. 1980-1466) indica: “[...] lo que supone, según la sentencia de esta Sala de 28 marzo 1974 (RJ 1974\1468), la contemplación de tres delitos «únicos» de fraude colectivo «en perspectiva de interpretación no sólo jurisprudencial sino auténtica»; y no es óbice o contradice esta afirmación el hecho de que exista, salvo en el tiempo, una perfecta individualización de los perjudicados y de las cantidades defraudadas”.

En síntesis, resulta mejor entender que el delito masa es una realidad y no una ficción jurídica. Por ello, quienes sustentan la teoría de la ficción se ven forzados a reconocer que esta figura depende de la determinación de los sujetos, dicho lo cual este criterio se convierte en algo caprichoso y gaseoso desde el punto de vista de la unidad y la pluralidad de acciones. Sin duda, es una exigencia retardataria que exaspera la aplicación de la normativa concursal sin ningún sentido y que otorga a la institución un fundamento procesal, en cualquier caso discutible.

E. UNIDAD DE BIEN JURÍDICO. En último lugar, la legislación española de 1995 exige que los actos parciales que estructuran la conducta continuada masificada vulneren un mismo bien jurídico tutelado que, tal y como lo señala el Art. 74, num. 3, no debe ser «altamente personal». Además, se exige en particular que: (i) el bien jurídico lesionado según el Art. 74.2 sea de naturaleza patrimonial, porque es allí donde dicha legislación penal enmarca la figura del delito masa⁵⁵; y, (ii) que la lesión del bien jurídico

⁵⁵ Cfr. ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 296; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 235. No toda la doctrina está de acuerdo con esta postura. Así, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, “De los delitos informáticos al cibercrimen, Una aproximación conceptual y político Criminal”, en AA.VV. *El cibercrimen, Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Estudios Derecho Penal y Criminología, núm. 787, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2006, p. 27, sostiene: “[e]l recurso a procedimientos de las TIC automatizados para lograr ese efecto multiplicador respecto a los sujetos pasivos no se ve obstaculizado por la exigencia legal de un elemento subjetivo específico en el delito masa («en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión»), pues el sujeto es consciente y quiere aprovecharse precisamente de tales recursos repetitivos automatizados. Es más, precisamente estas características comisivas del hecho anudan y

tutelado “revista notoria gravedad”, es decir, que exista un daño patrimonial global considerable o “grave” desde el punto de vista cuantitativo, por lo que se refiere al sujeto pasivo total y a la calidad del objeto sobre el cual recae la acción (valor histórico, primera necesidad, beneficio común, etcétera). Ello, sin considerar la cualidad de las víctimas o su patrimonio individual (porque ello implicaría confundir el perjuicio económico causado con la cuantía de la infracción).

En cualquier caso, la naturaleza no “eminente personal” del bien jurídico y la posibilidad de afectación gradual del mismo permiten que la concurrencia de personas distintas, en una masa de sujetos, no suponga exigir también una diversidad de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro; en otras palabras, la pluralidad de sujetos no implica la quiebra de la unidad de bien jurídico. En fin, se reitera, debería descartarse como requisito esencial para configurar el fraude colectivo, la exigencia de un engaño común dirigido y aplicado a una masa **indeterminada de personas**, pues estas pueden ser perfectamente determinadas o determinables.

De otro lado, la CSJ PENAL, sent. del 25.07.2007, e27383, ha señalado que el delito masa está limitado a las hipótesis criminales que afectan el bien jurídico patrimonio económico, pese a que las normas penales colombianas no obligan a dicha restricción interpretativa. Ello supone que la Corte, atendida la naturaleza fraudulenta de la figura, restringe la operatividad de la figura sin considerar que el fraude, como modalidad de realización del tipo, puede presentarse en diversidad de delitos contra otros bienes jurídicos — sobre todo colectivos o socio-económicos— que, por su naturaleza jurídica, no se oponen a la realización masificada del comportamiento único.

En síntesis, se puede afirmar lo siguiente:

(i) El delito masa es una especie agravada del delito continuado patrimonial —en España— o de delitos continuados que afecten bienes jurídicos incluso de naturaleza colectiva —en Colombia—, como el orden económico social.

fortalecen la cualidad indiciaria del elemento subjetivo legalmente requerido, así como la identidad —más que semejanza— del precepto infringido”.

(ii) Dicha relación de género a especie supone diferencias, así: a) el conocimiento del dolo global o continuado debe contar con la representación de que se defrauda a una pluralidad de personas calificable como una generalidad; ello es, el sujeto se debe representar dicha pluralidad como una masa. b) La masa o generalidad es una pluralidad calificada según los ordenamientos jurídicos; en Colombia, por ejemplo, se ha entendido que la pluralidad debe superar veinte (20) personas, en delitos como la captación masiva y habitual de dineros, calificación generalmente objetiva. c) No es razonable exigir hoy la indeterminación procesal de las personas como un criterio para la aplicación del delito masa, al menos si se afirma que esta figura comparte los requisitos fundamentales del delito continuado. De hecho, es discutible aseverar que el delito masa supone que el sujeto activo no tenga conocimiento, contacto o incidencia directa en cada uno de los sujetos que componen la masa o generalidad de personas sobre la cual se desarrolla la acción defraudadora.

La extrapolación de éstas categorías, por lo que se refiere al Derecho penal moderno, no tiene sentido a partir del sujeto pasivo, pues en ambas instituciones se admite la pluralidad, aunque en el delito masa debe tratarse de algo más, ello es, una generalidad o un conglomerado de personas. Desde luego, el delito continuado se puede apreciar también cuando el autor planifica su acción desde el principio sobre una pluralidad individualizada de sujetos que, concebidos como una masa desde el punto de vista subjetivo, también resultan calificables como una pluralidad en sentido jurídico objetivo⁵⁶.

(iii) El delito masa —desde el punto de vista teórico— puede cumplir un papel mucho más importante que el asignado en la actualidad, pues puede cubrir otros supuestos distintos a los delitos continuados patrimoniales. Ello no significa que esta sea una institución sustantiva por completo autónoma, aunque tenga rasgos particulares que la distingan del delito continuado

⁵⁶ En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 373.

tradicional. Tampoco, se trata de una simple regla penológica aplicable a los delitos continuados patrimoniales⁵⁷.

(iv) El delito masa (como modalidad del delito continuado) es un supuesto de unidad delictiva precedido por una unidad de acción en sentido amplio y por una unidad típica (unidad de dolo global o continuado y unidad de injusto penal). En consecuencia, se aplican las respectivas normas de la parte especial del CP, cuando dicha unidad está precedida por una unidad de acción en sentido estricto (unidad de acción natural), una unidad típica de acción o una acción única; en estos casos no se habla de delito continuado o masa, sino de delito único propiamente dicho. Los demás eventos deben ser tratados como hipótesis de pluralidad de tipicidades en el marco de las figuras concursales.

v) Para terminar, no se debe confundir el delito masa, como modalidad de delito continuado patrimonial, con aquellas agravantes que suponen un incremento de injusto particular respecto de ciertas hipótesis delictivas, aun cuando las mismas sean de naturaleza patrimonial e impliquen una pluralidad de personas; es decir, no todo delito patrimonial o socioeconómico plurisubjetivo es un delito masa.

IV. LA PUNIBILIDAD DEL DELITO MASA

A. EN ESPAÑA. Como se indicó antes, la figura del delito masa en el CPE/1995 se manifiesta como una modalidad inequívoca del delito continuado de jaez patrimonial, que en razón de su especial gravedad cuenta con un sistema punitivo específico, que se aplica de la siguiente forma: En primer lugar, el Art. 74, apt. 2.º, inc. 1.º, dispone que la pena se individualiza con base en el perjuicio total causado con la infracción. De este modo, el operador jurídico debe determinar de manera preliminar la cuantía total del perjuicio causado con la unidad delictiva y totalizar la suma del valor de lo causado, sustraído o defraudado por el sujeto activo. De ello depende, entonces, la calificación jurídica de la conducta continuada masa

⁵⁷ Cfr. *ibídem*, p. 440.

como delito o como falta del mismo o similar supuesto de hecho y, en consecuencia, según los Arts. 234, 236, 244, 249, 252, 253, 254, 255 y 256 en concordancia con el Art. 623 mod. LO 15/2003, la pena proporcional a imponer a la única infracción punible⁵⁸. De todas maneras, esta regla es aplicable cuando se afecte una pluralidad de personas que no constituyan una “generalidad”.

En segundo lugar, en el apt. 2.º *ibídem* el legislador prevé que, en tratándose de una figura cuyos efectos lesionen el patrimonio de una masa o de generalidad de personas, el juez “impondrá”⁵⁹ en forma motivada la pena agravada, ello es, la “superior” a la imponible en uno o dos grados según la extensión que considere adecuada, siempre y cuando el delito sea de “notoria gravedad”. En este caso, adviértase, se aplica el sistema de absorción agravada en vez del sistema de exasperación, por lo cual se le da especial relevancia al desvalor de resultado. Dicho esto, puede afirmarse que la regla del Art. 74.2 constituye un complemento al sistema general de punibilidad de la continuación patrimonial. Además, dicho régimen de punibilidad niega relevancia punitiva a los hechos tentados, porque estos no concretan un resultado patrimonial que implique el apoderamiento o la defraudación (como resultado material acumulable) en los delitos patrimoniales⁶⁰, al quedar estos abarcados por las infracciones consumadas (subsidiariedad material). De igual forma, no se mencionan de modo expreso las faltas masa continuadas.

Como es evidente, en el delito-masa no se puede aplicar la pena dispuesta en el apt. 1.º del Art. 74 (la pena señalada para la infracción más grave [...] en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado), pues dicha regla es incompatible y excluye la agravante

⁵⁸ *Vid.* STS del 23.12.1998. (RJ. 1998-990), afirma que, para la tipicidad del delito, debe evaluarse primero el perjuicio total causado.

⁵⁹ A partir de tal expresión, la doctrina considera que en estos casos la agravación de la pena es obligatoria —no automática—. Al respecto, *vid.* MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª, *ob. cit.*, p. 540: “[I]legados al delito masa (regla 2ª), la pena también deberá establecerse en base al perjuicio total causado y llevarse, obligatoriamente, a la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que se estime conveniente; es decir, la agravación es obligatoria, pero se deja al arbitrio subir un grado o dos y, asimismo, la extensión concreta de la pena dentro del grado elegido”.

⁶⁰ *Vid.* CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, p. 143.

facultativa en uno o dos grados que puede imponer el juez sobre la pena base, prevista en el inc. 1.º del apt. 2.º del Art. 74, que sigue el criterio del perjuicio total causado con la infracción. De todas maneras, ya se ha mencionado que en los eventos patrimoniales tentados es imposible verificar cual es la pena más grave entre las concurrentes, salvo que se trate de hipótesis simples y modificadas. En fin, de aplicarse la primera regla [CP, Art. 74.1], no sólo se desconocería la naturaleza estrictamente patrimonial del delito masa, se ignoraría la regla del apt. 1.º del num. 2 *ibídem* sino que, algo todavía más grave, se contradiría el principio de legalidad, amén de que tal proceder conllevaría graves infracciones al principio de “*ne bis in ídem*”. El tema se abordará en el acápite destinado a la punibilidad.

B. EN COLOMBIA. Como se mencionó al comienzo, el ordenamiento penal dispone de una regla penológica que asimila, salvo las figuras consagradas de forma expresa en la parte especial del CP, los eventos de delito continuado y masa, con la pena imponible a la infracción típica, agravada en una tercera parte [Art. 31, Par.], tema sobre el que se volverá en el capítulo destinado al examen de la punibilidad. Por supuesto, en principio, el legislador debió introducir un factor modificativo del marco penal específico que, como ocurre con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en el Art. 58, permitiese al juez individualizar la pena concreta en estos eventos, de forma potestativa y motivada, a partir del límite mínimo de los cuartos medios del margen de la pena respectivo, conforme lo establece el Art. 61 *ibídem*⁶¹. Por lo demás, no existe una tabla que permita medir con precisión y en abstracto la gravedad del injusto y la culpabilidad de todas las hipótesis de continuidad delictiva, al punto que un delito continuado patrimonial ordinario, por ejemplo, podría suponer un mayor perjuicio económico que uno masa y viceversa. Así, pues, el juez, al imponer la pena concreta a la infracción [CP, Art. 61 mod. L. 1142/2007], debe tener en cuenta los principios consagrados en el Art. 3.º del CP, es decir, los postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

⁶¹ Sobre dicho procedimiento *vid.* POSADA MAYA y OTRO, *El sistema...*, *ob. cit.*, pp. 415 a 431.

Capítulo Octavo

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL DELITO CONTINUADO

I. ASPECTOS SUSTANTIVOS

Una vez completado el análisis de las disposiciones penales vigentes sobre el delito continuado tanto en España [CPE, Art. 74] como en Colombia [CP, Art. 31, par.], luego de haber tratado el asunto relativo a la naturaleza de *lege ferenda* y *lege data* para cada legislación, y, una vez precisadas las diferencias dogmáticas entre la continuación y otras instituciones en el marco de las teorías del delito y las consecuencias penales, resulta pertinente examinar algunas cuestiones polémicas señaladas por la doctrina y la jurisprudencia que están vinculadas con los efectos prácticos de la aplicación del delito continuado. Es de anotar que las manifestaciones de dicho tratamiento jurídico, que pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro, son fundamentales para verificar si el legislador penal ha sido coherente en cada caso concreto, al momento de asumir una determinada postura en relación con la naturaleza y la punibilidad de la institución.

Además, la solución de los problemas que plantea el delito continuado implica considerar las distintas teorías desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia. Así, por ejemplo, si la continuación delictiva se considera una realidad ontológico-normativa, su tratamiento jurídico debe desenvolverse para todos los efectos como una unidad delictiva; mientras que si se considera una ficción jurídica relativa, ésta podrá limitarse en algunos casos para anular de forma alternativa la penalidad unitaria y dar cabida a la penalidad del concurso de tipos¹ o mantener dicha unidad sólo para algunos efectos sustantivos. Esta ambivalencia en el tratamiento jurídico es, pues, uno de los puntos más conflictivos del delito continuado. Desde luego, muchas de estas posturas no son acogidas por la doctrina mayoritaria o la jurisprudencia, según el país analizado.

¹ Vid. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 183 y 184.

A. EL DELITO CONTINUADO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

1. El principio de legalidad “stricto sensu”. El problema de la vulneración de este axioma² ha sido, desde el comienzo de la evolución de la figura, un punto esencial por resolver para la doctrina y la jurisprudencia en el estudio del delito continuado, en particular en España hasta 1983, Colombia (2000) y en la actualidad en Alemania. En efecto, en un primer momento, las críticas de la doctrina señalaron que la aplicación del delito continuado transgredía el principio de legalidad en su modalidad de reserva, recurrible incluso en amparo constitucional, pues al no estar comprendida de forma expresa la figura en la legislación penal española, su aplicación judicial —análogica *in malam partem*—, se convertía en una verdadera quiebra de las garantías básicas del Derecho penal, en especial de la taxatividad y de la certeza que deben presidir todas y cada una de las alternativas punitivas dispuestas por la legislación, para resolver los conflictos delictivos que lesionan de manera grave los bienes jurídicos de los asociados³. No empero, una vez incorporada la figura al derecho positivo en la reforma urgente y parcial de 1983, habiéndose pronunciado el Tribunal Constitucional español mediante sent. núm. 89 del 02.11.1983 en pro de su legitimidad de cara a la Constitución de 1978 y, en fin, al ser ratificada en el CPE/1995, las críticas en tal sentido resultan matizadas, siempre que la institución no se aplique en desmedro o en perjuicio punitivo de los procesados.

Desde luego, la polémica no cesó con dichos pronunciamientos ni con la incorporación del instituto en la legislación, por la sencilla razón de que su aplicación era ambivalente. Vistas así las cosas, la crítica por la vulneración del principio de legalidad se reforzó en otros aspectos, sobre todo en lo que concierne a la legalidad de la pena aplicable en algunos supuestos de jaez patrimonial, cuando se concreta la posibilidad de aplicar la sanción correspondiente al grado de injusto de una figura delictiva continuada a una falta continuada, en virtud del perjuicio total causado con la infracción,

² En general, *vid.* BERND SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechts theoretische und Verfassungrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, WdeG, 1978.

³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en *REDC*, año 4, núm. 10 (ene.-abr.), 1984, pp. 26 y ss.

aspectos que han sido solventados de alguna manera por la jurisprudencia y la doctrina posterior.

Hoy en día, salvo algunas consideraciones aisladas en relación con el punto anterior, se puede afirmar con cierta seguridad que el delito continuado y sus múltiples variantes jurídicas como el delito masa, gozan de una estable legitimidad formal al menos en España, Colombia e Italia. Ello, desde luego, sin perjuicio de espacios de incertidumbre científica, algo natural en la figura, como ocurre también con otras instituciones jurídico-penales contemporáneas que han sido trabajadas a profundidad por la moderna ciencia del Derecho penal.

2. La continuidad contravencional. Un primer problema a tratar es el atinente a si el Art. 31 del CP/2000, al utilizar la locución “Delitos continuados y masa”, cobija también a las contravenciones especiales que el legislador pudiese prever en la legislación penal complementaria. En principio, desde un punto de vista puramente formal y positivo atendida la clasificación que prevé el Art. 19 *ibídem* (delitos y contravenciones), el “delito continuado” no comprendería en el mismo ámbito normativo a las contravenciones especiales que quedarían por fuera de la aplicación material de la figura legal. Esta consideración inicial también tuvo algún apoyo incidental en la Ley de pequeñas causas [L. 1153/2007, declarada inexecutable por la Corte Constitucional, sent. C-879/2008], que revivió de forma controvertida las contravenciones penales, como modalidades menos graves de conductas punibles; en ella, apenas ver, el Art. 4.º reguló de forma expresa el “concurso de conductas contravencionales” de manera similar al concurso de delitos previsto en el Art. 31 del CP/2000, con una excepción: no incluyó el par. que consagra el delito continuado y el delito masa.

Por supuesto, tal interpretación formalista de la institución no tendría una verdadera justificación material, al menos, por varias razones: En primer lugar, porque rompe una tradición pacífica en la doctrina penal que admite la continuidad contravencional sino, también, porque todo indica que el legislador, al utilizar la locución “delitos continuados y masa” en el Par. del Art. 31, lo ha hecho con base en la terminología usual en la doctrina para

denominar tales instituciones en un sentido científico e incluye, como es apenas lógico, todos los posibles “eventos” que puedan configurar el instituto; en este espacio de “eventos”, por supuesto, se deben incluir desde una perspectiva teleológica las hipótesis contravencionales que pueda consagrar el legislador penal, sin olvidar que su diferencia con los eventos delictivos si acaso es cuantitativa, como ya se ha dicho antes.

En segundo lugar, porque sería irrazonable y desproporcionado admitir [CP, Art. 3.º], a partir de una comparación penológica de los marcos y sistemas punitivos abstractos que deben presidir ambas modalidades de infracción, por un lado, la imposición de una pena en lo posible menor como la continuada para las hipótesis delictivas; y, por otro, sancionar las contravenciones especiales —menos graves por voluntad legal— mediante la normativa concursal, que de ordinario en el contexto de la teoría de las consecuencias jurídicas implica una sanción más severa. Por ello, justo es decirlo, la fórmula punitiva del Par. del Art. 31 se refiere a “la pena del tipo respectivo” y no a la pena del correspondiente delito o contravención. También el CPM [L. 522/1999] se refiere al “hecho punible unitario o continuado”.

Así las cosas, se puede afirmar que el legislador colombiano ha querido exigir, como condición de merecimiento de la penalidad continuada, no una uniformidad normativa de infracciones (delito-delito o contravención-contravención), sino una unidad típica relativa, referida a la materialidad de la conducta y a la uniformidad de lesión de los bienes jurídicos tutelados.

En tercer lugar, porque el delito continuado constituye una modalidad de comisión del delito único, tal vez agravada en el CP [Art. 31, par.] y simple en el CPM [Art. 32]. Dicho lo cual, un argumento orientado a desconocer la aplicabilidad del delito continuado o masa conllevaría, al mismo tiempo, el absurdo sistemático de negar la aplicabilidad de otras agravantes o atenuantes genéricas del marco penal punitivo contravencional, como, por ejemplo: las situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; la ira o el intenso dolor; entre otras, consagradas en la parte general del CP. Recuérdese que el delito continuado, al menos en el presente escrito, se

concibe como un hecho unitario delictivo o contravencional, cuya unidad de acción progresiva admite fragmentaciones ontológicas parciales activas u omisivas. Entre tanto, debe señalarse que este punto es pacífico en la doctrina penal española, que admite sin inconvenientes la continuación de faltas. Así lo indica el Art. 74 del CP, mod. LO. 15/2003, cuando dice: “[...] será castigado como autor de un delito o falta continuados [...]”.

Otro punto de discusión relevante es si un delito continuado puede configurarse o no como una infracción de naturaleza mixta, ello es, compuesto al mismo tiempo por supuestos individuales delictivos y faltas o contravenciones especiales.

Una primera aproximación a esta cuestión, exige precisar el ámbito normativo en el que este dilema teórico tendría relevancia práctica. Por lo que concierne a la legislación penal española, tal espacio estaría marcado sólo por las conductas punibles que al tener prevista su análoga modalidad delictiva, constituyan faltas patrimoniales y socioeconómicas [Arts. 623 mod. LO 15/2003 y ss.], o atenten contra los intereses generales [Arts. 629 y ss.] y el orden público [Arts. 633 mod. LO 15/2003 y ss.]; solo en estos casos, pues, es posible verificar la dualidad delito-falta que apunta la discusión. No así en las faltas contra las personas [Art. 617 mod. LO 15/2003 y ss.], porque en estos casos, dada la calidad del bien jurídico “eminentemente personal”, sería impensable predicar la continuación tal y como lo impone el Art. 74.3 del CPE.

Esta solución no es problemática en el ordenamiento penal colombiano, pues, si en la comisión de un delito continuado uno de los actos parciales reviste el carácter de contravención penal, esta deberá quedar incluida en el supuesto de hecho principal, como parte del objeto de juzgamiento (subsidiariedad material). Desde luego, debe tratarse de contravenciones que comporten la lesión de bienes jurídicos susceptibles de lesión progresiva o cuya lesión no comporte una degradación del bien jurídico (personalísimo a personal) o que sea un bien jurídico de naturaleza jurídica colectiva o intermedia.

Así mismo, una segunda aproximación al problema exige reafirmar algunas precisiones sobre la naturaleza del delito continuado. En efecto, debe indicarse que este debate solo tiene sentido cuando se sustenta la teoría de la ficción o alguna variante de la tesis de la realidad jurídica. Y ello es así, porque al estructurar la continuidad como la reiteración de una serie de tipicidades completas y diferentes, se tendrá que verificar —caso a caso— si además de la homogeneidad de tipo penal infringido subsiste uniformidad normativa: ello es, que todas las infracciones realizadas por el autor sean al mismo tiempo conductas delictivas o contravencionales (faltas), pues, de no ser así, deberá aplicarse la normativa propia del concurso real de tipos⁴. De este modo, se afirma en forma insistente que las faltas o las contravenciones no pueden ser iguales desde las perspectivas normativa y sistemática al delito, según el principio de legalidad⁵.

Por supuesto, tal punto de partida es comprensible pero no es necesario cuando se sostiene que el delito continuado es una unidad ontológico-normativa, porque los actos que conforman la unidad de acción en sentido amplio, sólo son parcialidades de la conducta típica que deberá ser la que se aprecie desde la perspectiva normativa como un delito o una falta continuada. Vale la pena repetirlo: el delito continuado, como figura dogmática, debe exigir no una identidad u homogeneidad formal de Arts. o normas penales infringidas (ello es: supuesto de hecho y consecuencia jurídica), sino una relativa identidad del mismo “supuesto de hecho” —o de uno similar— infringido en forma seriada por los actos parciales del proceso ejecutivo unitario.

De este modo, si los diversos supuestos de hecho delictivos y contravencionales son idénticos en términos generales, para configurar el delito continuado basta que los actos parciales tengan identidad típica relativa. En este ámbito, pues, la teoría de la unidad por ficción sólo implica una restricción innecesaria y problemática al momento de configurar esta figura jurídico-penal.

⁴ A favor de una composición mixta del delito continuado, *vid.* CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 434.

⁵ Así, PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, p. 150.

B. EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO CONTINUADO. Ya se señaló que la doctrina y la jurisprudencia admiten la posibilidad de aplicar el delito continuado cuando existe uniformidad (que no unidad) de sujeto activo, ello es, cuando se constata que el agente actuó con dominio del hecho o de la voluntad en todos los actos seriados⁶ [CPE, Art. 28; CP, Art. 29], con lo cual se hace referencia al autor inmediato, al autor mediato y a los coautores⁷, razón por la cual se afirmó que la pluralidad de sujetos activos no es ajena al delito continuado en la modernidad [STS 458 del 25.05.2007 (RJ. 2007-3633)]. Más aun, cuando ha sido desechada la idea de unidad de sujeto pasivo o afectado en ciertas modalidades continuadas.

Esta regla jurídica, que es clara y lógica para los autores y los coautores, también ha sido exigida por cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia, a nuestro modo de ver de manera desafortunada, para negar la posibilidad de sancionar la actuación de quienes en forma dolosa hayan participado a título de cooperadores, cómplices o determinadores en el delito continuado del autor, con ignorancia del principio de accesoriadad relativa. Justo es decirlo, en la jurisprudencia del TS existen decisiones que excluyen esta posibilidad [SSTS 919 del 20.11.2007 (RJ. 2007-7223), 1020 del 10.02.1997 (RJ. 1997-1550), 122 del 07.02.1996 (RJ. 1996-805) y del 04.07.1991 (RJ. 1991-5529)⁸].

El tema no está exento de amplias y complejas discusiones dogmáticas y político-criminales y estas suelen depender: primero, de la teoría asumida en relación con la naturaleza del delito continuado; segundo, de admitir o no la existencia de un elemento subjetivo que permita aglutinar los diversos actos

⁶ Así, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 215 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 400, afirma: “[...] para la doctrina dominante la pluralidad de sujetos activos no es obstáculo para apreciar nexo de continuidad entre las plurales acciones cuando el partícipe de que se trata persiste a través de los diversos hechos, aunque los demás partícipes no sean los mismos en todas las acciones”.

⁷ Sobre tales conceptos, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en *Problemas de autoría*, Bernardo del Rosal Blasco (Dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 59-133; CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

⁸ En contra de la participación en la continuación *cfr.* STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184). Al respecto, la STS 919 del 20.11.2007 (RJ. 2007-7223), indica: “[...] e) Identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador, lo que es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad”.

parciales en el nexo de continuidad; y, tercero, de la punibilidad aplicable a los partícipes según el grado de intervención en el hecho ajeno⁹, con base en los principios de accesoriadad y proporcionalidad [CP, Art. 3.º]. En cualquier caso, es necesario considerar que no es lo mismo hablar de autoría y participación en un delito común, que en un delito continuado, aunque el último sea una modalidad de delito único. Véanse, a continuación, diferentes figuras en el ámbito de la unidad o pluralidad de partícipes en el delito.

1. La coautoría. Por regla general, la doctrina penal señala dos modalidades de coautoría: (i) coautoría ejecutiva directa y (ii) coautoría ejecutiva parcial¹⁰. La primera, se presenta cuando los sujetos realizan en común y con dominio del hecho individual, todos los actos ejecutivos del delito, por lo que se les imputa como autores de todo el suceso. A su turno, la segunda y más usual, se presenta cuando los sujetos realizan de común acuerdo un reparto de funciones sobre los actos ejecutivos del respectivo delito doloso [CP, Art. 29, inc. 2.º], de tal suerte que la actuación ejecutiva es realizada de manera funcional como una unidad por todos, lo que permite la imputación reciproca de la totalidad delictiva a cada sujeto en calidad de coautor¹¹. p. ej.: Piénsese en el procedimiento de los miembros de una junta directiva que

⁹ Así, ANTÓN ONECA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 463 y CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 106, entienden que es posible aplicar el delito continuado incluso si los partícipes lo han hecho de forma parcial, ello es, sólo en algunos de los actos realizados por el autor.

¹⁰ En este sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, pp. 434 y ss. Sobre el concepto de coautoría, la STS 489 del 30.05.2007 (RJ. 2007-3926), sostiene: “[l]a Jurisprudencia de esta Sala ha destacado que la coautoría acogida en el *art. 28 CP de 1995 como realización conjunta del hecho implica que cada uno de los concertados colabora con alguna aportación objetiva y causal, sin que sea necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los partícipes (cfr. STS nº 1951/2001, de 21 de enero). Y que esa coautoría se produce igualmente cuando varias personas, acordadamente, llevan a cabo actos ejecutivos y típicos, con distribución pactada de papeles y dominio funcional del hecho (cfr. SSTS de 18-9-2002; de 28-10-2005 y de 30-1-2007, núm. 169/2007)”.*

¹¹ La coautoría es discutida en los delitos imprudentes, por ausencia del acuerdo común sobre la realización del resultado; por ello, en estos casos se habla de causantes. *Cfr.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 900; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 454 y 455; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 573, 582 y 583 (*Tratado*, pp. 617 y 628). Sobre el tema en España, *vid.* VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO, *La Coautoría en Derecho Penal*, Monografías núm. 427, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. pp. 640 y ss.; recoge la discusión FERNANDO GUANATERME SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Estudios de Derecho penal núm. 57 Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2004, pp. 193 y ss.; entre muchos otros.

deciden, de forma mancomunada y reiterada, arrojar a diario a una albufera cantidades de residuo casi imperceptibles que, una vez totalizadas, implican una gran cantidad de material tóxico que entraña una grave contaminación de las aguas litorales contraria a los reglamentos ambientales, por lo que se pone en peligro la vida y la salud de las personas de una comunidad. Como es de suponer, esta segunda forma de autoría requiere dominio funcional del hecho delictivo y un acuerdo común.

Por ello, en tratándose de la coautoría en un delito continuado, está será punible siempre y cuando: (i) los sujetos activos no muden en su número o identidad; (ii) no actúen en circunstancias contextuales diferentes¹²; (iii) subsista un plan preconcebido unitario a modo de acuerdo previo entre las personas físicas que realizan los diversos actos sucesivos que conforman la unidad de acción continuada en sentido amplio¹³; y (iv) ellos actúen en todos los actos que componen la unidad de acción continuada (de manera uniforme), con dominio funcional del hecho [STS 849 del 27.07.2009 (RJ. 5096-2009) distingue la coautoría de la realización conjunta de dos o más personas, respecto de un delito continuado]. Respecto a la última exigencia, sería impensable imputar a todos los sujetos la calidad de coautor en el delito continuado, cuando se pruebe que han dividido su participación funcional en la ejecución del delito de manera intermitente (p. ej.: “A” realiza los actos parciales seriados núm. 1, 3 y 5, y “B” lleva a cabo los actos núm. 2, 4 y 6), así y todo, desde el punto de vista de las teorías ontológico-normativas, se pueda constatar un dominio funcional del hecho unitario¹⁴.

¹² En este sentido, por ejemplo, ROBERTA RISTORI, *Il reato continuato*. Giurisprudenza penale, Collana diretta da Oreste Dominioni e Ferrando Mantovani, Padova, Cedam, 1988, p. 14, indica: “[...] la continuación debe ser excluida en el caso de participación a bandas armadas operantes en las varias localidades, porque los participantes no sólo nunca son los mismos, sino que varían de número e identidad” (t/l).

¹³ Vid. STS 794 del 30.09.1997 (RJ. 1997-6842), cuando indica: “[l]a parte recurrente pretende englobar el conjunto de los hechos en una calificación de estafa continuada, lo que no puede ser acogido pues nos encontramos ante conductas diferenciadas temporalmente y sustancialmente, con partícipes distintos en unos y otros hechos delictivos, y que no puede decirse —por su propia heterogeneidad y, en ocasiones, redundancia— que obedezcan a un único plan preconcebido (artículo 69 bis), aun cuando coincide un mismo ánimo de perjudicar los derechos hereditarios de la recurrente” (subrayado por fuera del texto original).

¹⁴ En contra: TOMÁS TÍO, “El delito..., *ob. cit.*, p. 126.

En verdad, en ninguna de las concepciones en torno a la realidad sobre la naturaleza del delito continuado (natural, jurídica u ontológico-normativa), habría inconvenientes sustanciales para imputar la continuación delictiva a varios autores que lo hayan realizado en coautoría ejecutiva directa, siempre que dicha forma de actuación conjunta haya sido prevista en el plan criminal original y todos actúen con dolo global. En cuanto a las teorías de la ficción, cumplidas iguales condiciones, tampoco habría inconveniente para imponer a todos los sujetos la misma penalidad unificada.

Tampoco sería difícil configurar una coautoría ejecutiva parcial en las teorías de la realidad, cuando, al asumir una concepción del dolo global, de la culpabilidad homogénea o del mismo designio criminal, se pudiera verificar que los sujetos han actuado previo acuerdo común coincidente con el plan criminal, con dominio funcional del hecho mediante el correspondiente reparto de funciones y la realización de un aporte esencial en cada acto parcial o hecho delictivo (según la teoría asumida). De igual manera, bajo las posturas de la ficción, en estos eventos no se entorpecería la unificación penológica para los distintos coautores.

No obstante lo anterior, resulta de interés examinar si es posible que varios sujetos activos realicen de forma mancomunada —desde el comienzo hasta el fin— como coautores un delito continuado [CPE, Art. 28; CP, Art. 29, inc. 2.º], cuando desde el punto de vista teórico el elemento subjetivo se fundamenta en la teoría del “dolo de continuación” (Fortsetzungsvorsatz), que “*per definitionem*” rechaza la existencia de un plan criminal común y previo al suceso continuado. Expuesta la cuestión en otros términos: debe verificarse si la coautoría, que por lo general requiere un dolo común [CP, Art. 29, inc. 2º] —entendido como un acuerdo de realización o una decisión común inicial para dirigir la realización mancomunada del trabajo criminal en el curso de la actuación ejecutiva continuada¹⁵—, es compatible con

¹⁵ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p.718, aseveran que el acuerdo previo o concomitante es un elemento inmanente a la distribución de funciones y sirve para determinar el marco del dominio funcional del hecho; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 900; *id.*, *Manual...*, ob. cit., p. 453; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., ob. cit., p. 434, describen la coautoría como “[...] una especie de conspiración llevada a la práctica” con la consecuente intervención delictiva; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., pp. 653 y 674 (Tratado, pp. 703 y 726), indican: “la

aquel modo de actuación consistente en que el sujeto realiza los distintos hechos seriados sin un plan previo, pero con el mismo motivo que le ha impulsado a actuar una y otra vez: ese “caer en la misma tentación” que nace de forma ocasional porque el acto constituye una nueva oportunidad delictiva —en la que median circunstancias de hecho análogas a las aprovechadas con anterioridad—, para alcanzar el resultado perseguido.

Un acuerdo previo que en la coautoría —como elemento subjetivo— no se satisface de forma adecuada con la resolución general de cometer un género de delitos de manera mancomunada o conjunta, porque dicho acuerdo debe contar con cierta determinación que permita establecer, cuáles actos particulares de la actuación funcional de los coautores hacen o no parte del mismo o, por el contrario, cuáles implican en el caso concreto un exceso cuantitativo o cualitativo individual, de cara a la imputación recíproca de la actuación conjunta, por los que deba responder en forma individual el sujeto pertinente¹⁶. El plan previo permite, pues, limitar el principio de imputación recíproca del acto.

La respuesta a esta compleja cuestión teórica no es del todo clara. En principio, se podría afirmar que una cosa es que exista una unidad de fin entre las ocasiones objetivas (muchas de ellas al azar) en las que actúan los sujetos con el mismo motivo renovado *ex post* de la actuación anterior, para unificar desde el punto de vista subjetivo una serie de delitos independientes que no obedecen a un plan preconcebido; y otra muy diferente, es que cada actuación delictiva que se unifica *ex post*, pueda contar o no con un acuerdo común respecto a la realización mancomunada de tal hecho particular, en el ejercicio de la distribución de tareas ejecutivas. No obstante, tal argumentación daría la razón a quienes sostienen que el dolo continuado no es sino una forma de unificación subjetivada de supuestos de concurso real

resolución delictiva común es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 391, entre otros.

¹⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, pp. 436 y 437, afirman: “[c]ada autor responde del hecho, siempre que éste permanezca en el ámbito de la decisión común acordada previamente. Cualquier tipo de exceso de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso [...]”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 392.

homogéneo propiamente dichos, que no tienen ningún hilo conductor particular de naturaleza sustantiva.

Desde luego, para que la teoría del dolo continuado pueda explicar por sí misma estos supuestos jurídicos sería necesario admitir, en primer lugar, que ésta no es incompatible con el acuerdo común de la coautoría en cada acto delictivo individual y, de ser ello así, en segundo lugar, que tal acuerdo puede ser adicionado o modificado con variaciones objetivas *in situ* a la común unidad de fin, sin que tal cambio implique, por su parte, la realización de un delito diferente en el esquema del nexo de continuidad. O también, que sea posible hablar de un acuerdo previo para cada infracción individual que se prolongue *ex post* de manera continua. Un acuerdo continuado compatible con la unidad de motivos que han llevado al sujeto a actuar de forma reiterada en el caso concreto. Algo que en todo caso no parece posible y que se asemeja a una coautoría por ficción, donde el acuerdo previo y la finalidad se complementan *ex post* en la mente de los sujetos. Más complejo aún es hablar de una homogeneidad motivacional común a dos sujetos en una seriación delictiva continuada, algo que no tiene nunca la misma sustantividad que un plan criminal previo (dolo global) a la realización mancomunada de todos los actos en continuidad.

En fin, de no existir ese elemento subjetivo previo en la coautoría respecto de la totalidad continuada —que, por lo demás, aglutina las actuaciones de forma funcional frente a cada acto parcial y así de forma sucesiva frente a la unidad—, no solo los actos que realice de manera espontánea uno de los autores sino, también, los posteriores al primer hecho parcial u ocasional, se convertirían en un exceso por fuera del marco del acuerdo previo (expreso o tácito), con la consecuencia de convertir a los coautores en autores paralelos o accesorios¹⁷, desestructurando así la coautoría en la continuación.

Ello, desde luego, sin que sea necesario tener que descartar la continuación frente a cada autor accesorio por separado. Cosa distinta es que se pueda

¹⁷ Sobre dicho concepto ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 719 y 720, enseña que “la coautoría accesorio, se presenta cuando varias personas actúan de forma paralela en la realización de un delito, pero independientemente entre sí, es decir, sin que se hayan puesto de acuerdo para cometer el delito conjuntamente. Lo cual excluye la coautoría como tal, debiéndose ver autorías independientes”.

plantear la posibilidad de una coautoría sucesiva, donde un tercer agente se adhiera al plan común trazado con antelación para lograr la unidad de conducta en continuación, a cuyo efecto se realizan de conformidad con éste aportes esenciales en el resto de la ejecución delictiva continuada¹⁸, responsabilizándose por las mismas siempre que estén comprendidas en el ámbito del acuerdo posterior, a condición de que el sujeto haya promovido o asegurado la realización continuada del tipo.

De este modo, sólo se podría hablar de coautoría en el delito continuado como una modalidad de infracción única, cuando se asuma como fundamento del elemento subjetivo la teoría del “Dolo total” (Gesamtvorsatz) o alguna variante del “designio criminal”, en las que se exige que los sujetos que co-actúan hayan planeado la pluralidad de actos que configuran el delito continuado desde el comienzo de la realización delictiva, con inclusión de la forma de actuación funcional que les corresponde en cada uno de ellos.

Para terminar, debe advertirse, si alguno de los coautores que realiza la continuación de un delito especial no cuenta con todas las calidades exigidas por el tipo, no se le podrá tratar como coautor en sentido estricto pero ello no significa que quede impune. Por ello, en el ordenamiento colombiano a tales intervinientes especiales se les disminuye la pena según lo prevé el Art. 30, inc. 4.º, en una cuarta parte, sin olvidar que —en principio— se le aplica al agente una sanción equivalente a la del autor¹⁹.

2. La determinación o inducción. En el ámbito de la determinación las cosas son más complejas, pues esta figura es una especie de participación en sentido estricto que opera de forma previa al inicio de la ejecución delictiva y mediante ella, un sujeto sin dominio del hecho o de la voluntad hace surgir directa y de modo eficaz la resolución criminal en otro, para ejecutar una conducta típica y antijurídica (accesoriedad limitada)²⁰. En estos supuestos

¹⁸ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, ob. cit., p. 718; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., p. 678 (*Tratado*, p. 730).

¹⁹ Sobre el tema, *cfr.* sent. de la CSJ PENAL del 25.04.2002, e12191, C. MEJÍA; sent. del 08.07.2003, e20704, C. GÁLVEZ y sent. del 11.02.2004, e18.050, Y. RAMÍREZ.

²⁰ Desde luego, si se asume en materia de dolo la teoría de la culpabilidad homogénea, en los casos de participación en la continuación habrá de sostenerse, entonces, una teoría de

resulta insuficiente que el determinador produzca una ocasión favorable que sirva de tentación al autor o que sólo aporte un motivo para la conveniencia de realizar el hecho²¹. Por supuesto, la operatividad de esta institución en la continuación y en la proporcionalidad de la pena, equivalente a la de los autores por la realización de la conducta dolosa (según lo indican el CPE, Arts. 74 y 28 lit. a) y el CP, Arts. 31 Par. y 29 inc. Final), deberá ser analizada con base en la teoría subjetiva que se acoja como la estructura objetiva o material que se desprenda de ella.

De este modo, si se asume un concepto ontológico-normativo del delito continuado y además se exige un elemento subjetivo conforme a la teoría del dolo total, sólo podrá darse —como sucede en las hipótesis de delitos únicos que no admiten fragmentación jurídica— una sola determinación o inducción directa del dolo conjunto al autor o coautores, previa al comienzo de los actos ejecutivos parciales seriados que estructuran la figura. En estos supuestos, entonces, la pena aplicable será la misma prevista en la ley para al autor por el delito único continuado acometido. La determinación del sujeto deberá, entonces, crear la idea de realizar un delito continuado, ello es, un atentado criminal cuya forma de ejecución se fragmenta en el tiempo.

Con todo, los seguidores de la teoría de la reiteración de tipicidades entienden que esta concepción resulta contraria al principio de ofensividad material, porque implica imponer al determinador la pena correspondiente al autor por toda la actividad continuada, en vez de la sanción correspondiente por el hecho o hechos delictivos individuales que hayan sido objeto de determinación efectiva. Así mismo, se afirma que se infringen los principios de culpabilidad por el hecho y de responsabilidad subjetiva, al hacer responsable al partícipe por una totalidad delictiva de la cual él no ha sido promotor, con base en el principio de accesoriedad.

Desde luego, esta crítica no tiene sentido desde el ángulo de una teoría unitaria (ontológico-normativa), aunque sea entendible desde la perspectiva de la ficción, pues en la primera concepción los actos parciales realizados no

accesoriedad extrema que cobije también la culpabilidad. Ello podría llevar a la impunidad del partícipe, cuando el autor se vea favorecido por una causal de inculpabilidad.

²¹ Vid. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 402.

son modalidades delictivas que supongan una responsabilidad criminal independiente y autónoma, unidas para imponer una penalidad única, sino manifestaciones ejecutivas que —al reproducir formalmente el tipo— son un desarrollo ejecutivo fragmentado de la infracción, conforme al plan del autor. En consecuencia, si la determinación solo resulta posible como participación previa antes de iniciar los actos ejecutivos seriados conforme al plan criminal, las intervenciones posteriores del partícipe se deberán considerar como contribuciones de carácter moral, que solo aprobarían o reafirmarían el dolo total previo del autor, para influir de forma mediata en el resultado total. Este tipo de colaboraciones, desde la perspectiva de la unidad, serían subsumidas en forma tácita por el título de participación con la pena más grave (principio de retroceso), como lo sería la determinación.

Por lo tanto, imponer al determinador una sanción que no asuma como punto de conexión la pena del autor por toda la unidad continuada, supondría desconocer el verdadero desvalor de acción que implica su intervención lesiva en el delito continuo, respecto del bien jurídico lesionado. O, lo que es lo mismo, ignorar que el partícipe mediante su inducción originó, en forma dolosa, un incremento *ex ante* del riesgo cognoscible consistente en que el autor determinado adopte y ejecute su plan criminal a modo de continuación. Incremento del riesgo que, por supuesto, sobrepasa la mera determinación dolosa de una parcialidad delictiva, de cara a la total actividad antijurídica.

Además, no se puede perder de vista que el determinador debe actuar con un doble dolo en este caso —si es que, de verdad, hablamos de inducción a la continuación y no de otra clase de inducción—: por una parte, el de crear directa y en forma eficaz el dolo en el autor de realizar el delito continuado; y, por otra, el dolo de la ejecución, con inclusión del resultado total si es del caso, que se materializa o ejecuta hasta la terminación mediante la realización seriada del tipo penal. En consecuencia, se puede afirmar que el contenido del

dolo del inductor constituye el límite de su responsabilidad penal y éste la define desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo como tal²².

Por supuesto, otra cosa sucedería si el inductor no obra con un dolo total de inducir a la completa continuidad típica, sino sólo al hecho inicial y a su desvalor de resultado particular, pues en tal caso sí deberá adecuarse la pena correspondiente a su injusto accesorio. Por añadidura, es evidente que en estos supuestos la determinación no ha sido efectiva respecto de la totalidad, pues no ha creado sino una parte de la resolución delictiva. Por ello, si bien el principio de accesoriedad limitada confina la pena del partícipe a ciertos límites, por los cuales no es posible que éste responda por los excesos ejecutivos de mera innovación intelectual del autor, también lo es que su sanción, cuando determina la unidad continuada, en el marco de la inducción depende de lo que sea el hecho realizado²³, como una extensión del ámbito del autor responsable. Y, en este sentido, se puede advertir que la teoría de la unidad es consecuente desde el punto de vista punitivo, al distinguir los grados de responsabilidad penal con fundamento en la intervención dolosa del determinador, pues define con absoluta claridad cualitativa aquello en lo que de verdad se participa, que no es otra cosa que una unidad típica y antijurídica continuada. Postura que se acoge en el presente escrito.

Otra cosa sucedería cuando se asuman las teorías de la ficción relativa o de la ficción absoluta, pues éstas —al no unificar o conceder cierta autonomía normativa a los hechos delictivos que conforman la continuación, y al asumir un dolo de continuación o considerar los distintos dolos típicos como elementos diferentes de la unidad de fin— deberán determinar tantas intervenciones legítimas a título de determinación, como cuantos hechos

²² Vid. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 447: “es evidente que la responsabilidad del inductor viene condicionada por los actos realizados por el autor, y que no hay inducción en sí, sino la inducción a un hecho realizado por otro, que es el que sirve de base para determinar la responsabilidad del inductor”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 403; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 689 (*Tratado*, p. 742).

²³ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 729 y 730 y 734 y ss.; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 443.

delictivos dolosos hayan sido realizados por el autor al mediar el convencimiento del partícipe.

En este sentido, los problemas teóricos comienzan cuando se advierte que la pena dispuesta por la ley para la determinación [CPE, Art. 28, lit. a) y 74 y CP, Arts. 30, inc. 2.º y 31, Par.], sólo es una consecuencia proporcional a la unidad ficticia o legal continuada —entendida como una modalidad del concurso real—, cuando el partícipe haya determinado el dolo en todos los actos delictivos realizados por el autor²⁴. No así, cuando éste sólo determine de modo eficaz algunos de ellos, porque la pena proporcional en estos eventos —de acuerdo con el principio de culpabilidad por el hecho— sólo sería aquella que corresponda a los actos delictivos en los que ha participado. Dicho en otras palabras: la unidad de penalidad y de imputación se debe romper cuando la intervención del determinador sea parcial de cara a la unidad ficticia o jurídica continuada.

Para terminar, las teorías de la realidad jurídica marcan un punto intermedio entre las concepciones ontológico-normativas, que hablan de una única determinación a una modalidad de infracción única, y las posturas de la ficción, que señalan una pluralidad de determinaciones seriadas. Así, CHOCLÁN MONTALVO advierte: “[I]a relación de continuidad entre las plurales acciones del partícipe requerirá, como presupuesto, que varios hayan sido los actos de cooperación [o inducción], se presenten a un único hecho principal o a varios, siempre que sean homogéneos y concurren los presupuestos para reducirlas a un solo hecho en sentido jurídico”. Es decir, como sucede con este autor, estas tesis construyen una unidad continuada de determinación (accesoria a la unidad continuada de ejecución del autor), que supone quebrar el hito de las inducciones sucesivas.

A pesar de ello, analizada esta postura con fundamento en la concepción subjetiva del CPE, Art. 74, se advierte: (i) que esta teoría resulta del todo incompatible con la idea del plan previo como elemento subjetivo del delito continuado, porque no podría haber determinación continuada de una idea

²⁴ Así, CEREZO MIR, *Derecho...*, ob. cit., p. 1016; *id.*, *Curso...*, ob. cit., p. 296, aunque exige participación en la totalidad delictiva continuada; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., pp. 150 y ss.

criminal que ya ha sido ideada y planificada por el autor. Por supuesto, la idea de plan previo siempre exige —como en las teorías ontológico-normativas— que el acto de determinación lo sea de aquella idea que el autor planifica de manera previa a la ejecución del hecho. Y, (ii) que no sea clara la idea de una determinación continuada fundamentada en un dolo de continuación. Semejante concepto supondría la realización de determinaciones ocasionales que, unificadas mediante una operación “interpretativa” *ex post* con determinaciones anteriores, permita construir una unidad motivacional de determinación similar o asimilable a un dolo continuado de determinación, cuyo objeto sería crear el dolo de continuación del autor en la ejecución de comportamientos delictivos ocasionales que, también, se unifican *ex post*. Dolo continuado de determinación que, téngase muy en cuenta, sería distinto de los dolos específicos de determinación, que se verificarían cada vez que el determinador creara en el autor la idea de realizar el acto delictivo individual “ocasional”. Así las cosas, se trata de una teoría que supone demasiadas ficciones para resolver de modo adecuado el tema de la participación en un delito continuado, desde una perspectiva subjetiva.

3. La Cooperación necesaria y la complicidad. Este tema tampoco es sencillo y para su posible resolución es necesario establecer con precisión el ámbito de aplicación de la cooperación, tanto en el ordenamiento penal español como en el colombiano.

Por lo que concierne al CPE, según los Arts. 28, lit. b) y 29, la cooperación en la ejecución de la conducta antijurídica del autor puede darse mediante actos dolosos anteriores o concomitantes (simultáneos)²⁵. De este modo, si los actos de colaboración son anteriores y de tal importancia o necesidad que sin ellos no se habría aportado un bien escaso a la realización del autor,

²⁵ En este sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, pp. 443 y 444; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 929-930; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 457; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 654-655 (*Tratado*, pp. 704-705).

se deberá ver una cooperación necesaria y no una simple complicidad²⁶. Por supuesto, se estará en sede de coautoría y no de participación, si dichos actos imprescindibles son realizados durante la ejecución del delito con dominio funcional del hecho. Por el contrario, si los actos constituyen simples colaboraciones útiles antes o durante la ejecución del delito, deberá predicarse en sentido negativo una complicidad. De este modo, mientras que en el primer supuesto se le impone al partícipe una sanción equivalente a la del autor por la realización de la totalidad del delito continuado; en el segundo, ello es, al cómplice, se le asignará la pena inferior en grado a la prevista en la ley para el autor según el Art. 63 *ibídem*.

En este sentido, la STS 1242 del 03.10.2005 (RJ. 2006-3328), expresa: “[e]l Código Penal de 1973, al igual que el CP vigente, consideran autores de un delito a «los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado» (v. art. 14.3 CP/1973 y art. 28 b) CP/1995 [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]); y que son cómplices los que no siendo autores, o considerados como tales, «cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos» (*vid.* art. 16 CP/1973 y art. 29 CP/1995). / No siempre resulta fácil distinguir, en la práctica, al cómplice del cooperador necesario. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que «en la cooperación lo decisivo es su eficacia, su necesidad y su transcendencia en el resultado finalístico de la acción» (*vid.* STS de 12 de junio de 1991 [RJ 1991, 4672]), en tanto que en la complicidad existe «una participación meramente accesoria, no esencial» (*vid.* STS de 28 de junio de 2002 [RJ 2002, 7980]). Y, para precisar mejor la distinción, se suele acudir a las teorías del dominio del hecho y la de los bienes escasos; de modo que será cooperador necesario, según esta última, «aquel que contribuya al hecho con una actividad difícil de conseguir» (*vid.* STS de 26 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1516], que muestra sus preferencias por esta última teoría”).

Por su parte, el ordenamiento penal colombiano no acoge la cooperación necesaria como una forma especial de participación distinta de la

²⁶ En contra de dicha figura, al considerarla un rezago innecesario de corte medieval, *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 738. Sobre el concepto de complicidad, *vid.* STS 459 del 07.07.20087 (RJ. 2008-3995).

complicidad [CP, Art. 30, inc. 3.º], aunque acepta “el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda” para facilitar de manera sustancial el riesgo del hecho como un factor político-criminal de individualización que permite precisar la pena imponible para el cómplice en el caso concreto, según el desvalor de acción [CP, Art. 61, inc. 5.º]²⁷. Además, la legislación colombiana admite de *lege data* la contribución dolosa del cómplice a la conducta antijurídica del autor de manera previa o concomitante, o la ayuda posterior, siempre y cuando medie un “concierto previo o concomitante a la actuación” expreso o implícito (*pactum sceleris*), que tiene como pena la prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Como es de suponer, cuando no exista un concierto previo para la ayuda posterior, se configura un delito de encubrimiento por favorecimiento [CP, Art. 446.]²⁸. Como se puede apreciar, ello permite castigar a algunas participaciones post-ejecutivas con una pena superior a la imponible a quien incurre en un simple encubrimiento por favorecimiento personal (en este punto la discusión se centra en determinar la naturaleza de la ayuda o contribución posterior con acuerdo concomitante).

Ahora bien, la forma como se plantee este tema tiene relación directa con la forma de entender la naturaleza de la continuación delictiva; es decir, este asunto tendrá soluciones diversas según la teoría que se asuma respecto a la naturaleza jurídica del delito continuado.

En primer lugar, si se parte de una postura ontológico-normativa, como acontece en los delitos únicos, la continuación delictiva sólo admite la participación (necesaria o no) mediante un acuerdo y conocimiento de la

²⁷ Sobre dicho criterio en el CP colombiano, *vid.* POSADA MAYA et. al. *El sistema...*, *ob. cit.*, pp. 550-552. Deberá tenerse en cuenta, entonces, el grado de eficacia causal peligrosa de la conducta del cómplice, que haya acelerado, asegurado, o facilitado la ejecución continuada del hecho, para favorecer la intensificación del resultado delictivo alcanzado por el autor.

²⁸ En España, los casos de ayuda posterior a la consumación, exista o no concierto previo para tales efectos, según los Arts. 451 y ss. del CPE de 1995, se tratan como situaciones de favorecimiento; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 704. Para un detallado estudio sobre el tema, PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid, Civitas-Universidad de Navarra, 2004.

continuidad y del plan del autor²⁹. Ello, aunque la misma se manifieste de manera previa o concomitante en uno, en varios o en todos los actos parciales realizados por el autor, o —al menos en Colombia— como una ayuda posterior a la consumación de la unidad de conducta y previa a su agotamiento, pues con ello sólo se verá un incremento progresivo del riesgo de lesión al bien jurídico que hace posible, facilita, intensifica o asegura la realización seriada del hecho. Como es apenas evidente, será en sede de la individualización de la pena donde el juez valore el mayor o menor ejercicio de colaboración del partícipe en la unidad continuada, a partir del momento de su incorporación a los hechos, como sucede en los casos de complicidad adhesiva.

Por lo demás, —en España— si alguna de las diversas colaboraciones es constitutiva de una cooperación necesaria, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una modalidad de delito único, deberá acogerse la imputación más grave e imponer así una pena de mayor gravedad con base en el principio de subsidiariedad tácita y de retroceso, conforme lo indica el Art. 8.º, reg. 2.ª del CPE. En tales casos, se entiende que el bien escaso se ha dispuesto para toda la seriación delictiva y no sólo para el acto parcial, según la interpretación que se haga del tipo penal [STS 1242 del 03.10.2005 (RJ 2006-3328)].

Como se advirtió, en virtud del principio de responsabilidad subjetiva, si el sujeto solo tiene dolo de actuar en dicho acto parcial y no de intervenir en el ámbito de una continuación delictiva adhiriéndose al plan criminal completo del autor, la pena en ningún caso podría ser superior a lo que por dicho desvalor de acción y de resultado le corresponde al sujeto, ni sobrepasar la culpabilidad que atañe a su injusto accesorio³⁰. Por ello, le deberá ser

²⁹ Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 216: “[...] cuando yo decido colaborar con Pedro para que él pueda apoderarse de una millonaria cantidad de dinero que en varios días piensa sustraer de la empresa donde trabaja, yo soy cómplice de ese delito continuado si conozco su plan y le colaboro en una o varias de las actuaciones que naturalísticamente debe desarrollar”. En este sentido, *vid.* STS 848 del 24.07.2009 (RJ. 4893-2009), en la que se casa alguna sentencia que condenó a una persona como cooperadora necesaria por comisión por omisión de un delito continuado de abusos sexuales.

³⁰ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 732: “[d]e la exigencia de participación dolosa se deriva que el exceso del autor no es imputable a los partícipes, es decir,

aplicada la pena-base por el acto individual en el que colabora, atenuada por la calidad de cómplice si es del caso.

En este sentido, vale la pena citar la STS 1245 del 15.06.1994 (RJ. 1994-4960), que afirma, en un caso de complicidad adhesiva por omisión, lo siguiente: “[l]a naturaleza dolosa —esto es, de la misma clase— del comportamiento de ambos partícipes aparece diáfana del «*factum*», en el que el recurrente figura descubriendo la mecánica delictiva y pactando consciente y voluntariamente su incorporación a ella. Si a lo que se adhiere el partícipe es a un plan de continuidad delictiva, acepta tal plan preconcebido y el carácter continuado del delito al que coopera (carácter que el recurrente no niega, lo que nos excusa de más razonamientos sobre su existencia). Una cosa es que el recurrente deba responder sólo desde el momento de su incorporación y otra es que a esa responsabilidad iniciada en tal instante incorporativo le sean aplicables (como así debe ser) las reglas calificadoras y punitivas que definen el delito continuado, en orden al tramo de esa continuidad en que participa. La no participación en la totalidad de las acciones integradoras del delito continuado no tiene más trascendencia que la de tomar en cuenta a la hora de individualizar la pena y fijar la reparación civil —como así ha hecho correctamente la Sala «a quo»— la participación mayor o menor en la totalidad o parcialidad del único delito continuado de que es constitutivo el hecho juzgado”³¹.

las divergencias subjetivas entre el hecho al que pretendió contribuir el partícipe y el que realizó el autor. El partícipe no puede responder por el exceso del autor en base al principio de responsabilidad subjetiva, dado que dicho exceso no está abarcado por el dolo del partícipe”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 401; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 695-696 (*Tratado*, p. 749). En materia de delito continuado, *vid.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 216; SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 350, dice: “[l]a participación en un acto sólo puede ser, sin embargo, participación en el hecho global, si según el contenido de injusto y culpabilidad ha de ser considerada como contribución al todo; no interesa exclusivamente el dolo”.

³¹ También, resulta importante la STS 44 del 05.02.2008 (RJ. 2008-1045), al afirmar: “[...] el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. [...] El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (cfr. STS de 15 julio 1982). /Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos, uno objetivo,

De otro lado, en aquellas teorías que plantean la base fáctica del delito continuado como una serie de delitos completos independientes (ficción y algunas modalidades de la unidad jurídica), se podrán verificar en el hecho tantas participaciones a título de complicidad o cooperación necesaria independientes, como cuantas veces el sujeto haya intervenido en forma dolosa en las distintas infracciones antijurídicas realizadas por el autor. Ello, sin perjuicio de que alguna variante de la realidad jurídica construya una teoría de la complicidad o de la cooperación continuada. De este modo, CHOCLÁN MONTALVO señala: “[l]a relación de continuidad entre las plurales acciones del partícipe requerirá, como presupuesto, que varios hayan sido los actos de cooperación, se presten a un único hecho principal o a varios, siempre que sean homogéneos y concurren los presupuestos para reducirlos a un solo hecho en sentido jurídico”³².

El debate teórico comienza, entonces, cuando tal postura sostiene que no es admisible imponer al cómplice o al cooperador necesario una penalidad que represente la totalidad del delito continuado —incluso disminuida en sede de individualización de la pena, por su participación incompleta—, cuando se demuestra que el sujeto no colaboró, cooperó o ayudó en todos los actos completos que configuran la unificación legal analizada³³. Por tal motivo, en estas hipótesis deberá aplicarse el castigo individualizado conforme al acto o actos delictivos particulares en los cuales el agente tomó parte (agravado bien en su mitad superior o en un tercio), aunque —y he aquí lo cuestionable— el agente haya actuado con dolo de favorecer o contribuir en una continuación delictiva ajena y no en uno o varios delitos comunes e independientes. Como en la inducción, adviértase, el cómplice también debe contar con un doble dolo referido a la ejecución del hecho continuado y a su favorecimiento.

consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (cfr. SSTS de 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998 y de 24 de abril de 2000)”; STS 459 del 07.07.20087 (RJ. 2008-3995)”.

³² CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 249 y 403.

³³ Así, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 150 y ss.: “cada autor o cómplice, debe responder únicamente por los hechos que ha realizado, constituyan o no delito continuado”; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1016; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 296.

Tal inconformidad puede precisarse con un ejemplo: “A” es cómplice de todos los actos ($x + x + x + x^1$) que conforman la continuación. “B” solo ha sido partícipe uno de los actos (x). La pena única por la continuación para “A”, debería ser la correspondiente a x^1 (como la del autor) con el aumento punitivo bien en su mitad superior, que puede llegar hasta la mitad inferior de la sanción superior en grado [CPE, Art. 74] o en una cuarta parte [CP, Art. 31, Par.] si conoce la continuidad y quiere colaborar en ella, pero con la diminuyente establecida en cada caso por la calidad de cómplice.

La pena proporcional aplicable a “B”, según la teoría tradicional, debería ser la correspondiente a x con el aumento punitivo por continuación, si conoce la continuidad y con la diminuyente por la calidad de cómplice. Ello, porque se considera injusto que se imponga a “B” el mismo castigo que le corresponde a “A” (x^1), como si sus actuaciones fuesen equivalentes. De igual manera, resultaría desproporcionado aplicar la agravante por continuación al partícipe cuando éste, al desconocer que interviene en una continuación delictiva, sólo actúa con dolo de colaborar en la infracción particular. En tales supuestos, sólo podrá irrogarse la pena correspondiente al acto delictivo en el que participó el sujeto, atenuada si es del caso por la calidad de cómplice, sin que sea posible aplicar la agravante por continuación.

En segundo lugar, en la postura tradicional tampoco resulta aceptable, toda vez que en estos casos se quiebra la penalidad única, aplicar el principio de subsidiariedad tácita cuando concurren actos de cooperador necesario y de cómplice, pues son títulos de imputación diversos que no se pueden anular entre sí, cuando se realizan en infracciones penales diferentes³⁴ —sí por supuesto, si se llevan a cabo en la misma infracción delictiva independiente—.

En síntesis, para esta concepción teórica la única manera de garantizar una pena proporcional para esta clase partícipes, es aplicar la normativa penológica del concurso real de delitos en la individualización de la pena, para lo cual se deben tener en cuenta los actos individuales en los cuales

³⁴ Así, CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 154.

existió una participación efectiva. Por ello, se trata de exceptuar la unificación penológica de la continuación (y la unidad de título de imputación) en aquellos casos de participación delictiva parcial en el delito continuado³⁵, pues el partícipe no responderá por el hecho cometido por el autor. En este sentido, se pueden hacer varias críticas:

En primer lugar, esta teoría trata desde el punto de vista punitivo al cómplice de uno o varios actos, sabedor de que su participación permite llevar a cabo una acción continuada ajena (por mínima que sea su colaboración o ayuda), no sólo con la diminuyente propia de la complicidad sino, también, con la pena base del acto parcial individual, como si se tratase de una participación en un delito simple.

Con ello se reduce el ámbito real de participación del sujeto, para que el autor alcance la totalidad del delito, a un ámbito mucho mayor sobre el cual se proyecta la penalidad efectiva de su actuación causal, de tal suerte que se desconocen la entidad y el grado del desvalor de la acción con los que actúa el partícipe en un hecho que reúne las calidades para constituir un punto adecuado de conexión con la responsabilidad del autor. Ello porque el primero tiene dolo de colaborar en una continuación y hacer posible de forma accesoria la consumación de la misma, en la forma en que el autor obtendrá la lesión seriada del bien jurídico tutelado con el último acto particular; así mismo, dicha postura desconocería las normas que regulan la comunicabilidad de las circunstancias entre el autor y el partícipe [CP, Art. 62]. Todo indica, pues, que la menor o mayor participación del cómplice en la continuidad delictiva es un problema de la individualización judicial de la pena, desde el momento en que ha comenzado a prestar su ayuda.

En segundo lugar, acorde con esta concepción, en los delitos continuados patrimoniales regulados por el Art. 74.2, podría suceder que en virtud del perjuicio total causado con la infracción el autor responda con la pena

³⁵ Vid. PAGLIARO, *I reati connessi*, ob. cit., p. 109: “[s]ería contradictorio, en efecto, hacer derivar de la admisión de un delito continuado una pena más templada para el autor y golpear en cambio de modo particularmente duro al partícipe de una sola acción individual. Se impone pues la aplicación de las normas sobre la pluralidad de delitos, las cuales permiten hacer responsable al partícipe por las solas acciones individuales (eventualmente reunidas entre ellas en un delito continuado) en las que ha tomado parte” (t/l); PIASAPIA, *Reato continuato*, ob. cit., p. 164.

asignada para una infracción delictiva consumada, mientras que el cómplice —a quien se le impondría la pena según las normas del concurso real— respondería sólo por la pena atenuada imponible a una infracción parcial a título de falta [Art. 623, mod. LO 15/2003] o de tentativa, solución objetable pues desconoce que la pena para el partícipe depende —es derivada— de la del autor. Ese y no otro es el sistema de punibilidad legal; más aún, es una postura que privilegia de manera injustificada al partícipe.

Más complejo aún resulta el tema de la participación en un delito continuado a título de tentativa. Ello, pues el tema depende no solo de la posición que se asuma sobre la tentativa en esta materia, sino de que desde el punto de vista objetivo se reúnan los requisitos cualitativos mínimos que ha de cumplir el hecho delictivo continuado para que resulte punible la participación del sujeto en el mismo³⁶.

C. EL DELITO CONTINUADO IMPRUDENTE. También, la doctrina y la jurisprudencia han planteado de forma recurrente la posibilidad de estructurar la continuación delictiva de infracciones imprudentes. De todas maneras, antes de comenzar este análisis, se debe advertir que no se pueden confundir estos casos controvertidos, con aquellos otros supuestos en los que el resultado único imprudente se produce como consecuencia de la realización de una serie de conductas en estrecha conexión temporal y en principio irrelevantes desde la perspectiva penal, que incrementan de forma sucesiva el peligro inherente y que causan la lesión del bien jurídico tutelado; o con las hipótesis de delito permanente culposo (*nachlässiger Dauerverbrechens*), que subsisten cuando la violación ininterrumpida de la ley se presenta, no tanto por la intervención activa del sujeto como por su inactividad negligente sin intermisión, siempre que no subsistan cambios en

³⁶ Sobre dicho concepto, BORJA JIMÉNEZ, “La terminación...”, *ob. cit.*, p. 123: “[...] en consonancia con las aquí denominadas teorías positivas limitadas, se afirma que en el desarrollo temporal de cierta clase de delitos existe una fase posterior a la consumación que también integra el presupuesto de la punibilidad en la medida en que continúa la progresión peligrosa o lesiva del bien jurídico y es abarcada por el tipo. De igual forma, junto al momento de la consumación caracterizado por representar el punto temporal en el que se reúnen todos los elementos constitutivos del tipo, se configura el momento de la terminación, que a su vez representa el punto límite a partir del cual desaparece la relevancia jurídico penal de las acciones u omisiones del sujeto activo”.

la subjetividad del agente que impliquen apreciar la existencia de un dolo eventual³⁷. Estas hipótesis, aparte de suponer una unidad natural de acción, serían en realidad verdaderos supuestos de delitos únicos en sentido estricto (injustos unitarios por acciones en sentido natural).

Ahora bien, sobre la posibilidad de admitir el delito continuado en los delitos imprudentes, se advierten dos teorías contrapuestas, que por lo general vinculan este controvertido tema con el elemento subjetivo de unificación.

En primer lugar, la doctrina dominante sostiene que si se asume la teoría del dolo total o se adoptan concepciones asimiladas en las cuales la unificación de la continuación supone la existencia de elementos de naturaleza volitiva —querer el resultado mediante un plan preconcebido—, no será posible predicar la continuación en su modalidad imprudente por la carencia del fundamento lógico y jurídico de la figura³⁸. En estas hipótesis, el elemento subjetivo de unificación se considera la antítesis normativa de la responsabilidad por imprudencia —vinculada al manejo irregular de las fuentes de peligro frente a un bien jurídico determinado³⁹—. Ello, es

³⁷ Un ejemplo estructural de estos delitos se presenta en el caso del agente retenedor o autoretenedor de impuestos que no consigne las sumas correspondientes, dentro de los términos de varias de las fechas fijadas por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente (impuesto de renta), CP, Art. 402. Sobre dicho concepto *vid.* F.W. KOCH, “Zur Fortgesetzten Fahrlässigkeitstat”, en *NJW*, HEFT. 35, 1956, pp. 1268.

³⁸ *Cfr.* JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 716-717 (*Tratado*, p. 772) la niegan, salvo que se acoja una teoría objetiva; KOCH, “Zur Fortgesetzten...”, *ob. cit.*, p. 1268, entiende que la resolución continuada es inaplicable en sentido técnico a la continuación imprudente; KRATZSCH, “Die fortgesetzte...”, *ob. cit.*, p. 179, asegura que la resolución total demuestra una referencia estructural estrecha con los delitos dolosos. Las principales diferencias entre el delito simple y la ofensa continuada parecen quedar en el aspecto objetivo del tipo. Impedir una igualdad estructural entre ambas ofensas, depende del resultado de la comparación de sus correspondientes estructuras; MESA MORALES, “Tentativa...”, *ob. cit.*, p. 20, cita 3; CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, pp. 395-396; DELITALA, “In tema...”, *ob. cit.*, p. 204; MAGGIORE, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 174; NUVOLONE, *Il sistema...*, *ob. cit.*, p. 386, cuando afirma que el concepto de culpa es antítesis del concepto de «designio criminal»; PUNZO, *Reato continuato*, *ob. cit.*, p. 117; RISTORI, *Il reato...*, *ob. cit.*, pp. 17 y ss.; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, *ob. cit.*, pp. 51 y 52; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 138, la niega si se vincula el delito continuado al dolo global; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 691; PÉREZ, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 412.

³⁹ ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente, Colección Sistema Penal, núm. 2, Medellín, Diké, 1998, p. 166.

paradójico, aunque dicho elemento subjetivo no sea asimilable al dolo típico concreto.

Por el contrario, en segundo lugar, subsisten aquellas posturas para las cuales si se asume en el delito continuado un elemento subjetivo que no coincida de forma exacta con el núcleo subjetivo de los tipos dolosos o intencionales, como ocurre con la teoría criminológica del dolo continuado⁴⁰, la culpabilidad homogénea⁴¹, el designio criminal de naturaleza cognitiva⁴² o las teoría objetivas, será posible estructurar sin mayores inconvenientes una modalidad de continuación imprudente (derivada del concurso real de delitos), que unifique los distintos actos delictivos seriados que desatienden el cuidado jurídicamente exigido, y que producen de manera progresiva (discontinua) una lesión efectiva del bien jurídico tutelado. En estos casos, dicha unificación dogmática radicaría en una “unidad motivacional” supra-típica que expresaría la posibilidad de aprovechar las ocasiones contextuales similares sin que exista voluntad de

⁴⁰ Sobre la compatibilidad de la teoría del dolo continuado con la imprudencia, *vid.* CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 139, quien indica que basta, para estos efectos, que el sujeto conciba cada decisión voluntaria posterior, como concreción de una acción en principio irrelevante para el Derecho penal, como una continuación de la voluntad precedente, por lo demás carente de intención referida al resultado típico; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 267 y 268, sostiene: “[s]in embargo, entendido el dolo global no como auténtico dolo, desde luego incompatible con el delito culposo, sino como plan o proyecto, no habría dificultades en admitir el nexo de continuidad entre las diversas acciones imprudentes cuando el plan se dirigiera a la ejecución de las acciones peligrosas y no en contemplación de su resultado. Igualmente el aprovechamiento de la misma ocasión puede ir referido a la realización de las diversas acciones imprudentes, pues, una continuada línea psíquica es también pensable en los delitos imprudentes [...]”.

⁴¹ Sin embargo, DEL ROSAL, “Sobre el delito continuado...”, *ob. cit.*, p. 163, sostiene: “[...] es indiscutible que la concepción jurisprudencial de la «unidad de propósito» deja en desamparo la otra forma de culpabilidad, esto es, la culpa, so pena de que se entienda nuestra imprudencia a modo de delito autónomo y no como grado general de culpabilidad; [...] la asimilación de «unidad de propósito» a «unidad de culpabilidad» parece restringir el amplio campo en que se mueve la teoría de la culpabilidad [...]”.

⁴² En este sentido, por ejemplo, ALFREDO ANGELUCCI, “L’istituto della continuazione ed i reati colposi”, en *GP*, 1966, T. II (LXXI-feb.), Roma, 1966, p. 1033, dice: “[...] si es verdad que la intención es un concepto del todo extraño a la noción de designio, y no solo según nuestra opinión, no vemos cual dificultad puede ser el admitir la continuación para los delitos culposos” (t/1); BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 560, sostiene: “[n]o excluimos [...] la posibilidad de admitir continuación también en los delitos culposos. Si el designio criminoso no se identifica en las resoluciones particulares que están en la raíz de todo delito en continuación, debe considerárselo, entonces, como un lazo psicológico que vincula las concretas voliciones particulares”; BOSCARELLI, *Compendio...*, *ob. cit.*, pp. 233 y 234, incluso configurada por analogía *in bonam partem*; *id.*, *ibídem*, p. 234, cree dudoso poder predicar la continuación delictiva con dolo eventual; MASSARI, *Le dottrine...*, *ob. cit.*, p. 227; RANIERI, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 144; SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 543; VANINI, *Manuale...*, *ob. cit.*, pp. 264 y 265. En contra: RIZ, *Lineamenti...*, *ob. cit.*, p. 137.

realizar el resultado típico doloso, para desarrollar en forma seriada, con unidad de fin, la unidad de conducta en sentido amplio peligrosa y violatoria del deber de cuidado medio exigido en el tráfico jurídico. Incluso, en la doctrina alemana, JAKOBS⁴³ sostiene que en los delitos imprudentes se puede observar un propósito o voluntad global de continuación, en cuanto el autor planea de forma unitaria o global las distintas acciones imprudentes o los efectos de las mismas.

Sin embargo, un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que ha visto en la normativa española [Art. 74 CPE] una expresión prevalente del dolo continuado por voluntad de aprovechamiento de análogas ocasiones, rechaza de forma contundente esta posición y entiende que esta teoría impide formar el aspecto subjetivo de modo coherente en el delito imprudente, pues cuando el Art. 74 utiliza la expresión “aprovechando”, lo que en realidad demanda como concepto pseudo-volitivo es la verificación de una voluntad dolosa (consciente y voluntaria) de realización, en relación con el aprovechamiento de diversas ocasiones que facilite al autor la realización de la serie delictiva [STS del 04.03.1992 (RJ. 1992-1733)]⁴⁴. Luego, sólo se podría hablar de delito continuado si la norma hubiera consignado una redacción neutra como, por ejemplo: “con motivo de idéntica ocasión”. Sin embargo, tal rechazo gramatical no parece suficiente para negar la posibilidad del delito continuado imprudente.

En fin, confrontadas las teorías anteriores, ninguna de las objeciones mencionadas resulta decisiva a la hora de negar la viabilidad teórica del delito continuado imprudente. Entre otras razones, porque ambas posiciones doctrinales pretenden extender desde el punto de vista dogmático —de manera desafortunada mediante desviaciones esenciales—, las teorías del elemento subjetivo para la comisión continuada dolosa a los posibles

⁴³ Vid. JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1095 y 1096. De hecho, este autor se plantea la posibilidad de delitos continuados compuestos al tiempo por acciones parciales dolosas e imprudentes, con ocasión del desarrollo de un plan global. Delitos continuados que tendrían un tratamiento doloso, aun cuando ello implique desechar desde la teoría tradicional, la aplicación del delito continuado por la ausencia de unidad relativa de tipo.

⁴⁴ Al respecto, *cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 580; CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1016; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 296; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 644, señala que el aprovechamiento “[...] exige objetivamente la idéntica ocasión y subjetivamente su aprovechamiento consciente [...]”.

eventos de delito continuado imprudente, como si en ambos casos se infringiera la misma modalidad de norma jurídico-penal⁴⁵, o se ejecutara en forma progresiva la misma modalidad típica. Si bien la tendencia de la moderna dogmática penal es unificar los aspectos objetivos de los delitos dolosos e imprudentes por medio de elaboraciones como la imputación objetiva, ello no significa que dicha tendencia deba extenderse por completo hasta lo subjetivo del tipo. Es más, desde el punto de vista metodológico parece inconsecuente tratar de modificar los subjetivo doloso para dar cabida a lo subjetivo culposo (normativo), por lo cual el análisis no debe implicar la flexibilización o desnaturalización de figuras como el dolo total o global o el dolo continuado, para atribuir en el último caso dos sentidos al plan criminal o al plan preconcebido: uno criminal y otro extra-típico con consecuencias antijurídicas.

Una aproximación a este tema en la doctrina colombiana fue hecha en su momento por REYES ALVARADO⁴⁶ quien, con base en la diferencia subjetiva entre ambas modalidades de continuación, indicó la necesidad de distinguir en los eventos dolosos continuados entre el dolo y la finalidad. En este sentido, indica —si se reconoce que el elemento subjetivo está estructurado por la finalidad única que constituye el primer elemento de la acción unitaria y, desde luego, del delito continuado como una de sus formas y no la intención calificada que se determinará en la valoración subjetiva del tipo—, es posible admitir la continuación en los delitos imprudentes porque en ellos existe también una finalidad inherente a la acción.

En este orden de ideas, si se tiene claro que los delitos dolosos e imprudentes tienen estructuras dogmáticas más o menos diferentes, al menos desde el punto de vista subjetivo como formas de conducta

⁴⁵ Vid. TOMÁS TÍO, “El delito..., *ob. cit.*, p. 143, a favor de la construcción del delito continuado imprudente, desde la perspectiva del Art. 69 bis de 1983. Sobre el particular, KOCH, “Zur Fortgesetzten..., *ob. cit.*, p. 1268; CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, *ob. cit.*, p.163, advierte: “[l]as teorías que se han elaborado para justificar el papel de la norma penal en la estructuración del hecho punible, han mirado de manera principal, en lo que a la función de determinación respecta, a la estructura del delito doloso. A la función de determinación de la norma en el delito imprudente no se ha conferido la misma atención, lo que ha sucedido, o bien por el entendimiento de que en este ámbito no se presenta ninguna modificación importante en lo atinente a la explicación de la función en cuestión con respecto a la que se presenta frente al delito doloso [...]”.

⁴⁶ REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 211.

autónomas e injustos diferenciables [CP, Arts. 21, 22 y 23; CPE, Art. 5.º], se debe concluir que la continuidad delictiva, entendida como una forma de realización especial del tipo (y no como una fórmula punitiva de unificación de diversas tipicidades culposas, ensambladas a partir de un elemento subjetivo supra-típico voluntario o pseudo-volitivo que demande la realización de los actos parciales con conocimiento y una cierta resolución) recoge también tales diferencias. Luego, es posible sostener con base en lo postulado por KOCH, que el elemento subjetivo unificador de la continuación delictiva imprudente no radicaría en el desvalor de acción del tipo doloso continuado (dolo global o plan previo, dolo continuado, designio criminoso volitivo, etcétera), sino en otro elemento previo y común que no varía la estructura dogmática (objetiva) dolosa o culposa, como lo sería la planeación final del autor (omnicomprensiva) de la realización voluntaria no dolosa de una conducta extra-típica seriada⁴⁷, conducta que resulta peligrosa *ex ante* para el bien jurídico tutelado de forma progresiva. Con lo cual, en principio, se respetarían las estructuras básicas del dolo y de la culpa en esta institución jurídica, pues también en los delitos imprudentes existe finalidad y voluntariedad de realización de los actos extra típicos.

De este modo, el delito continuado imprudente sería un actividad ejecutiva seriada que, al infringir con relativa homogeneidad y de forma sucesiva los deberes de cuidado exigibles en concreto⁴⁸, respecto al manejo de

⁴⁷ Vid. KOCH, “Zur Fortgesetzten...”, *ob. cit.*, p. 1268, para quien no es necesario que la acción continuada tenga los mismos prerequisites en ambas formas de conducta desde el punto de vista subjetivo, al ser suficiente en los eventos culposos el conocimiento de la implementación voluntaria de una serie de acciones que causan involuntariamente la lesión de los bienes jurídicos; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 212, manifiesta: “forzoso es reconocer que ese fin concebido como un plan unitario de comportamiento natural es propio tanto de los delitos dolosos como de los culposos, de tal manera que el delito continuado sí puede presentarse en los hechos punibles (sic) generados por culpa”; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, 3ª ed., *ob. cit.*, p. 633, señala: “en verdad, no se trata de exigir un nuevo dolo o de que este coincida con el núcleo subjetivo de los hechos dolosos de comisión, sino de postular la necesidad de una unidad de fin en el agente, lo cual es posible tanto en los hechos dolosos como en los culposos [...]”; Luego, *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1000, señala: “[...] la figura del delito continuado requiere “un dolo global o conjunto” (plan preconcebido), o sea, una verdadera unidad de finalidad; en otras palabras: es indispensable un designio único a manera de verdadera abrazadera que permita aglutinar los diversos actos en una sola acción o conducta”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 436, reitera que “[...] el elemento subjetivo irá referido a la ejecución de las acciones peligrosas y no a la contemplación de su resultado”.

⁴⁸ En este sentido, CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 180: “existen diversos deberes de cuidado derivados entre otros factores, de cada uno de los bienes

determinadas fuentes de peligro, no sólo se adecúa a un mismo tipo penal que las comprende, sino que produce la lesión progresiva y no intencional de un mismo bien jurídico no “eminente personal”. Lesión que, valga advertirlo, el sujeto o no previó en su gravedad aproximada, o cuando lo hizo confió de manera fundada en poder evitar —entre los diversos resultados producidos sucesivos— los efectos de su conducta, atendida la forma ejecutiva de conducción objetiva que imprime a los actos parciales que componen la estructura objetiva de la continuación.

Desde luego, toda la serie de actuaciones parciales deberá causar la misma clase de resultado típico exigido por el tipo imprudente o uno asimilado, de tal suerte que las ofensas homogéneas se puedan reconducir a un injusto unitario, como resultado de una progresión de la lesión del mismo bien jurídico y, con ello, a una única infracción delictiva mediante la interpretación social del tipo penal infringido. De hecho, al entenderse la continuación como una forma de realización del tipo penal, lo que interesa para la penalidad de la imprudencia continuada —a diferencia de los delitos dolosos— es la producción de un resultado jurídico total (injusto unitario) que justifique dicha penalidad, siempre que este sea imputable desde el punto de vista objetivo a la totalidad de la conducta continuada violatoria del deber objetivo-subjetivo de cuidado exigido en el tráfico jurídico (jurídica desaprobada).

En cualquier caso, sería interesante revisar la posibilidad de continuación, por ejemplo, en los eventos consagrados en el Art. 267 del CPE, mod. LO 15/2003, inc. 1º, relativos a “los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros”; o, en los casos de peculado culposo previstos por el CP, Art. 400, cuando “[e]l servidor público que respecto a bienes del Estado o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por

jurídicos que el legislador desea proteger mediante la tipificación del comportamiento respectivo [...], de la entidad del peligro generado para los bienes jurídicos; y de las concretas circunstancias en las cuales es realizada la acción”.

razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se [...] dañen”⁴⁹.

En estos supuestos, no parece desatinado y sí injusto inadmitir la continuación cuando el sujeto activo planea una actividad extra-típica compleja que, al ser peligrosa *ex ante* para el bien jurídico, produce mediante una progresiva infracción del deber de cuidado exigible (imprudencia grave por progresiva realización de comportamientos desaprobados), daños parciales seriados frente a uno o varios titulares que puedan considerarse, respecto al tipo infringido, como un mismo resultado total homogéneo imputable objetivamente (superior a 80.000 € en España) a la unidad de conducta del autor. Ello, siempre que todos los daños resulten evitables del mismo modo en cualquier momento de la progresión delictiva. Sería el caso del mal uso progresivo de un bien público que por negligencia e impericia sufre daños. Así las cosas, si se cumplen los demás requisitos típicos y se admite la figura en el evento indicado, no parece razonable aplicar la normativa del concurso material de delitos por daño en bien ajeno o por peculado culposo, al existir la posibilidad de reconducir normativa y socialmente estas hipótesis a una modalidad de delito continuado. Se trataría de eventos que han sido descartados como modalidades de delito único en sentido estricto.

Por supuesto, no se puede desconocer que subsisten serias dificultades dogmáticas a la hora de mantener una imprudencia continuada, luego que el agente haya realizado el primer acto parcial con la consecuente primera lesión del bien jurídico⁵⁰. En efecto, si se trata de una imprudencia consciente, es posible que el sujeto ya no pueda confiar más —de manera

⁴⁹ Ejemplos expuestos por REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 212 y CASTIÑEIRA PALOU, *ob. cit.*, p. 40. El primero, es el del servidor público a quien se le confía por razón de sus funciones la administración de unos bienes del Estado y que, para estos efectos, decide adoptar un sistema de contabilidad —aun cuando él considera confiable— desechado por la administración pública debido a serias inconsistencias; una vez puesto en funcionamiento dicho patrón, la contabilidad mensual resulta desfasada y causa graves pérdidas para la entidad pública, irregularidad que sólo se detecta hasta el sexto mes. El segundo ejemplo, es el del sujeto que, con la finalidad de evitar pérdida de tiempo mientras se calientan las máquinas y con el propósito de cumplir una entrega de productos en un tiempo determinado, deja encendidas en distintas noches las baterías eléctricas con infracción de las normas de seguridad, lo que causa varias explosiones.

⁵⁰ *Vid.* ANGELUCCI, “L’istituto...”, *ob. cit.*, p. 1033.

fundada y seria, comoquiera que ha confirmado *ex post* la peligrosidad de su actuación— que, con la realización de los demás actos parciales, no se plasmará de manera sucesiva y causal el riesgo de lesión ya previsto en la oportunidad anterior y que todavía pervive con la posibilidad de incrementar en forma progresiva la lesión del bien jurídico. Ello, salvo que el sujeto se empeñe —en cada acto parcial— en variar las medidas de seguridad dispuestas para la conducción de su conducta seriada, según considere que se debe realizar la conducta de manera correcta acorde con el deber de cuidado, a fin de evitar —porque no lo acepta— la evolución progresiva del resultado. Sin embargo, ello también podría generar serias dudas —a pesar que los tipos imprudentes son en parte abiertos en comparación con los dolosos⁵¹— sobre la homogeneidad de los procedimientos de realización de la conducta extratípica (definida en sus contornos), de los medios para realizarla y de la identidad del cuidado exigible en el caso concreto, según el marco de la actividad social desempeñada.

A su turno, en el ámbito de la imprudencia “inconsciente”, debe decirse lo siguiente: en teoría la responsabilidad consistiría en que el sujeto, a pesar de haber planeado de modo global la serie de actuaciones extratípicas, ni siquiera ha previsto la gravedad aproximada de la lesión progresiva previsible, producto de los actos parciales que —al suponer cierta negligencia o imprudencia— infringen el deber de cuidado según las reglas técnicas y las directrices establecidas por el ordenamiento jurídico, con lo cual no sólo inadvierte de manera continua el deber de motivación de la norma imprudente⁵², sino que genera una lesión progresiva (producto de un riesgo desvalorado continuo o progresivo) contra el bien jurídico no personalísimo, que queda por fuera de su representación, frente a la cual es indudable que tenía la obligación de adoptar medidas que previnieran la realización o evitaran el resultado lesivo⁵³.

⁵¹ Sobre tal discusión, CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, *ob. cit.*, pp. 185 y ss.

⁵² *Vid. ibídem*, p. 169.

⁵³ Esta situación fue advertida en su momento por MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 452 y 453, al señalar: “[n]o puede tenerse, por lo regular, continuación en los delitos culposos, porque cuando se quisiera referir el proyecto delictuoso a la conducta contraria a la policía o a la disciplina (el referirla al evento sería erróneo), la verificación del primer evento lesivo sería en todo caso tal de llevar al culpable a un nuevo proyecto, antes de repetir el

En cualquier caso, esta modalidad de continuación sería poco frecuente, pues lo más probable es que el sujeto, luego del primer acto parcial y su correspondiente resultado, abandone por fuerza su imprevisión por la vía de un conocimiento efectivo o al menos actualizable de los resultados de su conducta y, así, reconduzca su actuación al ámbito de responsabilidad por imprudencia consciente o dolo eventual. Así mismo, debe advertirse la imposibilidad de configurar eventos de delito continuado dolosos y culposos al mismo tiempo, no sólo porque el contenido de la finalidad en el ámbito doloso y culposo es distinta sino, también, porque los eventos dolosos, además de la finalidad, exigen dolo global o continuado⁵⁴, dicho lo cual estas hipótesis podrán ser objeto de un concurso de delitos.

En fin, cabe señalar que son muy pocas las infracciones imprudentes que admitirían la continuidad, por fuera de los casos simples de unidad de acción y desde el punto de vista de los bienes jurídicos no personalísimos, considerado el sistema de “*numerus clausus*” imperante en Colombia y en España (CP, Art. 21).

D. EL DELITO CONTINUADO DE TIPOS COMPLEMENTADOS O MODIFICADOS.

Respecto a la exigencia de unidad típica relativa, se debe considerar con especial atención la problemática de las circunstancias o elementos típicos que rodean la conducta continuada. Desde luego, la incidencia de las circunstancias en dicha figura sustantiva depende no sólo de la naturaleza de los elementos típicos que modifican los supuestos fundamentales sino, también, de la razón de ser otorgada a la continuación.

En este escrito se ha afirmado que el delito continuado constituye una particular forma de realización del tipo penal, previa unidad ontológico-

hecho ilícito. Sin embargo, cuando el evento causado por el primero de estos hechos hubiese quedado ignorado del reo, la continuación del delito culposo podría verificarse”; RANIERI, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 144, apunta que “[...] es dable admitir que la continuación existe aun en los delitos culposos, con tal que el agente no se haya dado cuenta del resultado de su conducta anterior y haya realizado nuevas conductas, imprudentes o negligentes o inexpertas, dando lugar a otros hechos, para alcanzar el fin que se había propuesto y con respecto al cual había ideado su proyecto”.

⁵⁴ En la misma línea, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 65 y REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 213. En contra: JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1095.

normativa, ello es, una unidad de acción amplia compuesta por diversos actos ejecutivos particulares de la misma modalidad típica o una semejante, abarcados por el mismo tipo penal, cuyos resultados jurídicos estructuran un injusto unitario. Por ello, se puede afirmar que la concurrencia de cualquier circunstancia genérica o específica (objetiva) que recaiga sobre uno de los actos parciales cubiertos por la unidad de infracción, se podrá predicar del delito continuado en general (como una sola infracción sustantiva de la ley penal), desde la perspectiva de la terminación del delito⁵⁵.

En este orden de ideas, la punibilidad de la unidad delictiva toma como punto de partida la penalidad de la perpetración parcial más intensa agravada (por su desvalor de acción y/o de resultado) entre las ofensas concurrentes contra el mismo bien jurídico tutelado, y, sobre la pena operativa correspondiente, se aplican no sólo las demás circunstancias agravantes (genéricas o específicas), sino la norma del delito continuado [CPE, Art. 74; CP, Art. 31, par.]. Claro, ello no implica afirmar que la agravante solo resulta aplicable a la infracción en la que concurre, si no que ella se extiende a todo el delito continuado con inclusión de los demás actos parciales realizados por el autor; sólo así se puede afirmar que el delito continuado es una unidad delictiva sustantiva. En general, esta regla es aceptada sin mayores objeciones por la doctrina⁵⁶ y la jurisprudencia dominantes, aunque con excepciones como se verá más adelante [STS 461 del 05.06.2007 (RJ. 2007-4030)].

⁵⁵ Así, P. Ej.: DELITALA, “In tema..., *ob. cit.*, p. 202; PAGLIARO, *I reati connessi, ob. cit.*, p. 111: “[s]i estos principios se aplicaran en relación con el delito continuado, debería concluirse que la subsistencia, respecto a la violación individual, de una situación de hecho, la cual integra una circunstancia agravante, importa la aplicabilidad de la agravante misma respecto del íntegro delito continuado [...]”; comentando los alcances subjetivos del principio de la unidad, TOMÁS TÍO, “El delito..., *ob. cit.*, p. 120; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 717-718 (*Tratado*, p. 773).

⁵⁶ Esta ha sido acogida desde 1928, entre otros, por DELITALA, *Reato Continuato...*, *ob. cit.*, p. 119. Así lo afirma la STS 563 del 24.09.2008 (RJ. 2008-4800): “Las SSTs. 238/2003 de 12.12, 635/2006 de 14.4, 900/2006 de 22.9 y 416/2007 de 23.5, recogen la anterior doctrina y declaran que “el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Se trata de una cuestión que ha sido también objeto de decisiones de esta Sala en las que hemos excluido toda infracción del principio non bis in idem (SS. 17.12.96, 13.2.97)”.

Por lo demás, en distintas oportunidades, el TS ha afirmado que el delito continuado permite la agravación de la figura típica básica, al ser una infracción más severa que un simple delito único [SSTS 563 del 24.09.2008 (RJ. 2008-4800)⁵⁷ y 1236 del 27.06.2002 (RJ. 2002-7218)]. Por el contrario, las agravantes específicas obedecen a razones fácticas y jurídicas diferentes que exigen, al menos, que alguno o todos los actos parciales sean más graves que el supuesto básico, por lo que no resulta vulnerado el ‘*ne bis in idem*’ cuando se procede a su aplicación conjunta. Así, en STS 218 del 18.02.2004 (RJ. 2004-2894), el Tribunal Supremo manifiesta que “no se produce la vulneración del principio «*non bis in idem*» al aplicar la regla penológica del artículo 69 bis CP, dado que una sola de las estafas cometidas alcanzó el valor de 5.352.620 ptas., que por sí sola configura el subtipo agravado y extiende esta calificación a todo el «continuum», aunque el resto de las otras estafas no alcanzaran una especial gravedad en la cantidad defraudada” [SSTS 554 del 24.09.2008 (RJ. 2008-5372), STS 563 del 24.09.2008 (RJ. 2008-4800), del 06.11.2001 (RJ. 2001-9400), del 24.11.1990 (RJ. 1990-9156) y 02.10.1990 (RJ. 1990-7635)]. Igual argumento puede ser aplicado a la legislación colombiana vigente en materia de agravantes objetivas.

En cualquier caso, en virtud del principio “*ne bis in idem*”, al menos en materia de delitos de naturaleza patrimonial —como se dirá más adelante en el capítulo referido a la punibilidad—, el operador jurídico debe ponderar en forma detenida la doble agravación de la continuación delictiva con base en

⁵⁷ Dicha jurisprudencia afirma lo siguiente: “La razón, como recuerda la STS. 7.2.2005, es clara: el delito continuado es más grave que un delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno de los hechos de la continuidad son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. La *agravante del art. 250 CP. referida a cada uno* de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial ánimo de lucro del autor del delito. La agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor repulsión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que han lugar a una unidad jurídica específica. En este sentido las SSTS. 700/2006 de 27.6, 605/2005 de 11.5, declararon que “la jurisprudencia de esta Sala Segunda, ha señalado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del *art. 250.1.6 CP.* ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante”.

las facultades otorgadas por el Art. 74.2⁵⁸, pues en el caso de que la agravante específica implique un fundamento agravante similar, por ejemplo, la “notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”, se deduce la agravante especial que desplaza a la general del delito continuado, en un concurso aparente de tipos que se soluciona por medio del principio de especialidad [SSTS 1111 del 22.07.2003 (RJ. 2003-6351), del 21.05.1994 (RJ. 1994-4049), 1180 del 06.06.1994 (RJ. 1994-4536) y del 27.05.1987 (RJ. 1987-3141)]. En este sentido, la STS 679 del 30.04.2001 (RJ. 2001-3584), afirma: “tal compatibilidad sólo será posible en el caso de que las diversas acciones que vertebran el delito continuado, sean, además, aisladamente consideradas como merecedoras de tal agravación, en caso contrario ha de estarse por la incompatibilidad entre ambas, único caso en el que no se produciría una vulneración del principio «non bis in idem», pues en los restantes, se valoraría dos veces el valor de la defraudación una para apreciar la continuidad delictiva atendiendo al valor de toda la defraudación y luego nuevamente se volvería a valorar esta pena para apreciar la agravante específica” [vid. SSTS 1017 del 16.06.1999 (RJ. 1999-5690), 168 del 13.02.1997 (RJ. 1997-168) y 1030 del 17.12.1996 (RJ. 1996-9179), del 02.05.1994 (RJ. 1994-3633), entre otras].

Dicha posición encuentra sentido, cuando se advierte que el delito continuado exige la infracción progresiva de la misma disposición legal o de una semejante (unidad relativa típica), identidad de bien jurídico afectado y cierta identidad de realización. Actuaciones parciales que resultan abarcadas por una interpretación razonable del tipo penal, al mediar unidad de acción en sentido amplio, por la naturaleza jurídica del mismo supuesto de hecho y

⁵⁸ Así, en STS 1236 del 27.06.2002 (RJ. 2002-7218) se indica: “no estamos ante una pluralidad de estafas básicas de cuya suma global surja la agravación por el valor de la defraudación, sino ante un conjunto de acciones cada una de las cuales, en su propia individualidad, constituye un delito de estafa agravada por el valor de la cantidad defraudada que se tipifica en el artículo 250.1.6º CP, Es claro que en el primer supuesto, la circunstancia del importe total de la defraudación no podría servir a la vez para calificar los hechos como delito de estafa agravada y como delito continuado de este concreto tipo, pues ello vulneraría el principio «non bis in idem». Pero también es evidente que no se violenta dicho principio cuando —como aquí acontece— la continuidad delictiva se establece respecto de una serie de infracciones que aisladamente consideradas constituyen el subtipo agravado del artículo 250.1.6º tan repetido, de manera que la sanción de ese conjunto de acciones delictivas a través de la regla penológica del artículo 74.2 CP resulta legalmente intachable, para castigar una reiteración de acciones delictivas”.

por el plan general concebido por el autor. Por tal motivo, no es posible apreciar un delito continuado cuando tal elemento típico o circunstancia particular configure un tipo penal autónomo —*delicta sui generis*— diverso, en su ratio de protección, al infringido básico o modificado de forma seriada o continuada. Así lo ha dictaminado el TS en sent. 1572 del 25.11.2003 (RJ. 2003-9361), en la cual se sostiene que, aunque “existe una abundante e invariable doctrina de esta Sala, que estima que, aunque el delito de robo con violencia e intimidación se halle inserto dentro del título de los delitos patrimoniales, por el hecho de incorporar en el tipo una lesión a la libertad y seguridad de las personas (infracción mixta) de más relevancia que el ataque patrimonial, debe considerarse un delito que ofende bienes personales, además de los patrimoniales. De ahí que, según el párrafo 3º del Art. 74 CP, estos delitos quedan excluidos de la continuidad delictiva”⁵⁹.

Desde luego, el tema es muy controvertido en la doctrina, porque este principio, que resulta común a las teorías de la unidad y de la ficción absoluta, ha sido matizado por las posturas de la ficción relativa y de la unidad jurídica, no obstante la última de ellas proyecte la unidad delictiva no sólo en términos punitivos sino también sustantivos y procesales. De hecho, las teorías tradicionales de la pluralidad delictiva sostienen la desintegración punitiva aparente respecto de la punibilidad de la agravante en el delito continuado, como si en materia de unidad delictiva operase el sistema concursal de la absorción. Para dichas concepciones, aplicar las agravantes concurrentes a todo el hecho delictivo, como lo hacen las teorías de la unidad real u ontológico-normativa, supondría extender de forma automática la agravante a una serie de acciones u omisiones en relación con las cuales —aparentemente— el supuesto de hecho no concurre de manera

⁵⁹ Vid. SSTS 1564 del 07.10.2002 (RJ. 2002-9972); 680 del 27.04.2001 (RJ. 2001-3599); STS 63 del 25.01.2002 (RJ. 2002-1440); 25.07.2000 (RJ. 2000-6921), 03.11.2000 (RJ. 2000-451), 29.06.1999 (RJ. 1999-6120), STS 1677 del 24.11.1999 (RJ. 1999-8889), 1420 del 14.10.1999 (RJ. 1999-7035), 1067 del 29.06.1999 (RJ. 1999-6120), 10.10.1998 (RJ. 1988-8314), 18.11.1998 (RJ. 1993-8640), 13.12.1995 (RJ. 1995-9243), 18.09.1993 (RJ. 1993-6769) y 12.03.1990 (RJ. 1990-2450). Aunque también se ha negado la continuación delictiva en casos de robo con fuerza en las cosas, cuando son apreciables dos acciones sustantivas con aprovechamiento de idéntica ocasión, STS 1272 del 28.06.2001 (RJ. 2001-6824).

efectiva, en clara contradicción con el principio de legalidad concursal⁶⁰; además, ello implicaría una penalidad en perjuicio del procesado desde la perspectiva del *favor rei*. Para terminar, esta postura considera que el delito continuado no es una realidad jurídica sino una pluralidad de tipicidades, sobre la cual el nexo de continuación solo tiene el efecto jurídico de permitir aplicar el principio de absorción sobre el resto de tipicidades concurrentes, agravada de igual modo por la continuación delictiva.

Sin embargo, no sólo la jurisprudencia del TS sino también autores como PROTO⁶¹, advierten la insuficiencia conceptual de la teoría de la ficción en esta materia, pues parte de una “evidente contradicción de términos” cuando sostiene una unidad delictiva con base en el principio del *favor rei*, que sobre el terreno funcional no implica resultados idénticos o unitarios en cuanto a la punibilidad de las agravantes. En este orden de ideas, las SSTS 300 del 22.02.2001 (RJ. 2001-479) y 1313 del 25.06.2001 (RJ. 2001-5668, la última de las cuales afirma: “[c]omo se expresa en las sentencias de esta Sala de 2 de febrero (RJ 1998\412) y 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4438), el delito continuado no aparece definido como una suma de «delitos» sino de «acciones u omisiones» o también infracciones contra bienes jurídicos. Añaden dichas sentencias que, a estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva. Si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor,

⁶⁰ Así, CANTARERO BANDRÉS, *Problemas Penales...*, *ob. cit.*, p. 142; CASTIÑEIRA PALOU, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 201 y 202; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 396, sostiene: “[...] las circunstancias que estén presentes sólo en algún hecho que no es el hecho singular conforme al cual debe juzgarse la acción continuada quedarán desplazadas de igual forma que los demás elementos de los tipos realizados que quedan desplazados por el sistema de absorción. De esta manera, sólo las circunstancias de agravación —o atenuación— que acompañen al hecho más grave extenderán su eficacia a todo el hecho continuado”; del mismo parecer, CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, p. 113, aunque advierte: “[I]o que es válido para una infracción no lo es para todo el conjunto; no es razonable ni equitativo atenuar o agravar la pena definitiva del delito continuado en virtud de una atenuante o agravante que solo concurre únicamente en una infracción”.

⁶¹ PROTO, “Insuficiencia...”, *ob. cit.*, pp. 186 y ss.

difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva”.

Por ello se explica que los partidarios de la ficción relativa planteen que al cómplice que coopera sólo en algunos actos, sin intención de participar en el plan criminal global, se le deba imputar como pena operativa el *quantum* punitivo para la continuación del delito modificado agravado, la pena para el único delito modificado o para el delito simple en el que de verdad colabora. A pesar de ello, la ley es tajante en este punto al indicar que al cómplice se le aplica la pena base imponible al autor (el tipo equivalente con pena más grave), pero atenuada.

Por el contrario, si se trata de circunstancias típicas o de una agravante de naturaleza subjetiva afincada en el menor desvalor de acción (objetivo o subjetivo) o culpabilidad, de forma mayoritaria se afirma que éstas solo se podrán extender a la totalidad delictiva, cuando el agente haya actuado de conformidad con ella en todos los actos seriados que estructuran la unidad de acción en sentido amplio y la unidad de tipo. De lo contrario, cuando sólo concurra en alguno de los hechos seriados individuales, no podrá ser reconocida en la continuación porque dicho elemento o circunstancia subjetiva no coincidiría con el elemento subjetivo total del delito continuado —distinto del dolo—⁶². Esta exigencia es evidente en los llamados delitos de tendencia, como sucede por ejemplo en el hurto [CP, Arts. 239 y ss.], pues si alguno de los actos parciales no implica un ánimo “el obtener provecho para sí o para otro”, no podrá ser cobijado por el ámbito contextual del mismo tipo penal infringido.

En fin, dicha unidad también debe aplicarse en materia de atenuantes. A pesar de ello, la doctrina mayoritaria —que sigue la tesis de la ficción jurídica ya criticada— considera que las atenuantes, al igual que en materia de circunstancias agravantes de naturaleza subjetiva, sólo podrán ser

⁶² De la misma opinión PROTO, “Insufficienza...”, *ob. cit.*, pp. 202, 205 y 206.

reconocidas si tienen relación con todo el episodio criminal o con el delito más grave⁶³.

E. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN EN EL DELITO CONTINUADO. Dos de los asuntos más debatidos sobre el delito continuado son, en primer lugar, la posibilidad de predicar la extensión del tipo penal continuado mediante la figura de la tentativa y, en segundo lugar, el precisar en el plano teórico el momento en el que se cumplen los requisitos legales para afirmar la consumación del tipo penal continuado. Como es apenas natural, la solución de ambas cuestiones depende de la postura dogmática asumida en relación con la naturaleza estructural de la continuación (pluralidad de tipicidades o unidad delictiva).

Ya se afirmó que el delito continuado abarca (desde la perspectiva valorativa) una serie de actos que estructuran una unidad ontológico-normativa de acción —en sentido amplio— cuyos desvalores de acción y de resultado son absorbidos por una unidad de infracción, que supone la existencia progresiva de un injusto unitario. Se trata en consecuencia de una unidad delictiva en sentido sustantivo, punitivo y procesal, cuya identidad relativa de tipo no se excluye cuando la serie de actos que componen la unidad de acción resultan tentados y consumados de manera simultánea; ello es, actos en distinto grado de perfección delictiva referidos al mismo supuesto de hecho o a uno semejante⁶⁴. Para la doctrina dominante, la

⁶³ Cfr. CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 406; PROTO, “Insufficienza...”, *ob. cit.*, pp 212 y ss.; ANTÓN ONECA, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 462; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 342, al afirmar: “[l]a atenuación desplegará su eficacia sobre el hecho en que concurra y solo desplegará efectos a todo el hecho en la medida en que el tipo que complete prevea la amenaza penal más grave. Por tanto, el privilegio no podrá afectar a todo el hecho en cuanto la ley impone la pena del hecho individual más grave que, por definición, no lo será aquel en que concurran circunstancias de atenuación penal”. Desde luego, la última afirmación es complicada, porque no es cierto que en el conjunto de actos parciales, aquel acto atenuado deje de ser siempre el más grave en sentido punitivo.

⁶⁴ Respecto al tipo individual, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 396: “[...] no se excluye la homogeneidad de las formas de comisión cuando los actos individuales se realizan, en parte como tentativa, y en parte como delito consumado, pues en tal caso se entiende que los actos particulares realizan el mismo tipo de injusto indiferentemente del grado de perfección —forma incompleta de realización del mismo tipo—, de modo que no habrá obstáculo en entender la total infracción consumada en atención al principio de unidad jurídico-material del hecho continuado”.

tentativa es un dispositivo amplificador del mismo tipo penal, por lo cual entender que dichos actos no quedan cubiertos por la unidad de acción continuada en virtud del principio de subsidiariedad material, supone dar un tratamiento punitivo más severo al autor de estas hipótesis, que a quien —en la terminología más tradicional— consumó todos los actos parciales. Véanse a continuación las diferentes posturas sobre esta materia:

(1). Si se asumen las teorías tradicionales de la ficción o algunas variantes de la realidad jurídica, que definen el delito continuado como una verdadera pluralidad jurídica de infracciones completas, autónomas e independientes, unificadas para efectos punitivos o procesales, habría que admitir desde el punto de vista objetivo la existencia de tantas tentativas de delito como cuantos actos ejecutivos realizados no logren la consumación del delito individual, según la clase de tipo penal infringido por el autor⁶⁵. Aún más, para esta teoría el plan criminal previo o el elemento subjetivo unitario no tendrían ninguna relevancia para sostener la tentativa de la totalidad, porque a tales efectos se tendrían en cuenta los distintos dolos típicos dirigidos a alcanzar las consumaciones de las infracciones individuales seriadas⁶⁶.

De forma excepcional los partidarios de la teoría de la ficción aceptaron la tentativa de delito continuado; en este sentido, CARRARA afirmó: “[p]ero como la tentativa constituye un delito punible por sí mismo, y en cierto modo completo en su propio género, y que tiene su objeto en el derecho agraviado con el propio peligro corrido, del propio modo que el delito perfecto tiene su objeto en el derecho violado, por ello, cuando se hayan repetido diversas tentativas de un mismo delito, con toda razón se podrá

⁶⁵ Así, CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 87; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 184, indica: “la pluralidad de acciones lleva implícita una pluralidad de consumaciones, de tal suerte que resulta imposible hablar de una única consumación”; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 398 y 399, sostiene: “[...] las plurales realizaciones típicas que produzcan el resultado previsto en el tipo, habrán de estimarse individualmente consumadas, pues se habrán producido tantas modificaciones del mundo exterior o peligros de modificación cuantos hechos individuales puedan afirmarse. En efecto, no constituyendo la acción continuada una realización típica en sí misma, ni cabe hablar de un momento consumativo propio ni puede concebirse un dolo unitario de la acción continuada distinto del dolo propio de cada hecho individual./ En consecuencia, no puede hablarse de tentativa de delito continuado [...]”.

⁶⁶ *Cfr.* CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 435; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 399. En contra: ANTÓN ONECA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 462, admite la tentativa con dolo global.

encontrar en los conatos posteriores una tentativa continuada, si dichos conatos no se compenetran en una sola acción”⁶⁷. Esta postura, de manera sorprendente, se acoge en alguna sentencia del TS en la que por razones de naturaleza probatoria, se reconoce que los actos del delito más grave fueron realizados en su modalidad de tentativa; en efecto, la STS 1356 del 14.11.2005 (RJ. 2005-7460) señala de manera textual:

“II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. / ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior sent. Casacional, los hechos enjuiciados, que fueron correctamente calificados conforme a los preceptos 181.1, 2 y 4, 182.1 y 2, en relación con el art. 180.1.4º y 74 del Código penal, pero en relación con los arts. 16 y 62 del Código penal, en grado de tentativa delictiva, en cuanto al delito más grave, e individualizar penológicamente la condena imponible al acusado Sergio, en la pena de cinco años de prisión, manteniendo los demás aspectos del fallo de instancia, en materia de costas procesales, indemnización civil y medida de alejamiento. / III. FALLO. / Que debemos condenar y condenamos a Sergio, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales, en grado de tentativa [...]” (Subrayado por fuera del texto original).

En síntesis, para estas posturas no cabría hablar: (i) de tentativa de delito continuado, (ii) de la existencia de un elemento subjetivo común entre la tentativa y la consumación de la continuación delictiva —existiría una multiplicidad de dolos, tantos como actos tentados o consumados existan—, (iii) de un resultado propio del delito continuado; y, iv) de un estado consumativo independiente en la continuación, distinto de los estados consumativos de las tipicidades que la componen. Es más, según estos autores, cuando la doctrina fija un momento consumativo al delito continuado, ello no significa que éste exista en realidad, sino que este momento es necesario para obtener los efectos jurídicos o punitivos que justifican la aplicación de la institución en la práctica judicial (p. ej.: la prescripción de la ley penal)⁶⁸.

⁶⁷ CARRARA, *Programa...*, ob. cit., p. 346.

⁶⁸ Cfr. MANZINI, *Tratado...*, ob. cit., p. 420; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 399.

Además, para estas teorías tampoco se podría configurar el delito continuado tentado desde la perspectiva de la penalidad, al menos por dos razones: En primer lugar, porque algún sector de la doctrina sostiene que la concurrencia de actos tentados y consumados implica diversos tipos de delito, dicho lo cual el delito continuado no sería posible por ausencia de unidad relativa de tipo⁶⁹. Por supuesto, esta postura teórica se descartó en este escrito al señalar que la tentativa y la consumación no son tipos delictivos diferentes, si no diferentes grados de ejecución respecto del injusto (desvalor de resultado) del mismo tipo de delito continuado⁷⁰, que tienen consecuencias en la aplicación de la pena típica y que constituyen actos ejecutivos de la totalidad continuada —como unidad delictiva—, cuya consumación tiene lugar con el último acto parcial realizado por el autor según el plan criminal. Y, en segundo lugar, porque entre la existencia de actos tentados y consumados impera, en virtud del principio de alternatividad [CPE, Art. 8.4], la pena del acto más grave.

Así las cosas, para esta postura se aplicaría la pena del delito consumado en su modalidad continuada, teniendo en cuenta que la pena de la infracción más grave absorbe la pena correspondiente a las infracciones tentadas concurrentes⁷¹ [Art. 62 en conc. con el Art. 74.1 del CPE] —salvo que todos los actos delictivos que fundamenten la penalidad sean a su vez tentados—, o se aplicará la normativa del concurso real de delitos de manera proporcional, para no omitir la punibilidad de los hechos tentados con el respeto del principio de culpabilidad. Además, es necesario tener en cuenta que en los delitos patrimoniales [Art. 74.2], la tentativa no tendría ninguna relevancia punitiva cuando no implica un perjuicio patrimonial acumulable

⁶⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 341: “[...] el CP permite considerar a las fases anteriores a la consumación penadas por la ley como «delitos» distintos al delito consumado, y no sólo como «formas de aparición de éste último». La estructura del problema sería la siguiente, la punibilidad de alguna de dichas fases supone precisamente que no se produce la realización del tipo pretendido, sino un tipo de hecho distinto, al que por lo menos falta el resultado de la consumación”.

⁷⁰ El asunto es pacífico en la actualidad. No obstante, sobre el particular *cfr.* DELITALA, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 536; SANTORO, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 542; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, pp. 411-412; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 515; (*Tratado*, p. 553).

⁷¹ *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 257, quien señala que la jurisprudencia del TS indica de forma reiterada que las formas imperfectas son absorbidas por la unidad de tipo continuada. De la misma forma, STS del 15.07.1983 (RJ 1983-4184).

a la totalidad de la infracción patrimonial, con base en el criterio del “perjuicio total causado”, dicho lo cual la pena deberá siempre tomarse de la señalada para las infracciones consumadas, o si todas son tentativas, la prevista en el inc. 1.º.

(2) Ahora bien, como reacción dogmática a la fórmula anterior, algunos partidarios de las concepciones de la pluralidad delictiva plantearon la teoría de la tentativa por ficción⁷² en el delito continuado. Según esta postura, solo sería posible hablar de tentativa de delito continuado, mediante una extensión de los efectos prácticos de la ficción jurídica (absoluta), a partir de la cual se entienda (finja), en primer lugar, que existe una unidad delictiva continuada, y, en segundo lugar, que a partir de tal unidad ficticia existe una tentativa de delito, toda vez que el sujeto no realizó los últimos hechos delictivos que componen y consumarían la continuación conforme al plan criminal del autor. Ello, aunque en la realidad procesal sea posible probar varios delitos individuales, independientes, completos y autónomos, algunos de ellos incluso en grado de tentativa. Desde luego, cabe señalar que esta teoría tiene problemas teóricos de hondo calado, a saber:

(i) Resulta un medio procesal para solucionar aquellos supuestos en los que no ha sido posible demostrar la consumación del delito continuado, o incluso la existencia de las diversas acciones delictivas parciales que fundamentan la penalidad continuada, desde la perspectiva de la teoría de la ficción relativa.

(ii) Implica una contradicción teórica grave, pues quienes postulan esta concepción parten de una ficción relativa referida sólo a la penalidad (*quod modus pœnam*) y, con ella, deben asumir para estructurar la tentativa, una ficción absoluta que sobrepasa dicha penalidad y que, además, requiere un elemento subjetivo total como referente de la consumación ficticia de la unidad continuada. En consecuencia, no queda claro cuál es la modalidad de ficción que acogen estos autores, lo que demuestra lo ambivalente que resultan los alcances y efectos de la ficción respecto de la estructura y los límites de la figura delictiva.

⁷² Teoría que expone CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 186 y ss.

(iii) Esta teoría intermedia, se objeta con razón, hace depender la ficción de factores que harían ambivalente la continuidad objetiva, como por ejemplo: ¿cuál es el número de acciones que de manera necesaria debía y podía realizar el autor para consumir tal unidad ficticia? y ¿cuáles son los límites de la continuación? Por ello, esta concepción resulta innecesaria; además, si lo que se quería era otorgar a la continuación los efectos de las teorías de la unidad, bastaba recurrir a las teorías ontológico-normativas.

(iv) Es dudoso sustentar un concepto de tentativa dual: el primero, como modalidad de delito independiente y, el segundo, como tentativa de una figura que no deja de ser desde la perspectiva ontológica un concurso real de tipicidades, es decir, una tentativa ficticia de un concurso de delitos. Tal dualidad conceptual sería como mínimo asistemática en el ámbito de la moderna teoría del delito, sobre todo porque se crearía un concepto ficticio de tentativa, cuya aplicación no está respaldada por la normativa vigente en Colombia o España, de acuerdo con el principio de legalidad.

3. A su turno, la teoría de la realidad jurídica afirma que la consumación del delito continuado, entendido como una unidad legal autónoma, solo puede verificarse materialmente a partir de la última de las infracciones comisivas u omisivas completas realizadas por el autor en el desarrollo de tal unidad⁷³. Así, cada uno de los actos seriados que realiza el autor adicionaría una capa más a la consumación jurídica de la totalidad delictiva, dicho lo cual habría tentativa de delito cuando el sujeto haya comenzado algunos de los actos ejecutivos plurales (tentados o consumados), para lograr el resultado perseguido, pero otros han quedado sin realizar por causa o accidente que no sea imputable al sujeto según el plan criminal o a la unidad de fin⁷⁴.

⁷³ Cfr. PROTO, *Sulla natura...*, *ob. cit.*, p. 125.

⁷⁴ Así, por ejemplo, STS del 12.11.1973 (RJ- 1973-4379). Al respecto, TOMÁS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 118, señala que esta consecuencia lógica de una ficción circunstancial conduce al absurdo de colegir que la producción parcial de una seriación de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejante precepto penal y sean susceptibles de ser calificadas como un único delito continuado rara vez importarán, salvo por la apreciación de una nueva ficción, un delito continuado consumado, pues siempre cabría una prolongación de las acciones criminosas tendentes a la consecución de fines semejantes, lo que repercutiría en su punibilidad reducida; QUINTERO, MORALES y PRATS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 606, REYES ALVARADO, *El concurso...* *ob. cit.*, p. 233.

Sin embargo, es necesario precisar que la doctrina cuestiona de manera seria el concepto de consumación acogido por esta variante teórica, pues resulta poco sustentable una consumación o un estado consumativo seriado, compuesto o por capas, frente al cual siempre cabría la posibilidad de entender que faltaron acciones por ejecutar para completar la consumación de la totalidad jurídica. Por tal motivo, muchos partidarios de esta concepción y, en general, la doctrina dominante, prefieren negar la posibilidad de la tentativa de delito continuado, advirtiendo entonces que ésta institución jurídica se consume desde la consumación del primer acto realizado por el autor y alcanza su agotamiento con el último⁷⁵ (es asemejada al delito permanente).

En último lugar, es necesario tener en cuenta que para las concepciones de la realidad, el elemento subjetivo de la tentativa como forma de realización seriada del tipo, coincidiría con el elemento subjetivo global o continuado de la continuación consumada, es decir, el desvalor personal de acción es el mismo. En cualquier caso, no parece convincente la tesis que sostiene que el delito continuado implica una entidad jurídica intermedia y autónoma entre el delito único y el concurso de tipos, que exige un tratamiento jurídico ambivalente dada la necesaria autonomía jurídica de los actos que componen la continuación, para operar algunas veces como un concurso de tipos y otras como un delito único; más aún, si la base de dicha argumentación es una continuación realizada con dolo continuado.

4. Para concluir, las teorías ontológico-normativas afirman que solo la unidad delictiva —compuesta por múltiples actos de un proceso ejecutivo que reiteran el sentido formal del tipo como una unidad de acción en sentido amplio— podrá ser objeto de consumación o de tentativa. Ello, aun cuando en apariencia se pueda apreciar cada acto ejecutivo como un hecho consumado o tentado independiente, situación que puede resolverse sin inconveniente mediante el principio de subsidiariedad tácita (actos intermedios del delito fin en apariencia típicos).

⁷⁵ Cfr. ANTÓN ONECA, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 462. Por su parte, PUNZO, *Reato continuado*, *ob. cit.*, p. 151, considera que la consumación en el primer acto es inconsecuente con la idea del delito continuado —que requiere más de dos actos—, por lo cual la consumación se alcanzaría en el segundo acto seriado.

De este modo, una interpretación valorativa del tipo supondría entender que la consumación se presenta —de modo efectivo— con el último acto ejecutivo formal realizado por el autor con unidad de fin, con el cual se entiende terminado el proceso material ejecutivo que debiera producir el resultado final perseguido por el sujeto⁷⁶, estado consumativo que no es análogo al significado del término agotamiento del delito. Piénsese, por ejemplo, en un delito de hurto continuado en el cual el sujeto ya logró el apoderamiento de la cantidad de bienes que quería hurtar, pero que todavía debe vender para cumplir su ánimo de lucro (agotamiento).

No puede olvidarse que la consumación típica es un concepto formal en el desarrollo —anterior o posterior— del supuesto de hecho (y por ello mismo jurídicamente definible en cualquier clase de delito, que se presenta cuando se ha realizado la conducta tipificada en la ley, cumpliendo los requisitos de la parte especial y de la parte general para la continuación delictiva. Por ello, el agotamiento como terminación supondrá, siempre que no tenga aplicación el principio de consunción, que los actos posteriores que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico no queden comprendidos por el tipo penal, sino por una realización típica diferente y autónoma, distinta al delito continuado, según el plan criminal del autor. Así mismo, supone la imposibilidad de desarrollar ulteriormente el proceso de ejecución del mismo tipo, y apreciar un nuevo ataque al bien jurídico⁷⁷, es decir, un aumento adicional del injusto del mismo hecho.

En síntesis, la unidad jurídica y material que supone el delito continuado, no implica una consumación compuesta o seriada por varios actos delictivos hasta cierto punto independientes —como lo sostienen la teoría de la ficción

⁷⁶ De manera muy interesante el CP Federal de México, Art. 17, clasifica los delitos desde la perspectiva de la consumación, prescribiendo: “[e]l delito, **atendiendo a su momento de consumación**, puede ser, I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal; II. Permanente o continuo, cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y **III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal**” (Negrillas por fuera del texto original).

⁷⁷ Vid. BORJA JIMÉNEZ, “La terminación...”, *ob. cit.*, pp. 136-137: “[...] que el momento de la terminación del delito viene representado por el punto temporal en el que cesa esa actividad antijurídica, de tal forma que la conclusión del hecho penal debe imposibilitar una ulterior progresión de la lesión del bien jurídico conforme marca la circunscripción del tipo de injusto”.

y ciertas vertientes de la realidad jurídica—, más bien se trata de una consumación o tentativa única que atiende al desarrollo ejecutivo formal del tipo penal infringido, de acuerdo con el plan criminal del autor para alcanzar dicha consumación⁷⁸. Como es evidente, sostener en estos casos un dolo continuado no permitiría predicar la tentativa, dado que se refuerza el valor de cada elemento subjetivo individual y, en consecuencia, la valoración de distintos actos completos tentados o consumados.

Aun más, dicho momento consumativo, propio y particular de la continuación, es el que posibilita legitimar la pena única instituida por la ley porque, si se reduce la consumación del delito continuado a las distintas consumaciones individuales de los distintos actos parciales —como lo hace la teoría de la ficción, al desestructurar desde el punto de vista formal la unidad sustancial que éste conlleva—, se podrá advertir que las mismas no son aptas, como se desprende del principio de legalidad de la pena, para dar lugar a la sanción estricta que el legislador le asigna en el correspondiente marco punitivo para el delito continuado, que sólo surge de la combinación de la pena señalada para el tipo de delito concreto con las prescripciones de la parte general del Código Penal.

En fin, para la teoría ontológico-normativa, el plan criminal y el dolo de conjunto se convierten en elementos que definen el momento consumativo del delito continuado. Sin embargo, es importante aclarar que una cosa es el resultado querido como objetivo o la finalidad a alcanzar con el agotamiento del delito —finalidad que debe tenerse en cuenta como es obvio en conjunción con el aspecto objetivo—, y otra cosa es el resultado típico final alcanzado con el último acto parcial planeado (consumación), que puede ser suficiente para declarar consumado el tipo de delito continuado⁷⁹.

⁷⁸ En este sentido, *vid.* REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 193 y ss.: “[...] es claro que al considerar el delito continuado como un caso de hecho punible (sic) único desde el punto de vista real y no ficticio debe ser tratado como cualquier otro delito incluso en la determinación de la pena”; *ibidem*, p. 231.

⁷⁹ *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 274: “[...] aunque a primera vista pudiera creerse que el autor consuma la infracción cuando logra su propósito, ello no es exactamente así. Puede ocurrir que su fin último no coincida con la definición expresada por el legislador, sino que vaya más allá, y en ese caso el delito seguirá considerándose consumado cuando la actividad practicada se corresponda con el supuesto de hecho contenido

En este sentido, habría que predicar la configuración de la tentativa de la unidad delictiva continuada cuando ésta, como modalidad de ejecución del tipo penal, no haya alcanzado —desde la perspectiva de un espectador objetivo— por una causa ajena a la voluntad del agente o porque el sujeto no haya realizado todos los actos necesarios, el desarrollo ejecutivo típico previsto con el último acto realizado por el autor, de acuerdo con el sentido del plan criminal⁸⁰; al respecto, vale la pena recordar que para las teorías unitarias no existe solución de continuidad normativa en la interpretación del tipo. Por supuesto, esta postura no deja de tener objeciones importantes, al asumir una concepción mixta con prevalencia de posturas subjetivas.

En cuanto a la punibilidad de la tentativa, puede precisarse lo siguiente:

En España se deberá aplicar el Art. 62, con las salvedades de penalidad dispuestas por el Art. 64, en concordancia con el Art. 74 del CP; así, a los autores de tentativa de un delito continuado se les aplica la pena inferior en uno o dos grados —según lo considere el fallador en atención al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado—, a partir de la pena impuesta para el delito continuado consumado. De este modo, el fallador tiene que: en primer lugar, determinar la pena para el delito continuado y señalar la más grave de las concurrentes impuesta en su mitad superior —pena que puede alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado—. Y, en segundo lugar, atenuar dicha sanción según lo indica el Art.

en el tipo, sin que tenga demasiada relevancia el logro por el autor de ese plus posterior, que recibe el nombre de agotamiento”; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 305.

⁸⁰ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 782, sostienen: “[...] no puede decidirse de forma exclusivamente objetiva si se ha realizado o no todos los actos ejecutivos, ya que ello dependerá en buena parte de cuál sea el plan del autor”; RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho*, *ob. cit.*, pp. 865 y 866, afirman: “[e]l delito se consuma en el momento que el sujeto ha cometido la última acción u omisión, es decir, cuando desiste de continuar su conducta delictiva, o cuando surgen obstáculos que impiden cometer nuevas infracciones. [...] Sería absurdo separar las distintas conductas por el grado de ejecución, teniendo en cuenta que todas ellas obedecen a una misma finalidad. La dificultad puede surgir respecto al grado que ha de tenerse en cuenta para la imposición de la pena, y la solución no puede ser otra que la de sancionar el grado de ejecución que resulte más gravemente penado, y que tanto puede ser el de consumación, como el de frustración o tentativa, aunque lo normal es que el delito más grave sea el consumado”. Debe tenerse en cuenta a JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 516 (*Tratado*, p. 555), cuando indica: “decisiva resulta, por consiguiente, la valoración objetiva de la cercanía de la acción a la base de la idea que el autor se ha forjado sobre el recorrido, la forma y el modo de la realización de su resolución delictiva”.

62 *ibídem*. Para terminar, en tercer lugar, debe individualizarse la pena concreta [STS 1136 del 09.07.1999 (RJ. 1999-5942)].

A su turno, en el ordenamiento penal colombiano el juez debe determinar, en primer lugar, la pena correspondiente al tipo penal respectivo infringido de manera seriada (que será aquella sanción correspondiente al acto parcial más grave como pena operativa). Luego, debe agravar y atenuar dicho marco penal según las agravantes y atenuantes aplicables al supuesto de hecho y proceder a modificar sus límites máximo y mínimo según la regla 1.^a del Art. 60, en una tercera parte por continuación [CP, Art. 31, Par.]. Con posterioridad, el juez de conocimiento procede a atenuar la penalidad de acuerdo con el Art. 27 (tentativa), de tal suerte que la pena no implique un límite mínimo no menor de la mitad y un límite máximo mayor de las tres cuartas partes de los límites previstos para la conducta continuada consumada. Luego de lo cual, el juez procede a individualizar la pena correspondiente conforme al Art. 61 y normas concordantes del CP., ello salvo que existan preacuerdos o negociaciones. Sin embargo, no se puede olvidar que algún sector de la doctrina afirma que la agravante por continuación sólo se aplicaría a los delitos masa.

Para terminar, habría lugar a discutir si debe aplicarse primero la atenuante por tentativa sobre el marco penal genérico del tipo infringido y luego la agravante por continuación; sin embargo, ello no es posible porque no se trata de un tipo de delito único tentado y continuado sino de una continuación típica tentada en toda su unidad. Por lo demás, desde el punto de vista metodológico el ordenamiento penal colombiano exige: primero, extender el marco penal hasta la máxima expresión del injusto, la culpabilidad o la punibilidad mediante factores agravantes, y, luego, reducirlo mediante los factores que atenúan el injusto culpable y la punibilidad⁸¹. En términos teóricos, entonces, la tentativa de delito continuado es posible; sin embargo, en la práctica judicial es difícil que sea aceptada.

⁸¹ Vid. POSADA MAYA y OTRO, *El sistema...*, *ob. cit.*, p. 355.

F. EL DELITO CONTINUADO POR OMISIÓN. Sobre el particular, la doctrina mayoritaria está de acuerdo con la posibilidad de aplicar un delito continuado por omisión⁸². De hecho, solo sería una forma más de la conducta humana [CP, Art. 25, inc. 1.º] que, si se desarrolla de manera seriada con dominio del hecho de acuerdo con el plan criminal del autor o con el aprovechamiento de idéntica ocasión, además del conocimiento de la omisión del deber, puede llegar a configurar esta figura delictiva.

Así las cosas, para las teorías unitarias y a diferencia de la continuación comisiva, en la omisión continuada no se trata de verificar la existencia de un curso causal efectivo, continuado y progresivo que amenace o lesione el bien jurídico respecto a una norma prohibitiva, sino la infracción continuada, reiterada y homogénea de un mandato de actuación jurídico que conlleva la lesión cumulativa o el peligro de un mismo bien jurídico tutelado. Omisión jurídica que pueda considerarse una unidad ontológica-normativa de conducta e infracción de cara a la interpretación del mismo tipo penal. Por supuesto, la configuración de la continuación dependerá de si la estructura típica omisiva del delito particular admite o no la figura en el caso concreto, porque no es lo mismo la continuación en la omisión propia que en la comisión por omisión, como no es igual la continuación en los delitos omisivos de mera conducta que en los delitos de resultado.

En efecto, mientras que la continuación en la omisión propia se presenta como la simple inejecución continua o seriada del incumplimiento de una conducta mandada de forma expresa por un tipo penal que consigna un deber de actuar objetivo [CP, Art. 10, inc. 2.º], según la finalidad potencial del autor y acorde con un dolo global o un dolo continuado omisivo (que

⁸² Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 214; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 403; CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 49; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 82; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, pp. 79 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 223 y 224: “[s]on imaginables supuestos en los que dándose una pluralidad de omisiones aparezcan conectadas en nexo de continuidad. Por ejemplo, el vigilante jurado de un banco llega a conocer que en determinados días sucesivos van a ser saqueados, por el autor conocido suyo, diversas sucursales de la entidad bancaria, que se encuentran próximas, en las que debe prestar su servicio en días consecutivos, y no obstante planea permanecer inactivo en todas las ocasiones. Como quiera que el resultado típico puede ser evitado en cada ocasión mediante un hacer positivo, cabe apreciar pluralidad de omisiones, no siendo difícil afirmar el nexo de continuidad [...]”; TOMAS TÍO, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 134; ZAGREBELSKY, *Reato...*, *ob. cit.*, pp. 110 y ss.

incluye el conocimiento de la situación típica y la posibilidad de representación de la conducta debida), la comisión por omisión continuada se presenta como una actividad omisiva seriada que produce diversos resultados típicos y lesivos parciales que el autor está obligado a evitar — por tener posición de garante y a su cargo la protección del bien jurídico tutelado: CP, Arts. 10 y 25 y CPE, Art. 11—, que conforman el resultado típico total buscado de manera final por el agente.

En este caso, la actividad omisiva por continuación debe ser en su sentido material o estructural, según el principio de legalidad e intervención mínima, equivalente a la realización de una actividad comisiva continuada que realiza el tipo penal [CPE, Art. 11 y CP, Art. 25, inc. 2º]. Por tal motivo, la omisión continuada implicará verificar varios presupuestos adicionales: en primer lugar, debe existir homogeneidad de los supuestos de hecho que, al evidenciar una continua situación uniforme de riesgo o lesión de un mismo bien jurídico no “eminente personal” —salvo las excepciones previstas en el CPE, Art. 74.3—, permita considerar la existencia de un mismo deber legal de actuar concreto en todas las omisiones seriadas del autor, según se deduzca del tipo objetivo respectivo; este requisito es reconducible a la unidad relativa típica [STS 986 de 13.10.2009 (RJ 2009-6996)].

Asimismo, en la comisión por omisión es fundamental que el sujeto activo sea uniforme (autor o coautores) y cuente con posición de garante⁸³, o lo que es lo mismo, que tenga durante toda la ejecución típica continuada esa especial relación jurídica (formal o material) que le vincula con el bien jurídico tutelado [CP, Art. 10, inc. 2.º y Art. 25], y que le obliga a garantizar

⁸³ Así, BERND SCHÜNEMANN, *Fundamento y límite de los delitos de omisión impropia*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 261 y ss.; *id.*, “El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión”, Beatriz Escudero García-Calderón (trad.), en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008; MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 318; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª, *ob. cit.*, pp. 244 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 663 y ss.; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 324 y ss.; JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ, *El delito de Omisión en el nuevo Código Penal Colombiano*, Bogotá, Legis-Ed. Rosaristas, 2002, pp. 99 y ss. Sobre el tema en general, *vid.* JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, Civitas, 2002; JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, 2ª ed., Maestros del Derecho Penal núm. 12, Gonzalo D. Fernández (Dir.) Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2003.

su indemnidad frente al riesgo que ha desencadenado, mantenido, descuidado o descontrolado de forma continua. Además, no se puede olvidar que en la legislación colombiana solo sería posible predicar la posición de garante material (que no la formal) y con ello la omisión impropia con fundamento en ella, en los delitos que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales [CP, Art. 25, par.]. Bienes jurídicos frente a los cuales no se admite el delito continuado, por razones político-criminales.

En segundo lugar, el sujeto debe haber omitido realizar de manera semejante y seriada la conducta debida⁸⁴; dichos actos de omisión seriados deben comportar, según reiterada jurisprudencia del TS, una cierta conexidad temporal. Adicional a ello, es necesaria cierta identidad relativa de realización en la continuidad u homogeneidad del "*modus operandi*". En consecuencia, no se puede estructurar el delito continuado cuando el sujeto realiza de manera simultánea actos comisivos u omisivos o diferentes modalidades del mismo delito omisivo, que en el caso concreto supongan la quiebra de la identidad u homogeneidad continuada⁸⁵. Además, es fundamental que el autor, antes de llevar a cabo su conducta de salvamento, haya asumido el compromiso efectivo de poner en práctica su capacidad general e individual de acción, haciendo uso de sus propios recursos.

En tercer lugar, el sujeto activo uniforme debe tener la posibilidad y la capacidad concreta de realizar de modo eficaz (solo o conjuntamente con otros), con conocimiento de la situación típica, la acción adecuada que requiere el orden jurídico en todos los actos parciales que estructuran la continuación. Por lo demás, ello implica que el deber de actuar no sea impedido en algún caso por un riesgo correlativo que implique un peligro para los bienes jurídicos eminentemente personales propios o de terceros, siempre que no se tenga la obligación jurídica de soportarlo.

⁸⁴ En la coautoría, el deber conjunto de actuar de los sujetos sólo puede ser cumplido en común por todos. *Vid.* JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 681-682 (*Tratado*, p. 734).

⁸⁵ Así, CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, p. 103.

Así mismo, en cuarto lugar, para que pueda hablarse de conducta continuada en los casos de comisión por omisión, son imprescindibles dos exigencias más:

1. La existencia de un resultado total que lesione el bien jurídico tutelado, conformado por los resultados unificados de las diversas omisiones del mandato en continuación (no sería posible hablar de continuación omisiva respecto a bienes jurídicos personalísimos); 2. Que el autor o autores, con un claro dominio de su proceso lesivo y luego de haber realizado el mandato de actuación debido, hubiesen podido conseguir de la misma forma la evitación segura y cierta de los diversos resultados parciales que conforman el resultado total que busca el agente con la omisión seriada⁸⁶. Como es evidente, el resultado total debe ser imputable objetivamente a la conducta omisiva del autor, y ello supone verificar la capacidad de evitar de manera efectiva, mediante un control continuo, el resultado total en contra del bien jurídico tutelado.

Así las cosas, el director del Banco que permite a favor de un tercero, que el empleado de la caja se apodere durante un año seguido, mediante sustracciones sucesivas de dinero, de una cantidad considerable. En este caso, el directivo, como es evidente, tenía la obligación jurídica de evitar que la entidad sufriese detrimento patrimonial, mediante la realización de una acción determinada que de manera efectiva pudiera realizar para evitar el resultado total. En este mismo sentido, la STS 1569 del 24.11.2003 (RJ. 2003-9463), fundamentó la tipificación de un delito continuado de malversación a título de comisión por omisión, de la siguiente forma:

“En efecto, a través de los hechos probados de la sentencia recurrida se ha construido el delito de forma omisiva: «absteniéndose de comunicar tal incidencia [la jubilación] a los empleados encargados de la confección de las nóminas [...] con la evidente intención de que ésta continuara percibiendo su salario íntegro, incluidas las pagas extraordinarias, como así ocurrió», cobrando aquélla, al seguir figurando como trabajadora en activo desde septiembre de 1991 hasta julio de 1995, habiendo recibido de las

⁸⁶ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 802 y ss.

arcas municipales, sin contraprestación alguna, la suma de 8.943.652 pesetas. De modo que tal conducta omisiva se prolongaba en el tiempo, mes a mes, pudiendo haberla interrumpido (con su actuar) en cualquier momento; al no hacerlo así, domina la acción, e incurre en la continuidad delictiva durante tan dilatado período de tiempo. Lo característico de esta pluralidad de acciones (omisivas) radica en la misma sustracción de los caudales públicos que, con pleno conocimiento del acusado, sabe que se produce mes a mes, no de una vez, sino que tiene que mantener su «modus operandi» intencionadamente inactivo durante un prolongado lapso de tiempo. Esta inactividad conforma la continuidad delictiva. (Subrayado por fuera del texto original)”.

El TS también ha analizado hipótesis de delitos continuados de mera conducta, como acontece en la STS del 07.06.1999 (RJ. 1999-8177: Sala de lo Militar), en relación con un delito de desobediencia, así:

“La Sala ante tal planteamiento ha de dar contestación al mismo y partiendo de su consideración sobre la existencia en este caso concreto del delito de desobediencia, ha de concluir, dados los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (en los que se relata que el interesado «no compareció de modo reiterado y sistemático a los diversos llamamientos y citaciones que se le efectuaron para pasar Tribunal Médico Militar y para confirmación de baja en los Servicios Médicos del 14º Tercio» si bien matizadas estas últimas posibles situaciones de cierre de éstos en algunas ocasiones), que, en efecto, como señala el Ministerio Fiscal concurren en el presente caso todos los requisitos que, tanto la propia dicción del Art. 74 del Código Penal como la doctrina jurisprudencial sentada en relación con dicho precepto, exigen para apreciar la continuidad delictiva y que transcribe con acierto el Ministerio Fiscal apoyándose en la sent. de la Sala Segunda de este Tribunal de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998\3303). [...] Como queda dicho, todos ellos concurren en el supuesto contemplado, ya que se da una pluralidad de acciones (reiteradas negativas a cumplir los mandatos de comparecencia); proximidad temporal entre ellas (sucesivamente desde el 29 de julio de 1996); concurrencia de idénticas ocasiones (reconocimientos médicos no

realizados y destinados a regularizar su situación de baja por enfermedad)»; «modus operandi» homogéneo (desconocer los mandatos recibidos); igualdad de preceptos penales conculcados (Art. 102 del Código Penal Militar) e identidad del sujeto activo [...]»⁸⁷.

De otro lado, para la teoría de la pluralidad de tipicidades, la omisión continuada no se resuelve como una unidad de conducta e infracción, sino como una pluralidad de omisiones independientes que se unifican de forma externa como una ficción o una unidad jurídica, en razón del elemento subjetivo omisivo que las acompaña y de la homogeneidad objetiva que desarrolla la equivalencia de causación. Por ello, es necesario hacer algunas precisiones sobre el elemento subjetivo, pues en esta clase de infracciones continuadas él no coincide en su contenido, ni debe hacerlo con el núcleo subjetivo de los tipos de comisión dolosa, por lo que respecta al momento de la decisión activa volitiva⁸⁸; además, el dolo global como plan preconcebido y el dolo continuado variarían de forma estructural. De hecho, lo que interesa para estructurar el elemento subjetivo omisivo es aquella finalidad que, a partir del conocimiento del autor de las circunstancias que fundan la posición de garante o el deber de actuar, implica la voluntad potencial de no realizar de forma continuada la conducta debida y, en su caso, la no evitación del resultado total seriado mediante aquella acción de evitación que el sujeto sabe que puede desarrollar en el caso concreto. Así mismo el sujeto debe prever el riesgo potencial que tal inejecución seriada implica para el bien jurídico tutelado.

⁸⁷ Un ejemplo similar es expuesto por REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 214: “sobre el supuesto del campeonato de fútbol para el cual fue solicitada la colaboración de la fuerza pública demore cuatro días no puede significar que el oficial de policía debe ser procesado por un concurso material de delitos conformado por cada partido de fútbol en el cual no se hizo presente, porque ello resultaría injusto ya que en el fondo el comandante de la fuerza pública poseía una única finalidad que era la de no cumplir con la solicitud hecha por la autoridad competente y con esa decisión lesionó en una sola oportunidad el bien jurídico real del correcto funcionamiento de la administración pública”.

⁸⁸ Sobre el tema, *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 815 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones...*, *ob. cit.*, p. 182; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 363; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 630 y ss. (*Tratado*, p. 679).

En fin, lo cierto del caso es que el ámbito de operatividad de la continuación omisiva es en parte restringido⁸⁹. En primer lugar, porque el delito continuado no opera frente a bienes jurídicos “eminentemente personales” [CPE, Art. 74.3]. Además, debe tenerse en cuenta, de nuevo, que en la legislación penal colombiana [Art. 25, párrafo], la posición de garante en sentido material —no así la formal—, solo podrá predicarse respecto de atentados contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales. Lo que significa que en estos casos no se podrá configurar la continuación delictiva por comisión impropia, al tratarse de conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos “eminentemente personales”.

En segundo lugar, en la omisión propia por lo general opera el sistema de *numerus clausus* [CP, Art. 10, inc. 2.º].

Y, en tercer lugar, porque la doctrina ha precisado el ámbito de operatividad de la omisión impropia⁹⁰, sólo para aquellas infracciones típicas que cuenten con un verbo rector que implique «causar un resultado naturalístico de lesión» y no uno de naturaleza jurídica que suponga un simple hacer material, que deben tener la capacidad de configurar un injusto progresivo. La omisión también ha sido descartada, salvo que el legislador haya establecido de manera expresa la cláusula de equivalencia, en aquellos tipos penales que exigen medios activos limitativos (p. ej.: la violencia), una intervención activa del sujeto (delitos de propia mano) o elementos subjetivos especiales distintos del dolo (p. ej.: ánimo de lucro).

Así mismo, debe hacerse referencia a la posibilidad de aplicar los dispositivos amplificadores del tipo penal en materia de omisión dolosa continuada. En efecto, por lo que respecta a la tentativa de omisión continuada, no parece existir ningún obstáculo para aplicar dicho dispositivo amplificador, entendido como el conato orientado de forma inequívoca a no evitar de manera seriada el resultado material que se tiene el deber jurídico

⁸⁹ Sobre el particular, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 223 y 224.

⁹⁰ *Vid.* CALDERÓN Y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 373 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 796; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 615 y ss. (*Tratado*, pp. 662 y ss.).

de impedir, siempre que ésta sea equivalente a la tentativa de consumar la continuidad delictiva de acuerdo con el plan criminal. Ello, a pesar de que en apariencia el diseño de esta figura esté dispuesto para los eventos de comisión dolosa, tal y como se desprende de las respectivas fórmulas [CPE, Art. 16.1 y CP, Art. 27, inc. 1º] cuando indican que hay tentativa “[...] cuando el sujeto da inicio a la ejecución del delito [...]” o “el que iniciare la ejecución de una conducta punible [...]”.

En efecto, podría hablarse de tentativa en la omisión impropia continuada, cuando se evidencie una puesta en peligro para el bien jurídico originada en la infracción del deber de actuar con el primer acto parcial. Por lo demás, si se afirma que la continuación es una unidad, su consumación tendría lugar con la última omisión, considerada como la finalización del último instante en cual el sujeto podía cumplir de forma eficaz el mandato legal de actuar, dirigido a evitar el resultado buscado que, además, integraría el resultado típico respectivo. Desde este punto de vista, para adecuar varias infracciones penales diferentes, no es suficiente que, en apariencia, el sujeto haya dejado pasar varias veces la oportunidad para cumplir el deber jurídico, pues ello implicaría que el delito continuado por omisión solo pueda ser explicado a partir de una ficción jurídica que niega la unidad de acción por omisión en sentido amplio. De otro lado, la doctrina dominante niega la posibilidad de considerar una tentativa de omisión pura, pues se trata de un delito de simple inactividad⁹¹; y ello es así, porque en estos casos no existe la suficiente claridad entre los actos ejecutivos y los de consumación delictiva. Con mayor razón, entonces, debe cuestionarse entonces en materia de delito continuado.

En cuanto a la autoría y a la participación criminal, en la omisión continuada puede afirmarse lo siguiente: si se asumen las teorías unitarias respecto del elemento subjetivo, que exigen el conocimiento y la voluntad de omitir la acción de evitación o actuación concreta mandada, no parece imposible la formulación de una voluntad común de no actuar que permita la coautoría, y

⁹¹ Vid. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 309: “[e]n los delitos propios de omisión se considera mayoritariamente que todo retraso de la acción ordenada representa ya la consumación del hecho, luego no es posible la tentativa, salvo como tentativa inidónea”; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 822.

que —como plan criminal— posibilite estructurar la unidad de conducta omisiva y el nexo de continuidad en estas hipótesis. Como se ha visto, de mayor complejidad resultaría hablar de coautoría en la omisión continuada, cuando se asuma un dolo de continuación o una teoría meramente intelectual.

Respecto a la participación, además de los inconvenientes jurídicos analizados antes, no parecen existir problemas de envergadura en tratándose de delitos de comisión por omisión continuada. Sin embargo, la doctrina sí discute con amplitud la posibilidad de que se admita participación en la omisión pura, sea esta continuada o no, pues cualquiera que omita realizar la acción mandada será considerado, por regla general, autor del delito siempre que tenga el deber de actuar. De este modo, p. ej.: el cómplice nunca realizaría una colaboración en una continuación ajena, sino un aporte esencial objetivo en un delito propio de omisión pura salvo que, al no tener la capacidad propia de actuar, dicha colaboración se dirija a impedir total o parcialmente la capacidad de actuar del autor o coautores en la serie delictiva⁹².

En fin, otro tema de interés, es la posibilidad de aplicar la continuidad omisiva impropia por imprudencia. El asunto es muy complejo, pues incluso de antemano se discute la posibilidad de la continuidad comisiva imprudente [CP, Art. 23]. En cualquier caso, es evidente que no es procedente hablar de omisión pura continuada a título de imprudencia, pues esta construcción académica sólo es posible y relevante cuando ella se vincula a la causación de un resultado material prohibido (desvalor de resultado).

De este modo, sólo sería factible aplicar esta modalidad de delito continuado (omisivo imprudente), cuando el sujeto activo (con posición de garante), si bien no quiere omitir la conducta debida, tiene conocimiento de la situación de hecho peligrosa seriada que genera el deber de actuar y posee conciencia de su capacidad de evitación concreta del resultado, por lo cual omite de forma repetida la conducta salvadora por error o mal cálculo, o realiza un

⁹² Vid. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 374; QUINTERO, MORALES y PRATS, *Manual...* *ob. cit.*, p. 633; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 825.

actuar seriado insuficiente al no observar la norma de cuidado objetivo exigida en el tráfico jurídico, lo que produce el resultado típico total seriado previsto en la norma prohibitiva imprudente que, en este caso, se busca aplicar por equivalencia (omisión impropia). Recuérdese que, según el Art. 12 del CP: “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”.

Sin embargo, como sucede en la comisión continuada imprudente, aplicar esta modalidad jurídica es muy difícil; por ello, es discutible que el sujeto, luego del primer acto con su consecuente resultado parcial, pueda prever de manera fundada que la actuación omisiva con infracción al deber objetivo de cuidado, que ya ha advertido, no producirá el resultado previsto en el tipo imprudente. De prever tal situación, desde luego, en principio el sujeto actuaría a título de dolo eventual.

G. DELITO CONTINUADO E INIMPUTABILIDAD PENAL. Un problema jurídico muy interesante en este grupo de supuestos sustantivos, tiene que ver con aquellas hipótesis en las cuales la serie de actos parciales ejecutivos en nexo de continuación, es iniciada cuando el sujeto era inimputable (por minoría de edad) y terminados cuando era imputable (mayor de edad o susceptible de culpabilidad); o, cuando se tratare de valorar conductas desplegadas por sujetos que padezcan estados de inimputabilidad intermitentes⁹³.

Sobre la primera cuestión, la doctrina penal mayoritaria sostiene con razón que, las actuaciones ejecutivas parciales realizadas por un sujeto activo menor de edad (inimputable de pleno derecho) no pueden, en ningún caso motivar la misma clase de responsabilidad penal que les corresponde a los mayores de edad (Imputables). Por supuesto, ello sólo implica que los actos de tales personas inimputables [CPE, Art. 19 y CP, Art. 33, inc. 3.^o⁹⁴] están

⁹³ Sobre los conceptos de imputabilidad/inimputabilidad, *vid.* NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2007; *id.*, *Los “inimputables” frente a las causas de justificación e inculpabilidad*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2007; *id.*, *La inimputabilidad penal*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, La Constitución, 1994; MARTA BEATRIZ FALCIONI, *Imputabilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La Imputabilidad*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1984; JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 849 y ss.

⁹⁴ El CPE, Art. 19 indica: “[l]os menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho

revestidos de indemnidad frente a ley penal ordinaria, aunque no están exentos de responsabilidad penal bajo las leyes de de menores en esta materia [España: LO 05 del 12.01.2000 (BOE núm. 11 del 13.01.2000); y, en Colombia: L. 1098/2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia⁹⁵].

Además, este reconocimiento implica señalar que estas modalidades de delito continuado estarán sometidas a dos estatutos normativos diferentes, cuya aplicación particular depende del estatus personal del procesado en relación con elementos particulares del delito (la culpabilidad) y la punibilidad. Esta dualidad de estatutos aplicables comporta, al menos, tres consideraciones que impedirían estructurar el nexo de continuidad o continuación⁹⁶:

Primera. En dichas hipótesis no existe uniformidad de sujeto activo en términos normativos, porque aunque se trata del mismo individuo biológico, éste actúa bajo características que impiden la aplicación de la misma ley personal, aunque subsista unidad relativa de tipo⁹⁷.

Segunda. La doctrina italiana niega, además, la unidad subjetiva, al entender que la diversa capacidad de proyección del menor respecto del adulto puede

delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Por su parte, el CP, Art. 33, inc. 3º, afirma: “[l]os menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”.

⁹⁵ Por ello, el Art. 1.º de la LO del 05 del 12.01.2000 señala que esta normativa penal se “[...] aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales”. En similar sentido el Art. 139 de la L. 1098/2006, advierte: “[e]l sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible”.

⁹⁶ En este sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 84.

⁹⁷ En la misma línea CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 416, señala que “[e]sta diversidad de tratamiento penal para una y otras acciones representa un serio obstáculo para la unión por continuación de las diversas realizaciones típicas, pues, aunque pueda existir identidad o semejanza de precepto penal violado en cuanto la futura Ley del menor se debe remitir en este extremo a la ley penal, sin embargo, no es posible unificar la consecuencia jurídica del hecho continuado. Parece por ello, que la solución más idónea es la de negar el nexo de continuidad entre acciones realizadas por un sujeto regidas por distinta ley personal”. Este argumento, al menos en Colombia, no es aplicable a otro tipo de leyes personales como la ley militar, precisamente, porque el estatuto personal no obedece a elementos particulares del delito como la culpabilidad o a diferencias en la punibilidad.

incidir sobre la unificación del designio criminal, incluso basada en elementos objetivos que tengan la misma connotación fáctica⁹⁸.

Y, Tercera. De aceptarse la unidad de los actos seriados en estas hipótesis, sería imposible aplicar la regla punitiva del delito continuado con base en pena de la infracción más grave entre las concurrentes, porque subsisten consecuencias jurídicas diferentes y alternativas —penas y sanciones especiales de protección— que no son susceptibles de unificación y agravación por acumulación jurídica, dada la exclusividad de los sistemas penales⁹⁹. Aplicar sólo las penas implicaría una derogación de las disposiciones que prevén las medidas de protección, y viceversa.

Por tal motivo, resulta en parte satisfactoria la solución de MIR PUIG, al advertir: “[...] si el delito se haya constituido por una pluralidad de actos — p. ej.: si se trata de un delito continuado— se suscita el problema de qué ocurre cuando el sujeto cumple los 18 años entre acto y acto. La STS 2 mayo 62 sentó el criterio de que las actuaciones anteriores a ese momento no pueden motivar responsabilidad. Esta solución es importante cuando los distintos actos parciales tienen una gravedad cuantificable y su suma agrava el hecho total —que es lo que sucede en los delitos continuados contra la propiedad, en los cuales los apoderamientos anteriores al cumplimiento de la edad no han de ser tenidos en cuenta para efectos penales—. En cambio, cuando los distintos actos parciales no tengan una gravedad cuantificable separadamente y que pueda sumarse —así, p. ej.: en los delitos continuados de falsedades—, los actos anteriores al cumplimiento de la edad no variarán necesariamente la gravedad final del hecho. Cuando se trate de un delito no continuado pero cuya ejecución se prolongue en el tiempo y durante la misma el sujeto alcance la mayoría de edad penal, cabrá castigarle por todo el hecho, puesto que al proseguir la realización del hecho viene a asumir los actos anteriores. Es la misma solución que procede en los delitos permanentes en que la situación antijurídica iniciada antes de los 18 años se

⁹⁸ Vid. CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 395.

⁹⁹ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 417. Sobre las sanciones especiales en Colombia para adolescentes responsables penalmente, *vid.* L. 1098/2006, Arts. 177 y ss.

mantenga después de cumplirlos”¹⁰⁰. Esta postura parece correcta de cara a los delitos patrimoniales; en cambio, respecto a los no patrimoniales, se asume la posición que para los no continuados asume el autor en cita, pues sería coherente con la tesis ontológico-normativa que se retoma en el texto sobre el delito continuado.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es decir, aquellos casos en los cuales la continuación delictiva es realizada por sujetos que padecen estados intermitentes de «imputabilidad-inimputabilidad» (trastorno mental, inmadurez psicológica determinantes, etcétera que causan incapacidad de comprender la ilicitud o incapacidad de determinación al momento de realizar los actos parciales que se incardinan en la unidad de conducta continuada), la doctrina manifiesta que tal situación sólo afecta aquellos supuestos de continuación que involucren la lesión gradual de un mismo bien jurídico que pueda ser unificada para configurar el injusto total del hecho, como ocurre en los atentados patrimoniales¹⁰¹. En estos casos —se dice—, es posible no tener en cuenta para efectos penales los hechos (anteriores) realizados bajo la situación de inimputabilidad, no obstante tener claro que ello afectará el injusto resultante. Son entonces, pertinentes, las objeciones antes expuestas para impedir la unificación del delito continuado, en particular en materia de punibilidad: (i) porque en muchos ordenamientos las medidas de seguridad tienen un límite máximo posible, pero un mínimo de individualización indeterminado según las necesidades de tratamiento en cada caso concreto [CP, Arts. 69 y ss., CPE, Arts. 99 y 104.1]; (ii) porque, por lo general, la realización de hechos que impliquen la imposición de medidas de seguridad y penas (privativas de la libertad), conllevan la concurrencia de ejecución de ambas consecuencias de manera sucesiva si es posible o la consecuente suspensión de la pena [CPE, Art. 99]).

A *contrario sensu*, si el bien jurídico no admite afectaciones acumulables como, por ejemplo: la fe pública bajo las hipótesis de falsedad continuada,

¹⁰⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., p. 593. Parcialmente en contra VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, ob. cit., p. 57, afirma que debe estimarse la continuación independientemente de que se produzca o no tal transformación”.

¹⁰¹ Así, MIR PUIG, *Derecho...*, ob. cit., p. 593.

tal postura no tiene mayor trascendencia, pues el hecho unitario final no perderá nada en su gravedad, así solo se consideren los hechos continuados realizados por el sujeto imputable para determinar la sanción jurídica correspondiente.

II. ASPECTOS PROCESALES

A. EL DELITO CONTINUADO Y LA COSA JUZGADA MATERIAL. Este ha sido uno de los asuntos más debatidos por la doctrina y la jurisprudencia penal contemporánea a lo largo de la evolución del delito continuado, sin que pueda afirmarse que existen acuerdos ciertos y definitivos sobre el particular. Por supuesto, el tema está relacionado con la determinación de aquellas condiciones mínimas de racionalidad constitucional, que deben subyacer a la persecución jurídico-penal de aquellos actos seriados vinculados de forma sustancial con una actuación delictiva continuada, o bien realizados antes de la fecha que declara la terminación delictiva en la sentencia de condena, pero descubiertos y demostrados con posterioridad a la misma. O actos realizados, descubiertos y demostrados con posterioridad a la fecha que declara la terminación delictiva en la sentencia de condena¹⁰². Condiciones de racionalidad que deben ser analizadas a la luz de los posibles efectos jurídicos que produce la cosa juzgada material, como

¹⁰² En general plantean el problema BONADIES, “Su pretesi limiti...”, *ob. cit.*, p. 1243; FRANCO COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, Eugenio Jovene, 1969; DELITALA, “In tema...”, *ob. cit.*, p. 203; GUIDO ZICONE, “Sul reato continuato per fatti commesi dopo il giudicato”, en *Arch. Pen.*, vol. XIX, P. I Y II (ene.-feb.), Roma, Juris domus, 1963, pp. 257 y ss. De otro lado, resulta acertada la postura de CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 428, cuando afirma: “[h]abiéndonos posicionado sobre la extensión de la cosa juzgada a los hechos descubiertos con posterioridad, creo que la limitación a la unidad de acción deberá venir referida al período declarado en la propia sentencia durante el cual se extendió la serie continuada de acciones. Si los hechos descubiertos con posterioridad tuvieron lugar dentro de ese período, les alcanzará la cosa juzgada, por formar parte de la relación de continuidad que fue objeto de la sentencia. Cualquier otra solución debería llevar a admitir la cosa juzgada respecto de hechos acaecidos no sólo después del último acto constatado y antes de la sentencia, sino incluso después de dictada la sentencia en firme, al menos, mientras no sea notificada al sujeto. Por ello, salvo que se haga coincidir el límite del período a que nos referimos con la fecha de la sentencia, no se comprende la posición dominante cuando sostiene que es el momento de la sentencia el momento de ruptura de la unidad jurídica. Me parece más razonable referir ese instante al de la fecha en que según la sentencia cesaron los actos de la serie continuada”.

manifestación sustantiva y procesal del principio constitucional de *ne bis in idem*¹⁰³, a partir de la expedición de una sentencia judicial en firme.

Desde luego, la cuestión teórica y práctica expuesta no es fácil, porque en ella convergen dos perspectivas diferentes: En primer lugar, la tensión de dos postulados o principios político-criminales de alta estima constitucional, cuales son: la justicia material y la seguridad jurídica. Postulados cuya naturaleza correctiva cumple un papel trascendental para solucionar los problemas de la continuación, al permitir la precisión material de las condiciones mínimas en virtud de las cuales es legítimo cualquier acto de persecución procesal. Y, en segundo lugar, la naturaleza jurídica que asuma el operador respecto a la continuación delictiva.

Bien vale la pena recordar que DELITALA plantea el problema relativo a la cosa juzgada cuando pregunta: “[h]a de verse en el delito continuado una pluralidad de delitos o ha de verse, por el contrario, un delito único?” A lo cual el propio autor responde: “[e]ste es verdaderamente el punto fundamental de la cuestión: si el delito es único debe tener aplicación el principio de *ne bis in idem*, y cualquier acción posterior será precluida por el juicio; si, por el contrario, los delitos son varios, muta el objeto del nuevo juicio y el juicio precedente no podrá tener eficacia preclusiva” (t/l)¹⁰⁴.

Así las cosas, considérense a continuación las diferentes teorías expuestas sobre el particular.

(1). Respecto a las consecuencias de la cosa juzgada frente a los actos seriados vinculados al delito continuado, realizados antes de la notificación

¹⁰³ De este modo, la STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), sostiene: “[u]na doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del *art. 24.2 CE.* y también el *art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental* que sanciona el principio de legalidad. En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio “*non bis in idem*”, el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el *art. 25 de la CE.*, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito”.

¹⁰⁴ DELITALA, “Reato continuado...”, *ob. cit.*, p. 117.

de la sentencia condenatoria, pero descubiertos en una investigación posterior, existen al menos dos posturas distintas:

(a) La primera tendencia, que parte de las teorías de la unidad o de la ficción absoluta y no concede autonomía jurídica a los actos parciales vinculados a la continuación delictiva, afirma que la consecuencia jurídica más relevante de la cosa juzgada sería —como garantía fundamental del procesado en el Estado social y democrático de Derecho— que la sentencia condenatoria en firme cubra definitiva e indiscutiblemente todas las actuaciones ejecutivas realizadas con anterioridad a su expedición, notificación o ejecutoria, atendido de manera coherente el principio de unidad de conducta e infracción (sustantiva y procesal) del delito continuado. En otras palabras, la sentencia de condena pasada en firme por un delito continuado incluye aquellos hechos descubiertos con posterioridad a la misma y que el juez no conoció en el proceso judicial, pero que pudo haber conocido¹⁰⁵. La razón es evidente, pues según esta teoría el delito continuado es una unidad delictiva sustantiva (ficticia o real) que, para efectos procesales, agota completamente el *ídem* de la decisión judicial.

Así, para asegurar el principio de certeza judicial en la aplicación del derecho positivo a los casos concretos¹⁰⁶ y en virtud del efecto oclusivo de

¹⁰⁵ Vid. ANTÓN ONECA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 464; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 431; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 426 y 427, sostiene: “[e]n suma cuando desde una retrospectiva se constate que en la primera sentencia se afirmó con razón la existencia de una conexión de continuidad, o debiera haberse afirmado, el principio lógico de la unidad de acción debe llevar a excluir la persecución de actos parciales descubiertos con posterioridad”; JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, pp. 717-718 (*Tratado*, p. 773); VON WEBER, *Lineamientos...*, *ob. cit.*, p. 110; WELZEL, *Das Deutsche...*, *ob. cit.*, p. 230 (*Derecho*, p. 271); DELITALA, “In tema...”, *ob. cit.*, pp. 203 y 204; *id.*, “Reato continuado...”, *ob. cit.*, p. 121, para quien si bien “es verdad que el delito continuado constituye un título delictivo por sí mismo, si única es la acción penal que se deriva, cuando contra el mismo imputado se inicia un nuevo proceso por los hechos de continuación emergidos posteriormente al juzgado por una sentencia de condena, se tenderá a inevitablemente a violar el principio del *non bis in idem* [...]” (t/1); FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 64; REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 237.

¹⁰⁶ Vid. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 862, indican que esta garantía supone una ventaja práctica adicional; ROSAS CASTAÑEDA, *La excepción de cosa juzgada en el delito continuado*, *ob. cit.*, p. 5/8, sostiene: “[l]a garantía de prohibición de doble juzgamiento se extiende incluso a la circunstancia de que ciertos actos u omisiones que conforman un delito continuado hayan quedado fuera del debate en el proceso ya sentenciado, a pesar de que alguno de ellos hubiere permitido variar el sentido jurídico del

la cosa juzgada sobre el primer juicio, se afirma que no es posible iniciar nuevas actuaciones judiciales con el propósito de criminalizar de modo independiente situaciones particulares que pertenecen al mismo hecho (*idem*) sustantivo y procesal ya juzgado, realizadas por el mismo sujeto y juzgadas con base en el mismo fundamento jurídico que subyace a la decisión anterior¹⁰⁷. Desde luego, lo dicho encuentra excepción en aquellos supuestos jurídicos en los que proceda la acción de revisión [CPP, Arts. 21 y 192 y ss.]. Además, el fundamento de dicha postura teórica en ordenamientos jurídicos como el colombiano, vendría complementada por la prohibición de reforma oficiosa de la condena en perjuicio del procesado, para imputar una pena más grave que la debida; prohibición que constituye una garantía material, porque el procesado no tiene por qué sufrir los efectos jurídicos producto de errores, vías de hecho u omisiones judiciales en la instrucción de los hechos del caso.

Para estas posturas, aplicar una excepción a la garantía de cosa juzgada o del *ne bis in idem*, por estrictas razones procesales derivadas de la unidad o pluralidad de procedimientos de condena, supone desconocer la aplicación real del principio constitucional, bajo la premisa de que lo formal prima sobre lo sustancial o lo puramente formal a lo material¹⁰⁸. El objeto de conocimiento del proceso o mejor, la casualidad de que el fiscal no haya imputado todos los hechos de la serie delictiva, no puede ser un argumento válido, en ningún caso, para determinar desde la perspectiva sustantiva la existencia de una unidad o pluralidad de acciones. De hecho, no hacerlo debería suponer que el procedimiento está viciado de nulidad (cuando éstos sean conocidos) o aceptar el efecto de la cosa juzgada material, cuando no lo

hecho; ello no significa que se autorice a entablar nuevamente la persecución penal por esos hechos”.

¹⁰⁷ Sobre el concepto de cosa juzgada, *vid.* SSTS 348 del 18.03.2004 (RJ. 2004-2810), 29.04.1993 (RJ. 1993-3295) y 23.12.1992 (RJ. 1992-10327). En este sentido, la STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), indica: “[p]or tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal, 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso. 2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas. El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente. Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso”.

¹⁰⁸ *Vid.* CP, Art. 8.º; CPP, Art. 21 y CCONST., C-551/2001 y C-554/2001.

haya sido. También, el condenado no tiene por qué soportar los defectos de la investigación de la Fiscalía; en fin, recuérdese que en Colombia el derecho sustantivo prima sobre el procesal [Const. Pol., Art. 228].

(2) La segunda postura parte de las teorías de la ficción relativa y de algunas variantes de la teoría de la realidad jurídica, y afirma que la cosa juzgada es relativa para el delito continuado, porque éste constituye una modalidad delictiva derivada del concurso real de delitos; es decir, una unificación jurídica o valorativa *ope legis* que puede desestructurarse desde la perspectiva fáctica y jurídica en varios delitos singulares, cada uno de los cuales satisface la estructura típica del hecho punible de referencia, sin perder su propia individualidad para ciertos efectos o consecuencias¹⁰⁹. Con semejante punto de partida, que asemeja el delito continuado al delito complejo, incluso se busca hacer una distinción ilusoria entre el hecho sustantivo del delito continuado como unidad jurídica y el hecho procesal del delito continuado como concurso divisible de delitos, respecto al cual no se podría oponer el principio de cosa juzgada, en el sentido aquí expuesto.

En este sentido, por ejemplo: PAGLIARO¹¹⁰, muy crítico con la teoría de la unidad, afirma que para evitar que la aplicación de las normas sobre la unidad de delitos conduzcan: (i) a la absurda exclusión de la perseguibilidad y a la impunidad de los hechos individuales descubiertos luego del juicio, y (ii) a la imposición de una pena inferior a la que se podría imponer sumando

¹⁰⁹ Cfr. VIRGILIO FEROCCHI, “Reato continuato e cosa giudicata”, en *RIDP*, 3, 1931, Padova, Cedam, 1931, pp. 100 y ss.

¹¹⁰ Así, PAGLIARO, *I reati connessi*, *ob. cit.*, pp. 117 y 118; *id.*, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 598; BONADIES, “Su pretesi limiti...”, *ob. cit.*, pp. 1245 y ss., sostiene que la debilidad de la tesis de la unidad radica en que no tiene en cuenta que la preclusión (del artículo 90 italiano) presupone la identidad de los hechos materiales objeto de los diversos procedimientos. En el caso de diversos episodios de delito continuado juzgados por separado, el objeto material de la cognición de varios juicios es, por definición, diferente (el artículo 81 hace referencia expresa a una pluralidad de violaciones), mientras que el elemento ulterior que se crea por varios hechos conexos, eventual objeto de la cognición de todo el juicio, de cara al artículo 90, no demuestra la identidad material de hechos. Desde luego, se trata de una objeción que parte de la teoría ficticia para explicar el delito continuado. Y más adelante en la p. 1251, afirma: “[l]a tesis que aquí se critica prescinde de la realidad estructural del delito continuado (en el cual la ficción va referida a la unidad del delito y no a la subsistencia del *quid* que tal unificación justifica), que no puede ser a posteriori eliminada por un argumento meramente jurídico, como el formarse la cosa juzgada, que permanece del todo extraño a la tipicidad” (t/l); DELITALA, “Reato continuato...”, *ob. cit.*, pp. 117 y ss., aunque parece cambiar de posición y asumir críticamente la tesis de la unidad en: *id.*, *Diritto...*, *ob. cit.*, pp. 551 y 552.

los casos descubiertos, pero realizados antes de la notificación de la sentencia de condena, es necesaria la aplicación de las normas sobre la pluralidad de delitos mediante la acumulación jurídica de penas. Además, otros expositores como BETTIOL y MANTOVANI¹¹¹, afirman que en tratándose el delito continuado de una ficción relativa o limitada a la penalidad, donde no se transfieren todas las consecuencias del delito base como delito único al hecho final, es muy difícil afirmar la existencia formal y sustancial de un único hecho o *idem* del cual pueda derivarse la imposibilidad, en virtud del principio de cosa juzgada, de perseguir los hechos que no fueron objeto de la condena judicial y modificar dentro de los límites legales la pena impuesta, siempre que ésta no haya sido agotada por la primera sentencia. No se puede, pues, perder de vista que tales hechos tendrían autonomía propia por fuera de la continuación.

Con una óptica diferente, pero con similares efectos respecto a la acumulación de penas, la CSJ entiende —de manera discutible— que los hechos realizados con anterioridad a la sentencia condenatoria —no absolutoria—, pero descubiertos con posterioridad a ella, comportan atribuir un efecto parcial al principio constitucional relativo de la “*res iudicata*”, de tal suerte “que el efecto preclusivo propio de la cosa juzgada apenas puede predicarse de las conductas parte estrictamente comprendidas en el objeto procesal puesto en conocimiento del juez y sobre las cuales éste podía decidir [...] los actos parciales que constituyen la unidad son material y jurídicamente escindibles y punibles individualmente, salvo claro está los eventos de acción única, de modo que el efecto de firmeza sólo puede comprender aquellos respecto de los cuales se promovió la persecución penal, y por ende, fueron objeto del proceso”¹¹². En consecuencia, para la CSJ, los hechos no descubiertos darán lugar a un nuevo proceso judicial que implicará una nueva sentencia, que podrá acumularse según las reglas del concurso material posterior. Una postura similar puede advertirse en el sistema procesal penal italiano del 24.10.1989, Art. 671, num. 1, que

¹¹¹ Cfr. BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, *ob. cit.*, pp. 708 y 709; MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 445 y ss.; VANINI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 266.

¹¹² En CSJ PENAL, sent. del 17.03.1999, e12187 J. GÓMEZ. Sobre el tema *cfr.* DELITALA, “In tema...”, *ob. cit.*, pp. 203 y 204. En contra: La cosa juzgada de la sentencia no depende del conocimiento del juez: JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1097 y 1098.

permite aplicar el delito continuado con posterioridad a la firmeza de varias sentencias condenatorias proferidas en procedimientos diferentes.

En el mismo sentido, el TS en SSTs 1395 del 23.11.2005 (RJ. 2005-7533), señala: “[...] la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de proceso y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos [...], concluyéndose que en estos casos no cabe la excepción de cosa juzgada en la medida que no hay identidad fáctica”. La STS 505 del 10.05.2006 (RJ. 2006-3184), reitera y agrega que “y la misma sentencia 500/2004 de 20.4, citada en el recurso que precisa que el previo enjuiciamiento separado e individualizado de los hechos analizados en la primera sentencia, impide que en aquellos hechos ya enjuiciados se integren o se injerten otros de idéntica factura pero que son enjuiciados con posterioridad y que por ello, no obstante la posible continuidad inicial que podría haberse contemplado, ésta ha quedado rota por aquel previo enjuiciamiento, concluyendo que la razón de no existir tal excepción de cosa juzgada es doble, una de tipo procesal y otra de tipo sustantivo. De tipo procesal porque el previo enjuiciamiento efectuado por la primera audiencia impide la continuidad delictiva respecto de los hechos enjuiciados con posterioridad, aunque en sede teórica todos, unos y otros podrían haber sido objeto de un enjuiciamiento único. De tipo sustantivo, porque los hechos posteriores no son idénticos a los anteriores”. Recientemente la STS 1017 de 16.10.2009 (RJ 2009-6473), señala que: “[m]ás cuestionable es la solución en el caso de una sentencia condenatoria que contempla varios de los hechos agrupados en la continuidad delictiva pero no otros que podrían haberse integrado allí pero que por los motivos que sean, dan lugar a un procedimiento posterior. En este punto la doctrina está más dividida y aunque predomina la opinión de quienes entienden que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria se extenderá a todos los hechos que han sido objeto de acusación y también a aquellos que podían haberlo sido y que no lo fueron pero entran en ese contexto temporal, no faltan fundadas tesis que se pronuncian en sentido contrario. Ahora bien la solución de este caso no puede transplantarse a un supuesto como el presente en que nos

encontramos ante previas sentencias absolutorias. No está en riesgo el *non bis in idem* sustantivo (prohibición de doble sanción). / Es más, en nuestra jurisprudencia tanto el Tribunal Constitucional (sentencia 221/1997, de 4 de diciembre), como esa Sala Segunda (vid. sentencias 1074/2004, de 18 de octubre o la más reciente 253/2009, de 4 de marzo) han ido mucho más allá y han negado eficacia de cosa juzgada a la sentencia condenatoria por delito continuado respecto de hechos individuales que, pudiendo haberse integrado en tal continuidad, no fueron objeto de acusación, de forma que la condena posterior por esos otros hechos sería legítima. Esa perspectiva abriría incluso la posibilidad de dar por buena la sentencia condenatoria recaída en la presente causa, aunque la sentencia previa referida a unos hechos puntuales de los muchos que podrían integrarse en el delito continuado, hubiesen sido ya objeto de sanción. Aunque hay que insistir en que esa solución es mucho más cuestionable. Pero sirva la muestra de esa extrema postura jurisprudencial para concluir que si en esos casos no puede hablarse de cosa juzgada o de merma del *non bis in idem* (aunque con ciertos matices que habrán de proyectarse en la individualización penológica), mucho menos cuando la primera sentencia que analizaba solo alguno de los hechos integrantes de la posible continuidad delictiva es absolutoria” [STS de 11.03.2009 (RJ. 1243-2009)].

Dicho lo anterior, resulta evidente que esta segunda postura admite una reconfiguración de la pena en los casos de continuación delictiva, cuando no todos los hechos parciales hayan sido juzgados de manera expresa e incluidos en la sentencia judicial de condena¹¹³. En este sentido, el juez del

¹¹³ Cfr. AMBROSETTI, *Problemi...*, *ob. cit.*, pp. 46 y 47: “[t]al posición se justificó, según la tesis jurisprudencial, en cuánto la aplicación de las normas sobre el delito continuado habría comportado, en razón de la mayor gravedad del delito a juzgar, la necesidad para el juez de proceder a una nueva valoración del hecho objeto de la sentencia irrevocable con una consiguiente nueva determinación del pena— base, cosa que sería precluida por el principio de la intangibilidad de la res iudicata” (t/l). Así lo reitera la STS 692 del 04.11.2008 (RJ. 2008-6941): “[...] la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que es posible la tramitación de un procedimiento y el dictado de una sentencia posterior sobre unos hechos aún cuando éstos, idealmente, pudieran incluirse en la continuidad delictiva enjuiciada con anterioridad. Es decir, que aunque cabe admitir teóricamente, desde el punto de vista del derecho sustantivo, la posibilidad de agrupar en una única infracción continuada los hechos que han dado lugar a la sentencia posterior con aquéllos que fueron objeto de enjuiciamiento en la precedente, ello no es posible, por cuanto para la apreciación del delito continuado es indispensable la unidad de proceso. Por tanto, si se tramitan dos procesos distintos en relación con hechos distintos no puede haber cosa juzgada, ya que los

conocimiento competente —en un nuevo proceso judicial— debe realizar una nueva valoración judicial de la totalidad de los hechos descubiertos con posterioridad al fallo, e imponer una pena que corresponda a la gravedad total del delito continuado. Ello, a su vez, supone proferir una segunda decisión judicial que absorba, acumule o contenga —formal y materialmente— la pena cubierta por la *res iudicata* de la primera sentencia, por fuera de los casos de reforma que admitirían la acción extraordinaria de revisión. Desde luego, como lo señala BONADIES¹¹⁴, en estos eventos el juez del conocimiento sólo tendría la competencia suficiente para verificar la subsistencia de los delitos, pero no podría incluir en la nueva decisión cadenas delictuales o elementos circunstanciales descartados en el proceso anterior, en virtud del efecto relativo de la cosa juzgada.

hechos introducidos en el segundo proceso son materialmente diferentes. En conclusión, ha de negarse la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de procesos y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos y, como consecuencia de ello, no es factible en estos casos admitir la cosa juzgada en la medida en que no hay identidad fáctica (véanse S.T.S. n° 751/1999 de 11 de mayo, n° 2522/2001, de 24 de enero de 2002, n° 380/2003, de 22 de diciembre, n° 500/2004, de 20 de abril, n° 1074/2004, de 18 de octubre, n° 1395/2005, de 23 de noviembre, n° 505/2006, de 10 de mayo). / 6. Ahora bien, con el fin de que la tramitación de dos procesos y la imposición de dos penas no vulnere el principio de culpabilidad por el hecho y el de proporcionalidad, la propia jurisprudencia ha propuesto diversas soluciones. Así, la sentencia n° 2522/2001, de 24 de enero de 2002 señala que las soluciones posibles son: 1) La moderación de la pena en el segundo proceso. A este respecto, caben diversas opciones: a) la operación consistente en descontar de la pena impuesta en el segundo proceso la pena ya impuesta en el primero. Por esta solución se inclina la sentencia n° 500/2004, de 20 de abril. b) que la suma de las penas impuestas en las sentencias condenatorias no supere el marco penal abstracto correspondiente al hecho delictivo. Por esta solución se inclinan las sentencias siguientes: / Sentencia n° 1074/2004, de 18 de octubre; n° 1395/2005, de 23 de noviembre. 2) La utilización analógica del mecanismo previsto en el artículo 988 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. 3) La institución del indulto. En este caso, la Sentencia n° 751/1999, de 11 de mayo propone "un indulto parcial de la pena a la que exceda de seis meses de prisión, pena que se considera más proporcionada a los hechos". Estas consideraciones efectuadas por la jurisprudencia de esta Sala en torno al delito continuado y la cosa juzgada también se han hecho por el Tribunal Constitucional en términos similares. Concretamente, en la Sentencia n° 221/1997, Sala 1ª, de 4 de diciembre y 2/2003, de 16 de enero. / 7. La contemplación íntegra de los hechos así como las penas impuestas en las sentencias en un delito continuado fraccionado en varios procesos se sustenta en el principio de culpabilidad y en su principal manifestación de proporcionalidad, en el principio de legalidad de delitos y de las penas (*art. 25-IC.E.*) y en definitiva en el de justicia material (*art. 1 C.E.*) y existe base legal —aunque prevista para otros supuestos— que autoriza a la reconsideración de una sentencia ya firme en otra posterior, si por razones formales o procesales se ha impedido la valoración o enjuiciamiento conjunto y armónico de ambas, ya sea en beneficio o en perjuicio del reo".

¹¹⁴ Cfr. BONADIES, "Su pretesi limiti...", *ob. cit.*, p. 1248.

En este punto, la discusión jurídica se centra en establecer cuál sería el alcance punitivo de la reconfiguración de la pena en el nuevo proceso judicial, ello es: (i) si el juez penal debe configurar una nueva pena autónoma, mediante otro procedimiento de individualización de la sanción; o (ii) si el funcionario debe reconfigurar la pena anterior para adicionar la cuantía que exprese de manera adecuada los nuevos hechos descubiertos. En ambos casos, el fallador no puede exceder el límite máximo de la pena genérica impuesta en la sentencia judicial original, ni tampoco está autorizado para declarar la nulidad o la ilegalidad del primer juicio [CP, Arts. 233 y 235: inasistencia alimentaria¹¹⁵] Estas posturas son dominantes en la doctrina española e italiana¹¹⁶.

Así, por ejemplo, BONADIES afirma: “[...] la determinación de la pena comprensiva operada por el segundo juez, sobre el presupuesto de una pena base diferente, no toca la valoración del delito y la traducción en cantidad de pena ya realizada por el primer juez que, también, constituye el término de parámetro y el antecedente del juicio del segundo (delito) [...] la sumatoria

¹¹⁵ Por ello, el CP de 2000, Art. 235 “Reiteración”, señala: “[l]a sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria”. Ello, pone de manifiesto que del texto legal no queda claro que se trate, como lo indica la CCONST. T-1186/2003, de un delito permanente, sino más bien de uno continuado que admite una lesión progresiva (incluso con efectos cuantitativos) del bien jurídico tutelado. Desde luego, es dudoso que se trate de un delito de efectos permanentes. Sobre su tratamiento como delito continuado o permanente, *vid.* FERNANDO I. FISZER, *El juzgamiento de delitos continuados cuando no cesaron de cometerse en la jurisprudencia Argentina*, *vid.* cibergrafía.

¹¹⁶ *Cfr.* CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 102-105; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, pp. 190 y ss. Así, la STS 1395 del 23.11.2005 (RJ. 2005-7533) afirma que “[l]a cuestión deducida no se resuelve sólo con la exposición del principio, sino que es preciso determinar cuál sea el límite penológico para no comprometer la proporcionalidad de las penas. Pueden haber dos soluciones, y las dos han sido adoptadas por Sentencias de esta Sala. Una primera, es la de establecer que en la segunda sentencia se descuenta la pena impuesta en la primera, solución que se adopta en la STS de 20.4.2004 "de suerte que fijada la pena que le correspondería por su intervención en los hechos ahora enjuiciados, se le descuenta la pena que se le impuso en aquella sentencia porque bien pudo haberse enjuiciado todo en un único procedimiento". Otra solución fue la adoptada en la STS 18.10.2004, en la que se declara que en estos supuestos el límite sancionador no debe verse superado por la previsión normativa prevista en el Código Penal, esto es, las penas impuestas en las sentencias condenatorias no deben superar el marco penal correspondiente al hecho delictivo. En este caso, los recurrentes han sido condenados por un delito continuado de falsedad documental en concurso ideal con otro continuado de estafa agravada por la notoria cantidad de la defraudación. Esta segunda es la solución que adoptamos al considerar más respetuoso con el principio de proporcionalidad en cuya virtud las penas impuestas no puedan superar el marco penal previsto por el legislador penal en el ejercicio de sus competencias legislativas, fijando una ordenada evaluación de los intereses en conflicto”.

comprensiva de la pena será siempre superior a aquella fijada por el primer juez [...], comprenderá siempre, absorbiéndola materialmente, la primera; no puede decirse que la variación de la pena base comporta una reevaluación del hecho ya juzgado aunque sea solo *quad modus poenam*, porque esta va reconducida a una valoración nueva y diversa de una diversa tipicidad [...]” (t/l)¹¹⁷ (paréntesis por fuera del texto original). Por su parte, DELITALA, comentando estas posturas, aunque finalmente es partidario del efecto preclusivo de la cosa juzgada, agrega que “[...] el segundo juez deberá limitarse a acrecentar la pena base establecida en la primera sentencia hasta el límite máximo permitido para la continuación. Solo si la primera sentencia ha aplicado este aumento en el máximo, la nueva acción está precluida, no en atención a la cosa juzgada, sino más bien por la imposibilidad de acrecentar ulteriormente la sanción” (t/l)¹¹⁸.

Desde luego, posturas como las expuestas son cuestionables, no sólo porque desconocen la unidad jurídica y procesal que implica del delito continuado una vez superadas las teorías de la ficción jurídica por la jurisprudencia, sino también porque: (i) al aplicar las normas sobre concurso de delitos a las modalidades de delito único, se llegaría a situaciones como las siguientes: por ejemplo, en el evento de una condena por un delito de hurto de 10'000.000 millones de pesos deberían aplicarse las reglas penológicas de un concurso de delitos si luego se demuestra, en momentos sucesivos, que la apropiación continuada total ascendió al monto de 70'000.000 millones de pesos y, todo ello, mediante la adición de actos que no fueron demostrados en el proceso judicial original, ni objeto de pronunciamiento en la sentencia condenatoria¹¹⁹; (ii) una configuración posterior de la pena impuesta, por fuera de las normas que regulan la acumulación de penas por la comisión de delitos distintos a la misma continuación delictiva, implicaría el ejercicio de una agencia oficiosa contraria a la prohibición de la reforma en peor de la sentencia condenatoria original [*vid.* CORTE CONSTITUCIONAL, sents. T-1186/2003, SU-1722/2000, C-055/1993 y SU-327/1995]; y, (iii) se desconocería el principio acusatorio, porque los fiscales tienen la obligación

¹¹⁷ *Cfr.* BONADIES, “Su pretesi limiti..., *ob. cit.*, p. 1259.

¹¹⁸ DELITALA, “Reato continuato..., *ob. cit.*, pp. 116 y 117.

¹¹⁹ De la misma opinión, REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 237.

constitucional de descubrir, investigar y acusar a los infractores de la ley por todos los hechos que conforman la unidad (jurídica o real) continuada.

En fin, cualquiera sea la matización que introduzca esta teoría en la reconfiguración de la nueva sentencia, se observa una quiebra tangible y una relativización cuestionable del principio de cosa juzgada material en perjuicio de la seguridad jurídica, y, por supuesto, un desconocimiento del principio de unidad legal mediante un incremento punitivo justificado por un mayor desvalor de culpabilidad agregado en el segundo juicio, al menos, desde el modelo político-criminal que asumen los ordenamientos constitucionales español y colombiano. Además, dicha solución le traslada al procesado no solo las carencias y vacíos del Estado para realizar una investigación integral de los hechos y estructurar el «*thema decidendi*» del juzgamiento según el principio acusatorio sino que, también, le niega la seguridad jurídica, pues —se pruebe toda la continuación delictiva en el primer proceso o no—, el Estado podrá adicionar de manera indefinida la acusación original, hasta obtener una segunda decisión y condena a su entera satisfacción.

En síntesis: no parece haber dudas en el sentido de que la solución dada al asunto fluctúa entre dos extremos: o se decide reconocer la vigencia generosa del principio de cosa juzgada, o se opta por preferir una solución punitiva que queda por fuera del primer juzgamiento procesal. Por supuesto, la opción más conveniente es la primera de las posturas mencionadas en este acápite al compás de las teorías ontológico-normativas, es decir, se deben respetar las garantías constitucionales y la vigencia de la cosa juzgada en el ámbito del delito continuado.

2. De otra parte, es necesario analizar aquellos supuestos jurídicos en cuales los actos seriados, vinculados a la continuación delictiva, fueron realizados antes y después de la notificación de la correspondiente sentencia judicial de condena, pero descubiertos con posterioridad; o fueron llevados a cabo luego de conocer determinadas circunstancias procesales. En estos supuestos, lo que discute la doctrina es sí la sentencia de condena o ciertos eventos procesales tienen el poder jurídico de fracturar el nexo subjetivo y

objetivo de continuación, no en su totalidad como es evidente pero sí a partir de los hechos posteriores a la actuación procesal, como sucede con la sentencia en los casos de delito permanente y habitual.

(a) En este sentido, si se afirma que la sentencia de condena tiene la fuerza subjetiva o normativa para inhibir el nexo subjetivo de unificación en la continuidad delictiva, tales hechos se deben considerar como una concurrencia típica diferente o como un nuevo delito continuado, siempre que se logre probar la configuración de un nuevo componente subjetivo en la serie delictiva, ambos en concurso posterior con el delito continuado sentenciado¹²⁰. De otro lado, si se entiende que la sentencia no tiene la fuerza jurídica necesaria para desestructurar el nexo de continuación¹²¹, entonces, los hechos se deberán entender juzgados por la sentencia de condena proferida, como si estos se hubieren realizado con anterioridad a la misma o, según se opine, permitir la modificación de la primera sentencia como ya se ha visto. No obstante, en el último caso, ello implicaría dar al condenado una patente de impunidad para continuar su actividad antijurídica de forma ininterrumpida, luego de conocer la sentencia de condena¹²².

Así las cosas, es claro que la sentencia judicial tiene la capacidad, si no para desestructurar en forma total la unidad subjetiva¹²³ cuando el condenado la

¹²⁰ Vid. MEZGER, *Tratado...* (1933), *ob. cit.*, p. 370, sostiene: “[s]i se intercala entre los diferentes actos una condena, se interrumpe el carácter unitario, impidiéndose con ello la conexión continuada”; SAUER, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 350; ANTÓN ONECA, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 464; PELÁEZ DE LAS HERAS, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 28 y 29.

¹²¹ En contra y con razón *vid.* PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 598, nota. 36, sostiene que la pretendida extensión de la norma sobre la continuación vulnera la función de prevención general y especial de la cual surge la *ratio essendi* del ordenamiento penal (t/l).

¹²² Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 424.

¹²³ En este sentido, JACONO, “Il problema...”, *ob. cit.*, p. 110: “por efecto de la condena el delincuente de hecho se encuentra con un dilema preciso, o reemprende la propia actividad e incurre en el riesgo de una nueva condena o desiste de la reiteración del delito. Necesariamente éste queda obligado a tomar una nueva decisión, y por lo tanto es evidente que no se puede seguir hablando de continuación” (t/l). Así, al operar el impulso de un propósito criminal renovado, el nuevo delito deberá permanecer por fuera del diseño originario. En sentido similar, *vid.* ZICONE, “Sul reato...”, *ob. cit.*, pp. 267 y ss., aunque introduce como criterio rector a «las máximas de la experiencia», para que el juez decida mediante un silogismo probatorio —probabilístico o hipotético—, si la condena posterior anula o no el nexo de continuidad delictiva, por la ausencia del elemento subjetivo, en el caso concreto. En este sentido, según indica el autor, el juez deberá reconocer la continuación cuando, por la consideración de todos los otros elementos de prueba, entienda que en el caso concreto la máxima de la experiencia no implica una probabilidad tan fuerte

haya conocido al configurar un nuevo dolo unitario o continuado, sí al menos político-criminal y judicial (la eficacia normativa del ordenamiento procesal), para romper el nexo de continuación por lo que se refiere al factor normativo-social de unificación. En consecuencia, los actos jurídicos parciales descubiertos y realizados con posterioridad a la sentencia de condena inicial, deben tratarse de forma razonable como hechos delictivos independientes (un delito continuado nuevo o sobreviviente si es del caso), lo que impedirá estructurar la unidad de infracción típica continuada, junto a los hechos ya sentenciados en el proceso judicial anterior. En estos casos, se debe proceder a la acumulación jurídica de penas según las normas del concurso material posterior.

(b) A su turno, una segunda variante presume la ruptura del nexo de continuidad y del delito continuado, por la carencia de continuidad del designio criminal cuando el sujeto tenga conocimiento cierto de un acto de carácter procesal como la denuncia, una condena o cuando haya sido sometido a detención preventiva. En consecuencia, ello implica permitir el inicio de un nuevo proceso judicial, mediante el cual se persigan y sancionen los eventos criminales posteriores que no fueron objeto de la sentencia judicial anterior; pero no como un fenómeno de continuación, sino como un caso de concurso material de delitos¹²⁴, evento que no se puede confundir con aquel otro supuesto en el que los actos parciales son juzgados de manera independiente aunque sí de manera contemporánea.

como para desestructurar la normalidad del caso, aplicando en consecuencia la institución de manera excepcional (t/l). Por su parte, BONADIES, “Su pretesi limiti..., *ob. cit.*, pp. 1250 y 1251, sostiene que “el juicio de valor contenido en la sentencia y sus consecuencias dañosas operan en una dimensión diversa de aquella del juicio de utilidad formulado por el reo y puesta en la base del designio criminal [...] en el cual [...] el agente pudo haber contemplado la eventualidad de una o más condenas en el curso de la ejecución” y más adelante “[...] la existencia de una sentencia condenatoria, puede solo constituir, de la misma manera que cualquier otra circunstancia de hecho, uno de los elementos sobre los cuales el juez funda la afirmación de la subsistencia en concreto del designio criminal o de la modificación o interrupción de éste” (t/l).

¹²⁴ Así, BETTIOL, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 557: “[d]espués de una sentencia penal condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada en la que se trató algunos hechos continuados, no debe creerse que para los otros hechos cometidos con anterioridad, pero descubiertos posteriormente a aquélla, esté precluida la acción penal. Esta queda precluida respecto del *mismo hecho* [...], pero no puede hablarse de un mismo hecho cuando nos hallamos frente a episodios nuevos que tienen su propia autonomía desde el punto de vista formal y sustancial. No hay inconveniente en que se ejerza la acción penal por los hechos posteriormente descubiertos”; MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 444. Lo comenta RISTORI, *Il reato...*, *ob. cit.*, p. 19.

Como es evidente, esta segunda postura es más radical, porque comporta una verdadera excepción a la aplicación positiva de las reglas penológicas del delito continuado¹²⁵, cuando está claro, según lo que se ha dicho, que esta figura también tiene un aspecto dogmático o sustantivo. Es más, se advierte que tal excepción es de naturaleza “*Iuris tantum*”, es decir, no admite prueba en contrario respecto de los efectos psicológicos que tienen ciertos actos judiciales (denuncia, detención o condena) en el ámbito subjetivo del delito continuado¹²⁶, aunque estos suspendan el término ordinario de prescripción de la acción (por lo general con la presentación de la denuncia o la querrela). En cualquier caso, es cierto que en algunos eventos tales actos pueden tener un efecto negativo en la permanencia del nexo subjetivo de la continuación (designio criminal, dolo total o de continuación, etcétera), una vez producidos. Sin embargo, ello no tiene por qué ser así, es decir, no tiene que verse un nexo subjetivo nuevo o distinto en todos los casos, y más en actuaciones que ya están determinadas de manera previa por el autor. Será, pues, necesario verificar la situación caso a caso.

B. EL DELITO CONTINUADO EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO. También, existen controversias relacionadas con el tema de la aplicación del delito continuado en el tiempo, es decir, cuando se presenta un tránsito de legislaciones y procede la aplicación del principio de favorabilidad; o, si se producen problemas relacionados con la aplicación de la ley penal en el espacio, ya en parte abordados cuando se trató el tema de la conexidad espacial entre los actos parciales vinculados al delito continuado.

1. El delito continuado y la ley penal en el espacio. En estos casos, se aplican las normas que regulan esta materia [CPM, Arts. 1.º, 2.º, 5.º, 7.º, y 20; LECrim Art. 1.º y 23 sobre la aplicación de la ley penal en el espacio; CP, Arts. 14 a 18); justo es decirlo, del Art. 23 de la LOPJ se infiere que el delito continuado como cualquier modalidad de delito único, se entiende realizado por acción u omisión en territorio español y, por lo mismo, resulta

¹²⁵ Así, ZAGREBELSKY, *Reato continuato, ob. cit.*, p. 188.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 55; también lo comenta AMBROSETTI, *Problemi..., ob. cit.*, p. 30.

aplicable la normativa penal española [Art. 23.1: principios de territorialidad y territorialidad por extensión en buques y aeronaves en concordancia con LOPJ, Art. 23.2¹²⁷]. Estos principios, obvio es decirlo, incluyen la competencia para que la jurisdicción española juzgue los delitos continuados realizados por ciudadanos extranjeros, aun cuando la conducta haya sido realizada de forma parcial en España¹²⁸, en virtud del principio de unidad sustantiva y procesal de la infracción y a pesar de lo preceptuado por el Art. 23 numerales 3 y 4¹²⁹.

En este sentido, la STS 540 del 18.09.2008 (RJ. 2008-4875), afirma: “El tema lo trata la sentencia recurrida en la primera parte de su fundamento de derecho 1º adoptando una solución que hemos de considerar correcta por lo siguiente: a) Tal y como razona la Audiencia Provincial, a falta de concreción de nuestras leyes procesales u orgánicas, cuando un delito tiene lugar en una pluralidad de territorios, en principio cabe considerar

¹²⁷ Art. 21. — 1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Art. 23. 1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. 2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos, a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito./ b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles./ c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

¹²⁸ De otra opinión, ANTÓN ONECA, *Delito...*, *ob. cit.*, p. 462, para quien no opera el principio de territorialidad sino el de jurisdicción universal, previsto en la LECrim, Arts. 23.3 y 23.4.

¹²⁹ De esta misma opinión CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 409, al indicar que “[...] desde un punto de vista lógico, consecuentemente con el principio de unidad jurídico-material del hecho continuado, procedería la asunción de competencia de los Tribunales españoles, pese al tenor literal del art. 23.2, que reserva el conocimiento de los hechos cometido en el extranjero a los casos de autores españoles o extranjeros que hubieren adquirido con posterioridad al hecho la nacionalidad española, y no obstante las limitaciones que introducen los núms. 3 y 4 del art. 23, para conocer de delitos cometidos por extranjeros fuera de España, cuando en nuestro territorio tuvieron lugar algunas de las acciones que se unen en continuación. No es obstáculo el tenor literal de la ley, pues contempla el caso de delito único, y tal consideración merece el delito continuado aunque las plurales acciones tengan lugar en distintos territorios”.

competente para actuar a cualquiera que tenga jurisdicción en alguno de esos territorios. [...] Si aplicamos esta misma tesis de la ubicuidad a los delitos continuados, ha de entenderse competente para instruir o conocer de todas las infracciones, agrupadas en una sola por tal carácter continuado, aquel juzgado o tribunal en cuyo territorio se hubiera realizado algún elemento del tipo de alguna de esas diferentes infracciones y sea el que primero hubiera actuado”.

Por su parte, la ley penal colombiana de 2000 [CP, Art. 14] dispone que la conducta punible se considera realizada (1). En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción, (2). En el lugar donde debió realizarse la acción omitida y (3). En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado; así las cosas, como lo ha subrayado la doctrina nacional, se acoge una teoría mixta en la materia en desarrollo del principio “*locus commissi delicti*”. En este orden de ideas, es posible afirmar que el delito continuado es una unidad delictiva sustantiva y procesal que se entiende ejecutada en todos los lugares en los que se hayan realizado los actos parciales que conforman la unidad de acción en sentido amplio, de manera efectiva y cierta desde el punto de vista objetivo y subjetivo, por acción o por omisión¹³⁰. Dicha regla se aplica, también, en delitos continuados tentados y para determinar la aplicabilidad de la ley penal colombiana a los distintos intervinientes en la ejecución de la figura.

2. El delito continuado y la ley penal en el tiempo. Como sucede en los demás casos, también las hipótesis que implican una infracción progresiva de la misma disposición (delito único), requieren de ordinario que la norma jurídica: (i) esté vigente al momento de la realización de la acción progresiva (propia del verbo rector o de la acción omitida —aunque según la ley colombiana sea otro el tiempo de la realización del resultado acumulado en sentido jurídico o material que de lugar a la consumación del delito [CP, Art. 26: *tempus commissi delicti*]—) y, (ii) que dicha norma sea de verdad aplicable.

¹³⁰ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, ob. cit., p. 314; id., *Manual...*, ob. cit., p. 153.

Sobre el particular, la jurisprudencia española insiste en que, al ser el delito continuado una unidad delictiva real, la ley vigente aplicable sería aquella que impera al momento de realizar la última acción, aun cuando hayan comenzado bajo la vigencia de una ley anterior. Así, la STS 1163 del 11.10.2005 (RJ, 2005-6084), advierte: “[o]bviamente, al existir una continuidad, la Ley aplicable es la que está en vigor cuando los abusos cesan, y como este cese fue con posterioridad a 1999, es correcta la decisión de la Sala de someter el delito continuado, que por serlo supone una pérdida de sustantividad de los aislados actos que lo vertebran, a la legalidad en vigor cuando cesa el delito, esto es, a la derivada de la reforma de la L.O. 11/99. [...]” (Subrayado por fuera del texto original). También en la STS 143 del 23.01.2006 (RJ. 2006-714). Igual solución le ha dado la jurisprudencia colombiana: CSJ PENAL, sent. 23.09.2008, e24184, J. SOCHA, así: “Y si en esta hipótesis que examina la Corte se configurara el delito continuado, sin duda alguna la legislación utilizable sería la vigente en el momento de la culminación del fin, es decir, el instante de la obtención del objetivo” [CSJ PENAL, sent. 26.06.2006, e22027 y CSJ PENAL, sent. 07.09.2006, e23790].

No obstante, debe hacerse una precisión importante: la aplicación de la norma (tipo y consecuencia jurídica) también puede deducirse como resultado de la aplicación del principio constitucional de favorabilidad [Constitución, Art. 29; CP, Art. 6.º, inc. 2.º; CPP, Art. 6.º, inciso 2.º y L. 153/1887, Arts. 40 a 44; En España: CNE, Arts. 9.3 y 25.1; CPE, Art. 2.2], bajo los postulados de ultraactividad o retroactividad, según hayan sido regulados en cada legislación punitiva¹³¹.

En otras palabras, en el delito continuado también se admite la aplicación preferente y *sin excepción* de la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, en aquellas hipótesis en las cuales cualquier acto parcial que integra la unidad de acción continuada haya sido realizado durante la vigencia de dos o más leyes complejas divisibles —incluso de naturaleza

¹³¹ Vid. CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, ob. cit., p. 190; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito...*, ob. cit., p. 64; REYES ALVARADO, *El concurso...*, ob. cit., p. 234. En contra: cfr. RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho*, ob. cit., pp. 867.

temporal— que regulen la materia, algunas de ellas más restrictivas o desfavorables desde el punto de vista de la penalidad¹³². Para el caso, no interesa si la ley penal creó nuevos tipos penales similares, modificó los preexistentes, los complementos de los tipos penales en blanco que permiten completar el tipo penal agravado por la continuación o la norma que agrava la penalidad sobre la base de la continuación prevista en la parte general.

El tema ha sido estudiado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, quien advierte que se deben distinguir las siguientes situaciones: “a) tipos delictivos que no existían en la ley anterior: si se realizan actos continuados que no eran punibles durante la vigencia de la ley derogada y que sí lo son en la nueva, parece evidente que sólo son punibles de conformidad con el nexo de continuidad los llevados a cabo durante el imperio de la nueva ley; b) tipos delictivos que existían en la ley anterior, pero no en la nueva, esto es, la situación inversa a la anterior: en este caso parece evidente que todos esos actos son impunes. c) Nuevas disposiciones modificativas, sea para atenuar o agravar la penalidad, sea para agregar o suprimir elementos de las figuras típicas o circunstancias, evento en el que pueden presentarse diversas situaciones en materia de continuación: si la nueva ley es más benigna ella es la aplicable; si la nueva es más severa se impone la anterior, así parte de los actos se lleve a cabo durante la vigencia de la última; y, d) introducción o supresión del delito continuado: si la nueva ley suprime la figura, los efectos de la continuación se extienden a todos los actos realizados durante la vigencia de la nueva ley, a condición de que estén unidos por el nexo de continuación, solución que también se debe acoger en el caso contrario. Por supuesto, si se presentare el fenómeno de la ley intermedia es perfectamente posible aplicar esta normatividad, así ello suponga acudir a dos o más leyes”¹³³ (cursivas y negrillas por fuera del texto original).

¹³² Sobre el tema de la favorabilidad de leyes penales declaradas inexecutable por vicios de procedimiento en su formación por la Corte Constitucional, *cfr.* el polémico auto de la CSJ PENAL del 11.07.2007, e26945, con dos importantes aclaraciones de voto de los Magistrados M. SOLARTE y Y. RAMÍREZ.

¹³³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, p. 56; *id.*, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 146 y 147: “[...] si es un delito continuado, el comportamiento se considera cometido bajo la vigencia de cualquiera de las leyes en conflicto, pues en cada una de ellas se ha manifestado la voluntad del agente, que puede optar por una u otra atendidos sus intereses [...]”. En la misma línea se manifiesta el autor respecto al delito permanente, *ibídem*, al

A pesar de lo dicho, cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas condiciona la aplicación del principio de favorabilidad, así la modificación sea más beneficiosa o más desfavorable para el reo; esto es, no se hace distinción alguno. Así, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO advierte que si se trata de una modificación material posterior beneficiosa, entonces “[...] las acciones deben subsumirse en el tipo de la parte especial de la ley penal que resulte más favorable”¹³⁴. De tal suerte que la pena se fijará a partir de la ley penal posterior favorable al procesado o sea de acuerdo con la legislación anterior, según el caso.

Por el contrario, si la ley posterior no es beneficiosa sino más severa, entonces “[...] las modificaciones gravosas del Derecho material deberán ser aplicadas al delito continuado en su conjunto si el hecho individual más grave se ha realizado con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, incluso cuando sólo entre en vigor en el momento de la comisión de los últimos actos parciales, pues esta consecuencia es la lógica si se parte, como se hace, del principio de unidad jurídico-material del hecho continuado”¹³⁵. También, la STS 935 del 515.07.2005 (RJ. 2005-4841), afirma que “[...] como dijera la sentencia 1625/2000, de 31 de octubre, en el caso en el que la ley que rige después del comienzo de ejecución fuera más grave —como ocurre en la presente causa— no existiría ninguna justificación para beneficiar a los autores que, no obstante el incremento de la amenaza penal, no inhibieron sus impulsos delictivos para dar comienzo a la ejecución del delito [...]”. Doctrina esta similar a los casos de delitos permanentes que se están cometiendo o perpetrando a lo largo de toda la dinámica comisiva, en los que “si, durante ese periodo de infracción sostenida del ordenamiento penal, y antes del cese de los efectos antijurídicos de la infracción, entra en vigor una norma penal más rigurosa, ésta será aplicable a esa porfiada

afirmar que “[...] el tiempo de comisión comprende todo el lapso transcurrido desde el instante de la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse. Sobre el tema, CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 79-81.

¹³⁴ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 410.

¹³⁵ *ibidem*, p. 410. Claramente, ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 504, considera, partiendo de los efectos de la teoría de la ficción y la realidad jurídica, que la aplicación de la ley anterior más favorable implicaría entender que las acciones anteriores a la ley “más rigurosa” son motivo de atenuación de la pena. En contra: CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 190 y ss.

conducta, sin que ello suponga retroactividad alguna “*ad malam partem*” (STS. 21.12.90)”.

En estos casos, la ley posterior desfavorable implica la fragmentación delictiva unitaria, de tal suerte que la tipicidad de cada hecho se determina de forma independiente según la ley vigente al momento de su comisión. Sin embargo, esta postura es discutible por dos razones:

(1) Porque parte de una tendencia asistemática, en virtud de la cual el intérprete selecciona la naturaleza del delito continuado según el efecto sustantivo y procesal que desea¹³⁶. Por ejemplo, si se trata de la prescripción, la figura en estudio se aborda como una infracción única, pero se estima como un concurso real de delitos¹³⁷ si se está enfrente a una tentativa de delito continuado, de la cosa juzgada o de la querrela, etc. Más allá, si es un tema de favorabilidad, la naturaleza del delito continuado depende de si la ley posterior es favorable o desfavorable, con lo que también se da el tratamiento de la modificación típica al problema de la ley en el tiempo.

Ello, por supuesto, no se compadece con una institución que ha sido explicada como una realidad ontológico-normativa, desde la perspectiva de la tesis de la unidad jurídica. Pero que, además, permite concebir la unidad normativa de la acción como una consecuencia indefectible que logra vencer, incluso, los principios constitucionales e ignora que el caso no es distinto de aquel otro en virtud del cual a un delito único se le aplican dos normativas diferentes. Es más, en este último evento, no es lógico dejar de aplicar la pena menos grave en razón del principio de favorabilidad.

(2) Porque, en verdad, se busca no aplicar el principio de favorabilidad. Que el delito continuado se sancione con base en la pena más grave entre las concurrentes, es un principio que opera cuando se trata de tipicidades parciales iguales o similares que no supongan un tránsito de legislación; si tal fenómeno se presenta, ello implica que el delito continuado comporte

¹³⁶ Un ejemplo evidente de dicha metodología se observa en CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 73, para quien la ficción depende de la valoración hecha al momento de dictar sentencia.

¹³⁷ *Cfr.* JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1096 y 1097.

una pena base operativa menos grave en la legislación anterior y otra, más grave, en la posterior a partir del principio de unidad jurídico-material de la acción, razón por la cual el análisis de favorabilidad debe hacerse sobre la base de la pena operativa más benigna entre las concurrentes, siempre que éstas obedezcan a legislaciones distintas. Se repite, no se trata de un problema similar a la agravación de uno de los actos seriados.

Desde luego, si se aplica la pena operativa contenida en la legislación más benévola, ello no significa que la punibilidad atribuible al delito continuado no se imponga con base en la sanción más severa, así sea cierto que no se tenga en cuenta la más gravosa sino la más beneficiosa de las penas en tránsito, en virtud del principio de favorabilidad¹³⁸. No es, pues, cierto que ello suponga una atenuación de la pena.

(3) En Colombia, esta interpretación constituye una excepción a la aplicación irrestricta del principio de favorabilidad y, por ello mismo, resulta inconstitucional; así mismo, a nuestro modo de ver, en España vulnera los Arts. 9.3 y 25.1 superiores de la Constitución¹³⁹. Ello es así, porque la favorabilidad supone atenuar la penalidad que le corresponda al comportamiento realizado por el proceso en virtud de modificaciones posteriores más gravosas y dicho principio se transgrede cuando, para obviar su aplicación e imponer la pena más severa, se transforma la naturaleza unitaria del delito continuado (ley posterior más benigna) en un concurso real de tipicidades (ley posterior más desfavorable)¹⁴⁰.

¹³⁸ En contra CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 411, explica que “[...] habiéndose producido una modificación gravosa del Derecho material, resultará que unas acciones lleven aparejada una amenaza penal más benigna, y otras acciones estén sancionadas en la nueva ley de forma más severa. Ello determinará que haya de atenderse conforme al principio general de sanción de la acción continuada, a la amenaza penal más grave, aunque se contenga en esta nueva ley penal”. Como se afirma, ello supone desconocer que en la legislación anterior el delito continuado también suponía una penalidad menos grave para la misma tipicidad más grave, por lo cual, la nivelación de la punibilidad ignora los efectos sustantivos del principio de favorabilidad.

¹³⁹ En contra, *ibídem*, p. 411.

¹⁴⁰ Por ello no puede ser de recibo aquella afirmación, *ibídem*, p. 412, en virtud de la cual se señala que “[e]xtender la vigencia de la ley derogada más favorable a acciones cometidas con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley penal supone dejar de aplicar una ley a un hecho cometido durante su vigencia de modo que no resulta aceptable”. Pero este no es realmente el problema, el problema es que el hecho se rigió temporalmente por dos leyes que suponen consecuencias diferente, una de las cuales se inaplica

Tema aparte, por supuesto, es la polémica respecto al tránsito legislativo de regímenes procesales. La cuestión no debería suscitar problemas, como se ha visto, pues se trate de una ficción jurídica, de una unidad jurídica o una unidad real, el delito continuado no varía su naturaleza por el cambio de sistemas procesales. En nuestro medio, el indebido entendimiento de la naturaleza de la figura, ha llevado a los tribunales a romper la unidad sustantiva cuando la figura en estudio se comenzó a realizar durante la vigencia del CPP de 2000 [L. 600/2000] y continúa o termina bajo el imperio del CPP de 2004 [L. 906/2004]. El argumento, según la jurisprudencia reciente, es que el CPP de 2004 no se puede aplicar a delitos cometidos con anterioridad al 2005 [CPP, Art. 533], y la sabia consecuencia es dividir la unidad procesal para configurar un concurso posterior de delitos continuados, el primero juzgado mediante la L. 600/2000 y, el segundo, por la L. 906/2004, que luego se acumulan jurídicamente.

Desde luego, se trata de un error jurídico importante. Lo que no logran comprender los tribunales colombianos es que el delito unitario no se ha consumado aún, porque la unidad de conducta se lleva a cabo en ambos ordenamientos atendida la unidad procesal que comporta y que, por ello mismo, no existe ningún impedimento legal para entender que el delito también ha sido realizado y consumado en vigencia del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria, imperante desde 2004.

C. EL DELITO CONTINUADO Y LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. La prescripción de la acción penal. Otro tema importante en esta materia es el que suscita la figura sustantiva de la prescripción de la acción en el ámbito de influencia del proceso penal, como causal de extinción de la

excepcionalmente, precisamente, en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal. La Constitución colombiana, Art. 29, afirma: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, un cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”; CPP, Art. 6.º.

responsabilidad criminal o de la pena [CPE, Art. 130.6.º y CP, Art. 82, num. 4, adicionado L. 1154/2007, Art. 1º; CPP, Art. 77]¹⁴¹.

En efecto, como se recordará, desde el punto de vista de su fundamento jurídico la prescripción de la acción se justifica por razones de política-criminal y de seguridad jurídica [Const. Pol. Española, Art. 9.3], las cuales se concretan en la conveniencia de no mantener de manera indefinida las expectativas jurídicas de solución judicial sobre infracciones de índole jurídico penal, mediante la persecución y judicialización tardías de la conducta punible. Así las cosas, a través de esta figura se le garantiza al ciudadano que, cuando transcurra cierto tiempo durante el cual se extinga la necesidad de intervención pública o el ejercicio del *ius puniendi*, desaparezca la utilidad social de las sanciones penales, o se produzca un aquietamiento de la conciencia social sobre los efectos y consecuencias que produjo el hecho delictivo, el Estado renuncie de derecho —de manera rogada o de oficio, en virtud del principio de mínima intervención, culpabilidad y oportunidad reglada— a la criminalización secundaria.

Por ello, la judicialización y la subsiguiente sanción al autor, más allá del término previsto en la ley penal, no resultan razonables, necesarias o proporcionales [CP, Art. 3.º], atendidos los fines del Derecho penal admisibles desde el punto de vista del Estado constitucional [CP, Arts. 4.º y 5.º] [SSTS 460 del 11.04.1997 (RJ. 1997-2778) y del 05.02.1994 (RJ. 1994-696), entre otras]. En este sentido, la STS 144 del 17.03.1998 (RJ. 1998-8183), que reitera la STS 04.06.1994 (RJ. 1993-4805, indica: “[...] la prescripción del delito opera en el proceso penal como una causa de extinción de la responsabilidad criminal cuando el transcurso del tiempo y la paralización del proceso modifican sustancialmente la necesidad de la pena, en beneficio del reo, para hacer desaparecer los efectos y consecuencias que el hecho delictivo habría normalmente de producir. El binomio delito y pena, como respuesta social para restablecer el orden jurídico quebrantado

¹⁴¹ Sobre el tema de la prescripción en el ordenamiento penal alemán, *vid.* KRATZSCH, “Die fortgesetzte..., *ob. cit.*, p. 183; HINRICH RÜPING, “Beendigung der tat und beginn der Verjährung”, en *GA*, 1985, pp. 443 y ss., aunque desde la perspectiva de la ficción relativa; RUPPERT, “Der Tag..., *ob. cit.*, pp. 973-974.

pierde su razón de ser en favor del principio de mínima intervención judicial, en tanto en cuanto la paralización en el transcurso del tiempo de las actuaciones judiciales, elimina la sanción, no sólo por la extinción de la responsabilidad criminal, como ya se ha dicho, sino también porque la imposición de la pena deviene innecesaria. El instituto de la prescripción tiene una doble proyección sustantiva y procesal ya que se regula en el derecho material y produce necesariamente sus efectos en el curso de un procedimiento judicial. Desde una perspectiva de legalidad ordinaria es obligada la apreciación de la prescripción, tan pronto como las exigencias del derecho sustantivo se han producido, dado que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines del sistema punitivo y más concretamente la reinserción y rehabilitación social son ya inalcanzables. Pero es que además existen razones de política criminal que aconsejan por simples razones de proporcionalidad en la respuesta punitiva prescindir de la sanción penal cuando el transcurso del tiempo ha disminuido sensiblemente hasta hacerla desaparecer por decisión legal la medida de la culpabilidad. / Desde una vertiente procesal o adjetiva existe una cuasi identificación entre prescripción del delito y la caducidad de la pretensión punitiva, de tal manera que el órgano jurisdiccional competente habrá de apreciarla de oficio en cualquier estado del procedimiento, siendo viable incluso su alegación como cuestión nueva, en el escrito de interposición del recurso de casación o incluso en la misma vista del recurso. /El transcurso del tiempo produce incuestionables efectos jurídicos que transforman determinadas situaciones de hecho en verdaderos estados de derecho. La incertidumbre de la respuesta jurídica no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo y mucho menos en el campo del derecho penal por lo que es necesario marcar el tiempo durante el cual se puede ejercitar válidamente el «ius puniendi» del Estado. No podemos olvidar que la seguridad jurídica se ha erigido en un valor constitucional que tiene su marco de referencia en el Art. 9.3 de nuestra Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) por lo que el Instituto de la Prescripción aparece reforzado y se alza frente a la pretensión de perseguir los delitos más allá de los plazos marcados por el Código Penal”.

De este modo, en la legislación penal española, el Art. 131 mod. LO 15/2003, num. 1, indica que los atentados punibles prescriben de la siguiente forma: a) si tiene como pena máxima señalada en la ley la de prisión de quince (15) o más años, la prescripción opera a los veinte (20) años; b) si tiene como pena máxima señalada la prisión de más de diez (10) y menos de quince (15), o más años, o inhabilitación por más de diez (10) años, la prescripción opera a los quince (15) años; c) si la sanción máxima señalada es prisión o de inhabilitación por más de cinco (05) sin que exceda de diez (10) años, la prescripción opera a los diez (10) años; d) si tiene como castigo máximo señalado prisión o de inhabilitación por más de tres (03) sin que exceda de cinco (05) años, la prescripción opera a los cinco (05) años; e) la prescripción opera a los tres (03) años, en los restantes delitos menos graves; f) en un año los delitos de injuria y calumnia.

A su turno, el num. 2 *ibídem* precisa que las faltas prescriben a los seis (06) meses; y, el num. 3, afirma que en materia de penas compuestas se aplican las reglas del Art. 131, según la que exija mayor tiempo para que opere la prescripción. En último lugar, el num. 4 del Art. 131 dispone que los delitos de lesa humanidad, de genocidio y los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescriban en ningún caso.

Vale la pena anotar que el TS ha precisado en múltiples sentencias lo que debe entenderse por la “pena máxima señalada al delito” en materia de delito continuado. Sobre el particular, la STS 509 del 13.06.2007 (RJ. 2007-3920), señala que esta doctrina “[...] ha sido objeto de una doble matización. La primera matización se refiere a que el concepto de pena en abstracto debe de relacionarse necesariamente con los grados de ejecución o título de participación concreta que se den en el supuesto enjuiciado, y por tanto, con apartamiento del tipo penal genéricamente descrito, que se hacía coincidente con la participación a título de autor y en delito consumado. Ello supone que si el delito está en grado de frustración, o la participación lo es a título de cómplice, el concepto de pena en abstracto debe enmarcarse en esas concretas coordenadas porque existe una delimitación ex lege que no puede ser obviada (STS 1395/2004 de 3.12). La segunda matización se

refiere a que la pena en abstracto, así delimitada debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que pueda serle impuesta, siendo desde esta perspectiva que debe interpretarse el término "pena máxima" señalada al delito, que se contiene en el Art. 131 del actual Código Penal, es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar por la aplicación de algún subtipo agravado, o por la continuidad delictiva (STS 222/2002 de 15.5)"¹⁴² (subrayado por fuera del texto original).

Así mismo, la legislación colombiana en materia de prescripción de la acción dispone las siguientes reglas en el Art. 83, adicionado por la L. 1154/2007, Art. 1.º, en concordancia con el Art. 82 num. 4: (a) la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley (la máxima fijada en el marco penal genérico para el delito) si fuere privativa de la libertad; pero, en ningún caso, es inferior a cinco (05) años, ni excede de veinte (20); (b) El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada¹⁴³, tortura y desplazamiento forzado es de treinta (30) años¹⁴⁴.

(c) Cuando se trate de atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, o de incesto cometidos contra menores de edad, la acción penal prescribe en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad; en este último caso, entonces, el

¹⁴² Sobre el particular, *vid.* Acuerdo General del Pleno de la Sala II del TS de 29.4.97 y las STSS 600 del 11.09.2007 (RJ. 2007-5843), 1173 del 27.09.2005 (RJ. 2005-5600), 217 del 18.02.2004 (RJ. 2004-1101) y 71 del 02.02.2004 (RJ. 2004-2112), 1937 del 2001 (RJ. 2001-9084), 690 del 14.04.2000 (RJ. 2000-2545), 1493 del 21.12.1999 (RJ. 1999-9436), 430 del 31.03.1997 (RJ. 1997-1966), 16.01.1997 (RJ. 1997-184), 15.03.1996 (RJ. 1996-1951). En sentido contrario, *vid.* STS 07 del 16.01.1997 (RJ. 1997-184), que observa más acertado tomar el plazo de prescripción del delito continuado, a partir de la pena exasperada o agravada.

¹⁴³ Según la CCONST., C-580/2002, el término de prescripción comienza a contarse desde la perpetración del último acto que coincide con el conocimiento del destino del desaparecido.

¹⁴⁴ Norma que ha sido parcialmente modificada por la L. 742/2002, que incorpora a la legislación el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998. Ello, con base en el acto legislativo núm. 02 de 2001, Art. 1.º. No se puede olvidar que en el Estatuto de Roma, los delitos graves contra la humanidad, constitutivos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos de agresión no prescriben en ningún caso; y que la L. 742/2002 resulta una ley aprobatoria de tratados internacionales, de mayor jerarquía normativa que el Código Penal (L. 599/2000), que sólo es un ley ordinaria.

término de prescripción pueda llegar hasta en 38 años. Y, (d) en las conductas punibles (delitos y contravenciones) que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribe en cinco (05) años.

Además, el Art. 83 dispone algunas reglas complementarias del siguiente tenor: (1). Para los efectos de determinar el computo de la pena se tienen en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad (agravantes o atenuantes); (2). Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se le aumenta en una tercera parte¹⁴⁵; (3). También, se aumenta el término de prescripción, en la mitad sin exceder del máximo correspondiente, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior; (4). En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, éste no excede el límite máximo fijado.

Ahora bien, una vez descritas las distintas reglas generales que determinan el transcurso temporal necesario para que opere la institución de la prescripción, resulta necesario precisar los rudimentos que permiten determinar desde qué momento se debe comenzar a contar dicho término de prescripción en la materia que nos ocupa, porque la institución en examen varía según la clase de infracción penal. En este orden de ideas, se puede afirmar que —en lo fundamental— las legislaciones citadas toman como punto de referencia, para contar el plazo de prescripción de la acción continuada, la realización del último de los actos particulares seriados homogéneos realizados por el autor en nexo de continuidad (objetiva y subjetiva); es decir, cuando termina la actuación dolosa o culposa del agente sin que ello altere el momento inicial de la ejecución.

Así lo consagra, de un lado, el CPE en el Art. 132, apt. 1.º, inc. 2.º [mod. LO 15/2003] cuando advierte que “en los casos de delito continuado [...] tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó

¹⁴⁵ En este sentido la CSJ PENAL en sents. del 07.12.2001, e13774; sent. 07.12.2001, e14354 y sent. 06.12.2001, e18766, reconoce que la norma implica un incremento sobre todos los términos de prescripción; mientras que autores como VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 630, crítico, explica que dicho incremento sólo opera frente al límite mínimo de 5 años; *id.*, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1190.

la última infracción [...]”¹⁴⁶ [SSTS 570 del 30.09.2008 (RJ. 2008-5468): “El punto de partida o días a quo para el cómputo del tiempo de prescripción, aun tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada”, 493 del 09.07.2008 (RJ. 2008-3996), 1224 del 07.12.2006 (RJ. 2006-7824), 1138 del 23.11.2006 (RJ. 2006-7432), 923 del 29.09.2006 (RJ. 2006-5846), 705 del 28.06.2006 (RJ. 2006-4194) y 678 del 07.06.2006 (RJ. 2006-4092)¹⁴⁷]. Desde luego, si los distintos actos parciales cumplen los diversos requisitos previstos por el Art. 74 *ibídem*, según la jurisprudencia, dicho término de prescripción se cuenta de forma conjunta para cada una de las distintas actuaciones del agente [STS 246 del 15.04.1996 (RJ. 1996-1951)]. De no ser así, los términos de prescripción se contabilizan por separado para cada infracción, pues se entiende que dicha sucesión de actos no tiene la aptitud legal para suspender los efectos de la prescripción [STS 968 del 04.07.1997 (RJ. 1997-5836)]¹⁴⁸.

De otro lado, dicho término de prescripción se suspende, según el apt. 2.º del Art. 132, “[...] cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”¹⁴⁹. En este sentido, dicho artículo consagra una posición intermedia, porque no resulta suficiente la simple apertura del procedimiento orientado a investigar el delito continuado, como tampoco es necesario el extremo opuesto, es decir, que se formalice la imputación o la acusación. Basta que el procedimiento investigue la conducta de personas determinadas o concretas que, desde luego, todavía no pueden ser calificadas como culpables al no haberse dictado sentencia condenatoria (presunción de inocencia), pero que se

¹⁴⁶ Ya era así en el Art. 144 del CP Sardo de 1859, que indicó que “en los delitos continuados la prescripción no correrá hasta el día en que cesó la continuación”. También, *vid.* SSTS 313 del 11.03.1997 (RJ. 1997-2018) y del 05.02.1994 (RJ. 1994-696).

¹⁴⁷ Esta sentencia no entiende que el momento de inicio del término de prescripción sea el del último acto realizado, sino el del último resultado típico causado. Con ello distingue el momento propio para los delitos de resultado de aquel propio para los delitos de mera conducta. En general, sobre el tema, *vid.* SSTS 1641 del 11.10.2002 (RJ. 2002-9695), 1789 del 31.02.2002 (RJ. 2002-9912) y 568 del 06.07.2001 (RJ. 2001-6367).

¹⁴⁸ Comenta la jurisprudencia más antigua CASTIÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 188 y ss. *Cfr.* CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 96; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 403.

¹⁴⁹ *Vid.* CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 431.

encuentran señaladas en la denuncia o la querrela —o cualquiera de los instrumentos procesales que puedan dar cuenta de la “notitia criminis”, o, al menos indefinidas pero identificables como las presuntas responsables de la comisión de un delito [SSTS 600 del 11.09.2007 (RJ. 2007-5843), 794 del 30.09.1997 (RJ. 1997-6842), 473 del 14.04.1997 (RJ. 1997-2818), y del 03.02.1995 (RJ. 1995-871), 01.03.1995 (RJ. 1995-1903) y 25.01.1994 (RJ. 1994-106)]. La misma regla se aplica a los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices), en el sentido de que el tiempo de prescripción sobre sus actuaciones, en virtud del principio de accesoriidad limitada, solo comienza a contar a partir del momento en que lo haga la actuación continuada antijurídica del autor.

Por otra parte, el Art. 84 del CP colombiano [L. 599/2000] dispone lo siguiente: “[e]n las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación./ En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que sólo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto./ En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar./ Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá “independientemente para cada una de ellas” (subrayado por fuera del texto original)¹⁵⁰. Además, según el Art. 86, inc. 1.º mod. L. 890/2004, Art. 6.º, “la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. /Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (05) años, ni superior a diez (10)”¹⁵¹ (subrayado por fuera del texto original).

¹⁵⁰ Vid. además, CCONST., C-1033 del 06.12.2006, declaró inexecutable el Art. 531, incs. 1.º a 3.º, de la L. 906/2004, mediante la cual se regularon términos especiales de prescripción y caducidad de las acciones realizadas antes de la vigencia del sistema acusatorio, con la finalidad de facilitar la descongestión de los despachos judiciales y la depuración y liquidación de procesos en curso.

¹⁵¹ Sobre el particular, la CSJ PENAL, sent. del 23.03.2006, e24300, expresó, “6 [...] el artículo 6º de la ley 890 del 2004 debe ser concebido como modificatorio del artículo 86 del Código Penal, exclusivamente en lo relacionado con los asuntos tramitados por el

Se trata, pues, de una regulación bastante detallada que —no obstante— resulta desafortunada en materia de continuación delictiva, en primer lugar, porque no concreta de forma expresa el tema y, en segundo lugar, porque según se interprete la naturaleza sustantiva del delito continuado, se podrán acoger opciones diversas y contradictorias en perjuicio de la seguridad jurídica. Por ejemplo, si se asumen las teorías de la ficción relativa o sus variantes, el término de prescripción comienza a contarse de manera independiente para cada una de ellas, según el inc. 4.º *ibídem*, como si se tratase de una modalidad de concurso de delitos, es decir, como si estas conductas fuesen de ejecución instantánea.

Por el contrario, si se acogen las teorías de la realidad, considerado el delito continuado como una modalidad de delito único, el comienzo del término de prescripción extintiva de la acción debe contarse de acuerdo con los incisos 2.º, 3.º y 4.º *ibídem* —al igual que en España—, a partir de la perpetración del último acto realizado por el autor, que coincide con la consumación formal de la continuación o con la cesación conjunta del deber de actuar en la omisiones continuadas, producida una completa lesión progresiva del bien jurídico tutelado [CP, Art. 4.º] de conformidad con el plan del autor¹⁵². Como es evidente, esta fórmula es correcta, considerada la naturaleza unitaria que se asumió aquí sobre la institución, en el Par. del Art. 31 del CP y en el Art. 32 del CPM, que asimilan la figura al delito único de ejecución

sistema procesal de la ley 906 de 2004. Nótese cómo, al igual que esta, el Art. 15 de aquella ordenó: “La presente ley rige a partir del 1º de enero de 2005, con excepción de los artículos 7º a 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata”. / 7. A lo anterior se debe agregar otro punto elemental, no existe parámetro legal alguno que conduzca a pensar que la formulación de imputación prevista en la ley 906 del 2004 equivalga a la resolución acusatoria reglada en la Ley 600 del 2000 y en el artículo 86 del Código Penal. Y no solo no existe, sino que todo indica que incluso en el sistema y esquema de la nueva normatividad son actos procesales diversos, porque en este son diferentes la formulación de la imputación y la formulación de la acusación, en tanto que en la Ley 600 del 2000 no existe la primera, aunque sí la segunda, pero con característica diferentes”. En sentido contrario: CSJ PENAL, sent. del 25.08.2004, e20673 y sent. 07.09.2005, e23872.

¹⁵² Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 234 y 235. La omisión legislativa procede del CP de 1980, Art. 83, que sólo incluyó la tentativa y los delitos permanentes porque —se afirma— quiso eliminar la continuación delictiva. Sin embargo, esta interpretación tiene asidero histórico en los Códigos penales de 1890, Art. 96 y de 1936, Art. 106, que regularon el comienzo de la prescripción desde la terminación del último acto de la continuación, que jurídicamente coincide con su consumación.

prolongada en el tiempo al delito continuado¹⁵³. Igual regla se aplica a la prescripción de los actos de participación, siempre que los sujetos hayan tenido intención de participar, inducir o favorecer un delito continuado.

Dicho término de prescripción se puede interrumpir y suspender, según lo indica el CP, Art. 86 mod. L. 890/2004, Art. 6.º, con la formulación de la imputación, en cuyo caso, interrumpido el término prescriptivo de la acción, éste comienza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado antes en el Art. 83 *ibídem*, sin que sea inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10).

Ahora bien. Parte de la doctrina tradicional sostiene —desde el punto de vista de la teoría de la ficción jurídica—, que la posición unitaria (ontológico-normativa) sobre la prescripción contradice los más elementales principios procesales que guarecen la seguridad y la certeza jurídica porque, con el pretexto de una determinada naturaleza o estructura material unitaria y la idea de justicia material, esta concepción perjudica al procesado al configurar la continuación (unidad e infracción) con actos delictivos que tal vez ya han prescrito por el paso del tiempo y por ello mismo son impunes, según el computo prescriptivo de su acción particular¹⁵⁴ [Sin embargo ello no tiene por qué ser así: STS 367 del 22.03.2001 (RJ. 2001-1357)]. De este modo, se dice que no deberían tenerse en cuenta los hechos ya prescritos, respecto a los cuales el Estado-jurisdicción perdió la posibilidad y el interés de continuar con la actuación procesal, para conformar la continuación delictiva sólo con los restantes actos parciales demostrados en el sumario. Postura que, por supuesto, contradice la ley vigente.

¹⁵³ Vid. MARÍA ISABEL GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 185.

¹⁵⁴ Así, ANTÓN ONECA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 463 y 504; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 798; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, *ob. cit.*, pp. 165 y 166; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 98 y 99; CASTAÑEIRA PALOU, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 189, expresa que “el computo de la prescripción debe realizarse a partir del momento de comisión de cada hecho ya que no puede admitirse que la figura del delito continuado se convierta en un instrumento para castigar delitos que ya han prescrito”; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, 1ª ed., *ob. cit.*, pp. 950 y 951 y 2ª ed., p. 927; MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 422. En contra, *vid.* RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho*, *ob. cit.*, p. 866.

Así, por ejemplo, la STS 414 del 23.03.1995 (RJ. 1995-2261), sostuvo: “[e]l período de prescripción ha de entenderse referido al tiempo que el Código establece para este tipo de infracciones considerándose como pena básica la fijada en cada uno de los tipos penales. Así lo exigen los principios de seguridad y certeza que tienden a evitar la aplicación de las llamadas cláusulas generales, formuladas en forma tan abierta que su aplicación depende del arbitrio de los órganos jurisdiccionales. Los delitos que prescriben son los contenidos en la parte especial del Código Penal en la que se describen las conductas típicas y se establece la pena correspondiente a cada una de ellas y donde se recoge la voluntad del Legislador sobre la naturaleza y extensión de las penas. El instituto de la prescripción actúa sobre las penas básicas y como ya se ha dicho las circunstancias modificativas o la utilización del arbitrio judicial no alteran los presupuestos generales establecidos en cuanto al cómputo de los plazos”. Postura que luego cambió de manera radical: *vid.* STS 935 del 515.07.2005 (RJ. 2005-4841).

Desde luego, tampoco faltan las construcciones mixtas que distinguen dos elementos: por un lado, en cuanto al momento en que comienza a contarse la prescripción, atienden a la norma legal y sostienen que este debe contabilizarse a partir del momento en el cual cesa el último acto parcial seriado continuado; y, por otro, respecto a la determinación del tiempo necesario para prescribir, se apegan a las normas del concurso de delitos¹⁵⁵. Tal distinción es en extremo practicable, pues si bien el tiempo necesario para prescribir puede ser distinto para cada acto parcial seriado tanto en las teorías de la ficción como de la realidad jurídica, lo cierto es que dicho lapso solo puede contarse a partir de la terminación del delito único.

De este modo, se olvida que la ley (en esta materia) y la teoría ontológico-normativa afirman que el delito continuado no entraña un caso de concurso real de tipicidades, desde el punto de vista sustantivo y punitivo, sino que se

¹⁵⁵ Así, CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 400; PAGLIARO, *Principi...*, *ob. cit.*, p. 602.

trata de una modalidad de delito único (jurídico¹⁵⁶ u ontológico-normativo) que sólo termina con la realización del último acto realizado por el autor. Así, las SSTS 935 del 515.07.2005 (RJ. 2005-4841), 395 del 31.03.2006 (RJ. 2006-2136) y 600 del 11.09.2007 (RJ. 2007-5843), la última de las cuales sostiene: “[...] la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que en supuestos de unidad delictiva, la prescripción debe entenderse de modo conjunto y no cabe apreciar aisladamente la del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que en estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción, ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena a un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto (SSTS de 18 de marzo de 1995, 10 de noviembre de 1997, 1493/99, de 21 de diciembre, 242/2000, de 14 de febrero, 630/2002, de 16 de abril y 2040/2002, de 9 de diciembre)”.

Por ello, como en el delito continuado logra que perviva el merecimiento de pena del “continuum” con respecto al resultado total alcanzado de forma progresiva, no es claro exigir por cada acto parcial el transcurso de un plazo temporal para la persecución procesal, sino referirlo a la totalidad delictiva entendida como una unidad. Es más, una vez se afirma que la prescripción

¹⁵⁶ Vid. PUNZO, *Reato continuado*, ob. cit., p. 183, señala que “[t]eniendo presente que, entre los varios delitos componentes del continuado, existe un vínculo constituido por el mismo designio criminal, está claro que su ejecución representa la realización del designio, así que ellos, incluso siendo capaces de vida autónoma, son conectados el uno al otro en una única actividad que, [...] se prolonga más allá del momento consumativo de la hipótesis unitaria. Eso implica que la prescripción no puede obrar su efecto con respecto de los individuales delitos porque las ulteriores acciones, incluso dando vida a delitos conectados objetivamente a los precedentes representan el desarrollo de una actividad ejecutiva de la común ideación”; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 405, cita 45, al afirmar que “[c]uando se habla de la continuación como unidad jurídica de acción debe considerarse a todos los efectos jurídicos —también la prescripción— la presencia de una única acción como si fuera una unidad natural. [...] Además, la exigencia de que la base estructural del delito continuado esté formada por una pluralidad de realizaciones típicas no significa que al momento de ser enjuiciada la acción continuada deban ser punibles en su individualidad. Basta con que en el momento de la realización del hecho en nexo de continuidad fueran punibles, pues en aquel momento perdieron su sustantividad propia para integrarse en la unidad delictiva, pues el nexo de continuidad no se afirma en el momento del proceso, sino en el momento de la acción continuada” (subrayado por fuera del texto original).

del delito continuado no supone ninguna modificación agravante para la punibilidad de la figura, resulta claro que si el plazo de prescripción inicial no ha expirado, tal y como lo dispone la ley, este puede ampliarse hasta el acto final, sin que la perseguibilidad del primer acto suponga una contravención a la prohibición de retroactividad [CP, Art. 84 en conc. Art. 6.º inc. 2.º] o alguna antinomia de cara a los fines preventivo generales de la pena [CP, Art. 4.º]¹⁵⁷.

En síntesis, tales críticas están destinadas al fracaso, pues hacen eco de una construcción objetiva y mecánica del delito continuado como institución “concurral”, en la que el plan criminal no cumpliría el papel unificador que el corresponde entre las distintas acciones realizadas en unidad de conducta (como proceso ejecutivo unitario), y en la cual, el nexo de continuación operaría sólo para algunas situaciones y para otras no, según la necesidad punitiva del intérprete. Como lo indica GONZÁLEZ TAPIA¹⁵⁸, en tanto el delito continuado revista múltiples modalidades legales que respondan a diversas finalidades y conduzcan a consecuencias diversas, la causal extintiva de la prescripción se resiste a cualquier intento de racionalización y sistematización, si lo que se pretende es extraer consecuencias extensibles diferenciales frente a todas las modalidades extraíbles a partir de la figura. Lo conveniente es que exista una regla general, que obedezca a su naturaleza legal unitaria.

Para terminar, el TS establece como regla general, para analizar la prescripción de la acción del delito continuado, el momento procesal del juicio, sin perjuicio de anticipar el análisis en aquellos casos en los que resulta evidente. La razón del Tribunal es práctica, porque el delito continuado siempre requiere precisar en forma detallada los elementos fácticos y jurídicos que los integran, como p. ej.: la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión [STSS 71 del 02.02.2004 (RJ. 2004-2112) y 222 del 2002 (RJ. 2002-5463)]. En conclusión, contar el término de prescripción como lo hace la teoría de la

¹⁵⁷ Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, ob. cit., pp. 911 y ss. (*Tratado*, pp. 982 y ss.).

¹⁵⁸ Vid. GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción...*, ob. cit., p. 186.

unidad, a partir del último acto realizado por el autor, no implica en ningún sentido quebrar la seguridad jurídica, pilar esencial de la prescripción. Por el contrario, a diferencia de lo que sucede con las demás teorías, que resultan arbitrarias e impracticables frente a la seguridad jurídica, esta no desconoce el principio constitucional de la cosa juzgada.

2. La amnistía propia y el indulto. También, se pueden presentar diferencias teóricas en materia de amnistía e indulto como causas especiales de extinción de la responsabilidad penal, en los ordenamientos jurídicos modernos [CPE, Art. 130 numerales 4.º y 5.º, y CP, Arts. 82. num. 4 — amnistía propia— y 88, numerales 2 —amnistía impropia— y 3 —indulto—)¹⁵⁹. Mírense estas figuras por separado.

La amnistía propia es entendida como aquella modalidad política (legislativa) de conclusión general de la acción (propia) y de la sanción penal (impropia), mediante la cual el Estado en ejercicio de su poder soberano extingue con efectos jurídico-penales *ex hunc*, de manera total, general y absoluta las infracciones penales, sobre las cuales: (i) no se haya iniciado aún la acción penal, ii) la acción penal esté en curso; o, (iii) se haya proferido sentencia condenatoria. Se trata de una modalidad especial y excepcional de pacificación.

En la legislación constitucional colombiana, la facultad jurídica de conceder amnistías generales propias (perdón y olvido) por la realización de conductas delictivas políticas y conexas, es competencia exclusiva y excluyente, según la Constitución de 1991, Art. 150, num. 17, del Congreso de la República, que puede concederla cuando: (i) la Ley respectiva sea aprobada mediante una decisión política ampliamente democrática por la mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros del Senado y la Cámara de Representantes, (ii) su concesión sea para delitos políticos como tipos de comisión permanente, no atroces e incluso algunas excepcionales

¹⁵⁹ A favor de la eliminación de estas prerrogativas en los delitos políticos, *cfr.* YESID REYES ALVARADO, «El delito de sedición», en *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, núm. 24 (julio-Sept.), Bogotá, Legis, 2008, pp. 13 y 14. En general: GUILLERMO J. FIERRO, *Amnistía, indulto y conmutación de penas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 99 y ss. y 275 (amnistía), y, 155 y ss. y 276 (indulto). CSJ PENAL, sent. 11.11.1994, GJ núm. 2472, t. CCXXXIII, D. PÁEZ, p. 390; CSJ PENAL, sent. 07.04.1995, GJ núm. 2446, t. CCVII, p. 357.

violaciones conexas al orden público¹⁶⁰. Resulta inconstitucional su aplicación para delitos comunes como el secuestro [CCONST., sent. C-069/1994, V. NARANJO; sent. C-171/1993], el terrorismo [CCONST., sent. C-127/1993, A. MARTÍNEZ] y la extorsión, el genocidio, etc.; y (iii) se presentaren graves motivos de conveniencia pública. Según reza la Constitución “[e]n caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”. No obstante, si bien en la amnistía la ley general es el instrumento que permite extinguir la acción penal, resulta fundamental expedir en cada proceso judicial la providencia correspondiente. De este modo, la concesión de amnistías para delitos continuados, en términos generales, procederá cuando éstos sean susceptibles de ser calificados como conexos a los delitos políticos (permanentes hasta la desmovilización individual o colectiva), siempre y cuando no se hayan vulnerado bienes jurídicos «eminente personal»; de lo contrario sería inconstitucional su aplicación.

En la legislación Española, el actual CP no incluye la amnistía propia como causa de extinción de la responsabilidad, y prevé sólo el indulto particular como modalidad derivada del derecho de gracia, otorgado por el poder ejecutivo por razones de política pública general o particular. Así lo precisa la Constitución española, cuando afirma en el Art. 62, lit. i) que le corresponde al Rey “[e]jercer el derecho de gracia con arreglo a la ley¹⁶¹, que no podrá autorizar indultos generales”. Derecho de gracia que extinguirá la pena, mas no los efectos connaturales de ella, como los antecedentes penales. Desde luego, según el CPE, Art. 4.3, le corresponde al juez o tribunal acudir al “[...] gobierno exponiendo lo conveniente sobre [...] la concesión del indulto [...]”.

¹⁶⁰ Const. Pol., Art. transitorio 30: «Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se incorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. *Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima*» (cursivas por fuera del texto original).

¹⁶¹ Vid. L. del 18.06.1870, mod. L. 01 del 14.01.1988. LO del 10.09.1993.

En términos generales, la doctrina dominante sostiene que estas formas de extinción especial sólo operan en relación con ilícitos singulares en el ámbito del delito continuado, dicho lo cual solo alcanzan las acciones que estructuran la conducta continuada antes de la fecha o del término del día precedente a la expedición de la respectiva ley o decreto que la conceda, una vez publicado¹⁶². Desde luego, ello supone tres posibilidades distintas:

Primera. Todo delito continuado cuyos actos parciales superen la fecha del decreto o ley de amnistía debe quedar por fuera de la normativa aludida, con base en el principio de unidad jurídico material¹⁶³.

Segunda. Según la teoría de la ficción, sólo los actos individuales posteriores a la fecha del acto jurídico de gracia son susceptibles de castigo, mientras que todos los anteriores quedan perdonados y olvidados. Para esta postura, amnistiar hechos individuales posteriores a la fecha de condonación implica otorgar una carta de impunidad a los delincuentes, que no puede ser sino la prevista en el mismo acto jurídico de la gracia, más no deducida por vía hermenéutica¹⁶⁴. Así, por ejemplo: la STS 1691 del 06.07.1993 (RJ. 1993-5934) indica: “SEXTO.- El tercer motivo, por la misma vía, entiende que no se ha aplicado el art. 4.º del Decreto de Indulto de 14-3-1977 (RCL 1977\576 y ApNDL 7307), Decreto que reputa el recurrente precepto de carácter sustantivo. Sin embargo, no hay que olvidar que estamos ante un delito continuado, en su típica manifestación de delito masa cuya consumación tiene lugar con los últimos otorgamientos de las Escrituras Públicas de ventas que alcanzan al año 1977 (como dice la sentencia recurrida en su Fundamento Séptimo), por lo cual no cabe hacer aplicación del postulado Decreto de Indulto, cuyo art. 41.1 extiende el beneficio a los hechos cometidos hasta el 15-12-1976”.

¹⁶² Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ob. cit., pp. 462 y 504; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual...*, ob. cit., p. 798; CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, ob. cit., p. 431. También, BETTIOL y MANTOVANI, *Diritto...*, ob. cit., p. 707; DELITALA, “In tema...”, ob. cit., p. 201; MANZINI, *Tratado...*, ob. cit., p. 422; SANTORO, *Manuale...*, ob. cit., p. 544.

¹⁶³ A favor de dicha tesis: CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, ob. cit., pp. 94 y ss. En contra: CANTARERO BANDRÉS, *Problemas...*, ob. cit., p. 161; ZAGREBELSKY, *Reato...*, ob. cit., p. 172.

¹⁶⁴ Cfr. CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ et. al., *Comentario...*, ob. cit., pp. 400-401.

Tercera. Expuesta por DELITALA¹⁶⁵, afirma que la pretensión de ciertos sectores teóricos para desestructurar la continuación y poder seleccionar las infracciones amnistiables o indultables no es afortunada, al menos, por dos razones: (i) porque desconocería el tratamiento unitario aplicable a la continuación, con independencia de sus fundamentos ficticios, reales o jurídicos; y (ii) porque no es cierto que la ley autorice a los jueces o legisladores a descomponer esta unidad en los distintos elementos que la componen, para ver si alguno de ellos puede ser incluido o no en la normativa que concede la gracia de amnistía o indulto. En síntesis, lo que es objeto del beneficio es la totalidad de la unidad delictiva, un delito continuado y no fracciones de un delito, incluso aquellas posteriores a la fecha del acto de gracia.

En realidad, las tres posturas son poco o nada satisfactorias: La primera, que implica la exclusión del delito continuado cuando algunos actos parciales sean posteriores a la fecha de la amnistía, porque es desproporcionada y desfavorable al desconocer que el delito fue realizado de manera parcial en las fechas cubiertas por la respectiva amnistía. La segunda, que supone escoger los actos amnistiables, porque desconoce la unidad jurídico-material de la acción continuada aunque, de forma paradójica, sus efectos prácticos sean los que más se compadecen con criterios de justicia material. La tercera, porque desde el punto de vista político-criminal implica una carta blanca de impunidad para actos parciales posteriores a la fecha del acto de gracia.

Sin embargo, concluir que los actos parciales realizados por el autor luego del decreto de amnistía o indulto no pueden quedar cobijados por la respectiva gracia, no supone desconocer la naturaleza unitaria —ontológico-normativa— del delito continuado, sino imponer límites político-criminales a las consecuencias lógicas de dicha naturaleza¹⁶⁶. Por ello, es claro que la

¹⁶⁵ Vid. DELITALA, *Diritto...*, *ob. cit.*, p. 546.

¹⁶⁶ De la misma opinión, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 60 y 61, cuando indica, respecto a la amnistía y el indulto, que “[l]o procedente es que las dos figuras deban cobijar toda la continuidad delictiva hasta el momento en que se decreta la gracia o el beneficio porque, así sea claro que se trata de una sola conducta, el carácter excepcional de estas elaboraciones no permite que se cobijen actividades criminosas realizadas con posterioridad a su concesión a no ser que se le entienda como una verdadera

norma jurídica de amnistía tiene la capacidad, si bien no para desestructurar de forma total la unidad subjetiva¹⁶⁷, para configurar un nuevo dolo unitario o continuado, sí al menos (la eficacia normativa del ordenamiento jurídico) para romper el nexo de continuación, por lo que se refiere al factor normativo-social de unificación. En consecuencia, los actos jurídicos parciales realizados con posterioridad a la ley o decreto de amnistía, deben tratarse como un delito continuado nuevo o sobreviviente, lo que impide que sigan la misma suerte de los hechos anteriores ya amnistiados. La solución, pues, es similar a aquella asumida de modo coherente respecto a los efectos de ciertos actos procesales para exceptuar la cosa juzgada y sancionar de forma independiente hechos conocidos y realizados luego de una sentencia de condena.

Por lo que se refiere al indulto, que en principio operaría con efectos individuales o singulares respecto a la pena más grave impuesta en la

patente de corso para seguir en la actividad delictiva; ahora bien, en relación con la *amnistía impropia* —mediante la cual se pone fin a una actuación en marcha—, el problema no es tan sencillo si se tiene en cuenta que pueden sobrevenir actos que formen parte de la continuación una vez otorgada la gracia, por lo que se deben excluir los posteriores al mediar una situación de cesación de la continuidad delictiva atendida la disposición expresa del legislador, no por otras razones”.

¹⁶⁷ En este sentido, JACONO, “El problema...”, *ob. cit.*, p. 110, afirma: “por efecto de la condena el delincuente de hecho se encuentra con un dilema preciso, o reemprende la propia actividad e incurre en el riesgo de una nueva condena, o desiste de la reiteración del delito. Necesariamente éste queda obligado a tomar una nueva decisión, y por lo tanto es evidente que no se puede seguir hablando de continuación” (t/l). Así, al operar el impulso de un propósito criminal renovado, el nuevo delito debe permanecer por fuera del diseño originario. En forma similar, *cfr.* ZICONE, “Sul reato continuato...”, *ob. cit.*, pp. 267 y ss., aunque introduce como criterio rector a ‘las máximas de la experiencia’, para que el juez decida a través de un silogismo probatorio —probabilístico o hipotético—, si la condena posterior anula o no el nexo de continuidad delictiva, por la ausencia del elemento subjetivo, en el caso concreto. En este sentido, según indica el autor, el juez debe reconocer la continuación cuando, por la consideración de todos los otros elementos de prueba, entienda que en el caso concreto la máxima de la experiencia no implica una probabilidad tan fuerte como para desestructurar la normalidad del caso, para aplicaren consecuencia la institución de manera excepcional (t/l). Por su parte, BONADIES, “Su pretesi limiti...”, *ob. cit.*, pp. 1250 y 1251, sostiene: “el juicio de valor contenido en la sentencia y sus consecuencias dañosas operan en una dimensión diversa de aquella del juicio de utilidad formulado por el reo y puesta en la base del designio criminal [...] en el cual [...] el agente pudo haber contemplado la eventualidad de una o más condenas en el curso de la ejecución”; y, más adelante: “[...] la existencia de una sentencia condenatoria, puede solo constituir, de la misma manera que cualquier otra circunstancia de hecho, uno de los elementos sobre los cuales el juez funda la afirmación de la subsistencia en concreto del designio criminal o de la modificación o interrupción de éste” (t/l).

condena por el delito continuado¹⁶⁸ [L. de 18.06.1870, Art. 1.º, Const. Pol., Art. 201-1], debe señalarse que, al menos en Colombia, esta figura se ha equiparado de modo antitécnico con la amnistía, incluso desde la perspectiva del mismo texto constitucional [Art. 150, num. 17], cuando se le otorgan efectos generales (indultos generales) y se exigen los mismos requisitos que a la primera. Aunque también puede ser otorgado para casos particulares por el gobierno nacional, conforme a la ley, siempre que se trate de delitos políticos no atroces ya sentenciados y no se cobijen delitos conexos [CCONST., sent. C-928/2005, J. ARAUJO]¹⁶⁹. Para terminar, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento colombiano impide que la amnistía y el indulto favorezcan a los autores y partícipes de delitos de extorsión y

¹⁶⁸ Vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito...*, ob. cit., p. 94; MANZINI, *Tratado...*, ob. cit., p. 422.

¹⁶⁹ En este sentido, vid. L. 1106/2006, DO núm. 46.490 del 22.12.2006, *Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones.*: “Art. 50, mod. Art. 19, L. 782/2002: El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. / También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil”. Vid. C-928/2005, J. Araujo: “en el entendido de que el indulto a los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley únicamente podrá concederse por los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos”/ “No se aplicará lo dispuesto en este título a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión. / PAR. 1º. El indulto no será concedido por hechos respecto de los cuales este beneficio se hubiere negado con anterioridad, salvo que el interesado aporte nuevos medios de prueba que modifiquen las circunstancias que fueron fundamento de la decisión [...]”. Art. 58. “[...] El indulto se concederá por resolución ejecutiva suscrita por el Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho. Art. 62. “Las personas a quienes se les concede el indulto o respecto de las cuales se decreta la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, o se dicte resolución inhibitoria, o se les otorgue el beneficio de suspensión condicional de la pena, en desarrollo de estas disposiciones, no podrán ser procesadas o juzgadas por los mismos hechos que dieron lugar a su otorgamiento sin perjuicio de lo contemplado en los artículos 63 y 64 de la presente ley”. Art. 63. “El indulto, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria quedarán sin efecto alguno si el beneficiario cometiere cualquier delito doloso dentro de los dos (2) años siguientes a su concesión. Esta condición se hará conocer en el acto que contenga la decisión correspondiente. / Para el caso del indulto, comprobado el incumplimiento, el Gobierno Nacional procederá a la revocatoria de la resolución que lo haya concedido. [...] Para el caso de la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción y la resolución inhibitoria, el funcionario judicial revocará la providencia y abrirá el proceso. [...]”.

conexos, genocidio, y delitos de lesa humanidad o graves infracciones al derecho internacional humanitario, tales como desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura. [L. 589/2000 extorsión, Art. 14 y L. 733/2002, Art. 13; CCONST., sent. C-179/1994 y C-695/2002]¹⁷⁰. Casos en los que no procede desde el punto de vista estructural el delito continuado.

D. LA QUERELLA EN EL DELITO CONTINUADO. Ante ciertas modalidades de conducta punible, por su naturaleza o cuantía, por lo general el legislador penal requiere de forma expresa como condición de procedibilidad de la acción penal —según cada ordenamiento jurídico— [CPP, Arts. 70 y ss.], que el titular del bien jurídico o los legitimados por activa según la ley procesal, interpongan formal y de manera facultativa ante la jurisdicción —durante un término legal posterior a la realización de la conducta punible— la correspondiente querella o *notitia criminis* de la realización de un hecho que se presume delictivo no investigable de oficio y de ordinario lesivo de sus intereses, con la finalidad de que se inicie la investigación correspondiente¹⁷¹.

Por supuesto, de no formularse la querella por el sujeto legitimado durante el tiempo previsto en la ley, la acción penal ya no se puede iniciar aunque la misma no haya prescrito; ello, porque la querella es condición para el ejercicio de la misma¹⁷². De hecho, la existencia de la tipicidad continuada no es suficiente para dictar resolución de apertura de causa; y, si la investigación ha sido iniciada sin la querella correspondiente, lo actuado es nulo, pues ello constituye una irregularidad sustancial que afecta al debido proceso judicial. Es más, si en dicho proceso se llegare a dictar sentencia

¹⁷⁰ CSJ PENAL, sent. 07.04.1995, GJ, t. CCXXXVI, C. MEJIA, p. 606; CSJ PENAL, sent. 25.11.1994, GJ núm. 2472, t. CCXXXIII, C. MEJÍA, p. 530.

¹⁷¹ *Vid.* CCONST., C-658/1997.

¹⁷² CSJ PENAL, sent. 18.07.2007, e25273, A. GÓMEZ: “Cuando en un mismo contexto de acción o en ocasiones independientes concursan conductas investigables de oficio con delitos que para su procesamiento requieren querella, el funcionario judicial no está legitimado para asumir que las conductas querellables se convierten —por ese hecho— en conductas investigables de oficio en virtud de la certeza que se tenga de la responsabilidad del procesado. [...] La razón es elemental: sin la querella o la petición válida del procurador no existe conflicto jurídico penalmente relevante y la sentencia en esas condiciones no tiene fundamento legal alguno, pues la acción penal en esos eventos es dispositiva por antonomasia; de manera pues que la falta de presentación de la querella implica una renuncia expresa del ofendido a la judicialización del conflicto”.

condenatoria y esta quedare ejecutoriada cabe la acción de revisión [CPP, Arts. 192 y ss.].

No obstante, si bien la querrela se extiende de derecho contra todos los partícipes en la conducta continuada —aun cuando sólo se formule contra alguno de ellos como consecuencia de la indivisibilidad de la acción penal—, la doctrina discute si también ella cobija a todos los actos realizados por el autor, que la requieran. La polémica no es sencilla y depende: (i) de la naturaleza asignada a la figura y (ii) de la clase de delito continuado, en particular si se trata de un delito continuado patrimonial o no.

La concepción mayoritaria sostiene que la exigencia de querrela debe verificarse respecto de cada uno de los actos delictivos parciales realizados por el autor, para perseguir los hechos y conformar la unidad continuada¹⁷³. Como es evidente, esta postura sostiene que el delito continuado es una figura derivada del concurso real de tipos (teoría de la ficción o alguna variante de la unidad jurídica), estructurado mediante varias acciones conexas desde el punto de vista procesal; una exigencia que, habida cuenta la conexidad, resulta excesiva y gravosa, pero que es compatible con el principio de la unidad procesal.

Sin embargo, esta postura supone complejos problemas frente al principio de cosa juzgada, porque —vale la pena preguntar— ¿qué sucede si el delito continuado es sentenciado y luego el sujeto, durante el término legal, se querrela por otros delitos conocidos, pero realizados antes de la sentencia de condena? ¿Cobija la cosa juzgada de la sentencia estos hechos o el agente preserva intacta la facultad de disposición sobre la acción penal para un proceso posterior? La respuesta no es sencilla, aunque desde la perspectiva racional convendría entender incluidos esos hechos en la unidad continuada —así no puedan tenerse en cuenta para efectos penológicos— o, al menos, considerar que ellos ya no son objeto de acción penal posterior, porque la

¹⁷³ Así, JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch...*, *ob. cit.*, p. 717-718 (*Tratado*, p. 773); MANZINI, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 422 y 423; VANINI, *Manuale...*, *ob. cit.*, p. 266, expresa: “[...] la querrela presentada por un solo hecho no se extiende a los otros hechos unidos en continuación”.

facultad legal otorgada al sujeto pasivo sobre la acción durante el término de caducidad de la querrela, pierde todo sentido de justicia con la producción de los efectos de la cosa juzgada material, al haber sido susceptibles de juzgamiento en el mismo proceso judicial. En otras palabras: debe entenderse que el querellante legítimo en estos casos y por razón de su desinterés, renuncia a la persecución penal de los hechos que se presumen delictivos, sean conocidos o no.

Por el contrario, para la teoría de la ficción en cuya virtud los actos parciales conservan hasta cierto punto su autonomía jurídica, si el hecho querellable es descubierto con posterioridad a la sentencia y no ha caducado el término legal para interponer la *notitia criminis*, sería necesario iniciar un proceso penal independiente cuya sanción, en sede de ejecución de la pena, podría acumularse de manera eventual a la sanción impuesta al agente con antelación por la realización del delito continuado. De hecho, si se afirma que el delito es un concurso real, el sujeto pasivo tendría la extraña facultad de escoger que actos conforman o no el nexo de continuidad al presentar la querrela. En fin, el tema no es sencillo y depende de la regulación que cada ordenamiento procesal haga sobre la materia. Por supuesto, dichas posturas deben matizarse cuando se trata de delitos continuados patrimoniales, en los cuales la clase de infracción se determina conforme a la cuantía.

Por lo que respecta a las teorías de la unidad, la respuesta es clara: la querrela interpuesta frente a uno de los actos parciales se extiende también a los demás como unidad ontológico-normativa que son, trátase de delitos continuados patrimoniales o no, cuando la cuantía de los últimos no les conviertan en delitos investigables de oficio¹⁷⁴, pues, en dicho caso, este tema pierde todo interés práctico. Esta parece ser la solución correcta. Además, implica no cargar a la víctima con la elucidación técnica del delito, es decir, determinar si este es único o plural.

¹⁷⁴ Vid. MANZINI, *Tratado...*, ob. cit., p.427.

Capítulo Noveno

LA PUNIBILIDAD DEL DELITO CONTINUADO

Esta problemática se caracteriza, no sólo por la gran diferencia existente sobre el particular entre las legislaciones positivas que consagran la figura sino, también, por la diversidad de tratamiento científico conferido al tema por parte de la doctrina y la jurisprudencia tradicionales¹. A continuación, se verificará la situación en España y en Colombia.

I. EN ESPAÑA. El ordenamiento penal vigente a partir de 1995 mod. LO 15/2003, establece dos sistemas punitivos diferentes para el delito continuado, según se trate o no de conductas punibles (delitos o faltas) contra el bien jurídico patrimonio económico, de la siguiente manera:

1. En primer lugar, el Art. 74.1 *ibidem* prevé un sistema punitivo para el delito continuado no patrimonial [porque el Art. 74.2, de manera expresa y disyuntiva, dispone la punibilidad para el hecho si [...] “se tratase de infracciones contra el patrimonio”], que asume un sistema mixto de absorción agravada obligatorio —como ocurre frente al concurso ideal— el cual es complementado por un sistema de asperación facultativa que implica la posibilidad de imponer una pena incluso superior a los supuestos de concurrencia². Dicho modelo punitivo permite sancionar el hecho con “la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá [de manera obligatoria] en su mitad superior, pudiendo llegar [de forma discrecional] hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”, facultades agravantes que suelen sustraerse del control de la casación [STS 991 del 02.07.1997 (RJ. 1997-5980)]. Como es evidente, dicha pena total comprende el injusto y la culpabilidad de las diversas ejecuciones parciales —consumadas o imperfectas menos graves— realizadas en continuación, que concurren en unidad normativa con el acto particular más grave.

¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 184.

² Dicho sistema tuvo algún antecedente en el antiguo Art. 69 *bis*, que fue criticado por la amplia facultad de arbitrio que concedió a los operadores jurídicos.

En este punto, a diferencia de lo acaecido en materia de concurso ideal, la doctrina más reputada señala que el examen de la pena más grave debe ser hecho por el juez frente a las sanciones concretas imponibles —por separado— al autor, consideradas las reglas sobre la participación, el grado de ejecución delictivo, las circunstancias modificativas y agravantes y atenuantes específicas³. Ello, desde luego, supone que todas las conductas parciales estén demostradas en forma debida en el proceso judicial.

A pesar de ello, lo dicho no significa que el legislador asuma un modelo delictivo intermedio entre el delito único y la pluralidad de delitos en esta fórmula legal en cuya virtud la pena más grave absorba, consuma o acumule las sanciones correspondientes a otras infracciones penales⁴. Más bien, se señala de manera simple la aplicación de una pena única agravada para una unidad delictiva que entraña, en el caso concreto y en virtud del nexo de continuación, un mayor desvalor de acción y de resultado en comparación con el castigo imponible por el acto parcial más grave que, incluso, se puede corresponder —aunque ello no sea común— con el señalado para un hecho tentado en vez de las penas menos severas dispuestas para los actos parciales consumados⁵.

Así mismo, téngase en cuenta que la asperación facultativa, en principio, obedece a aquellos supuestos jurídicos más graves, por ejemplo, cuando se vulneran bienes jurídicos altamente personales o representan un desvalor de resultado que supera los casos de concurrencia efectiva de tipos. Afirmar lo

³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 261. Por el contrario, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 341, dice que en los casos de delito continuado “[d]ebe atenderse en la tarea de fijación del hecho individual más grave a un método *semiconcreto* fijando el marco penal en atención a la *gravedad* de los tipos concurrentes, debiéndose de tomar en consideración al efecto todas aquellas circunstancias que no pertenecen al nivel de la individualización de la pena *stricto sensu*”. En la literatura, ALBERTO TRAPANI, “Reato continuato, concorso formale e «violazione più grave»”, en *RIDPP*, 1976 N.S. 19, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 1544 y ss.

⁴ En un sentido análogo, la STS del 24.11.1983 (RJ. 1983-5687), que rechaza por completo el sistema de la acumulación de penas para el delito continuado porque los diversos actos que componen la continuación constituyen la ejecución parcial de un plan preconcebido por el autor, y, por ello mismo, un solo delito. Por supuesto, tampoco puede aplicarse la pena dispuesta para el delito único, vistas las diferencias sustanciales de desvalor entre una y otra modalidad de ejecución del tipo.

⁵ Vid. CALDERÓN y CHOCLÁN, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 438. Obsérvese, incluso, cómo JAKOBS, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1084, advierte que también en los casos de infracción única por repetición del tipo penal se impone la pena según el acto parcial más grave.

contrario, equivale a asumir la continuación delictiva como una ficción “*quad modus poenae*” que, como se ha visto, ha sido superada por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas.

2. En segundo lugar, el legislador español, con el propósito de salvaguardar el principio de proporcionalidad de la pena y el *ne bis in idem* en los delitos económicos, consagra en el CPE, Art. 74, apt. 2.º, inc. 1.º, un sistema de punibilidad especial para la modalidad de delitos continuados patrimoniales, que desplaza —en principio— el dispuesto para los delitos continuados no patrimoniales previsto en el Art. 74.1 [Acuerdos del pleno no jurisdiccional del 18.07.2007 y del 30.10.2007, sala II⁶; SSTS de 16.04.2009 (RJ. 1979-2009), 10.03.2009 (RJ. 981-2009), 02.02.2009 (RJ. 410-2009), 764 del 20.11.2008 (RJ. 2008-6630), 662 del 14.10.2008 (RJ. 2008-5949), 601 del 10.10.2008 (RJ. 2008-5473), 554 del 24.09.2008 (RJ. 2008-5372), 11 del 16.01.2007 (RJ. 2007-468) y 678 del 07.06.2006 (RJ. 2006-4092)]. Desde luego, este modelo legal encuentra fundamento en aquellas teorías que explican el delito continuado como un supuesto de unidad de acción —en sentido amplio— e intensificación cuantitativa del injusto (unidad de acción normativa y unidad de injusto por la unidad de resultado).

En estas hipótesis y a diferencia de los supuestos contemplados en el apartado primero, no se trata de precisar la más grave de las infracciones concurrentes, sino la unidad típica del delito continuado precedida por una

⁶ Dicho pleno indicó que es posible aplicar el art. 74.1º CP a los delitos patrimoniales, con carácter subsidiario al preferente núm. 2 (Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de 18/07/2007 y 30/10/2007: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración". A pesar de ello, recientemente comienza a endurecerse la postura contraria. Así, la STS de 21.06.2009 (RJ. 2694-2009), afirma: "Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio, ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el *art. 74.1 del CP*. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual, el delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el *art. 74.1 del CP*". Con lo cual, podrá darse el caso de un delito patrimonial con una pena más severa o igual que la que pueda tener un delito masa (74.2.2.) de notoria gravedad.

unidad de acción en sentido amplio (¡no sólo la unidad de acción en sentido amplio, como si esta *a priori* incluyera la unidad típica!⁷), a partir de la totalidad de la infracción patrimonial única continuada del tipo, como se verá más adelante. Ello no significa que esta espacial forma de establecer la penalidad vaya acompañada del injusto criterio de la indeterminación de las acciones, como lo sugiere parte de la doctrina, pues este criterio resulta muy lesivo de las garantías fundamentales.

De este modo, dicho sistema punitivo especial autoriza al operador jurídico para determinar la pena aplicable a la unidad de infracción continuada en toda la extensión del marco penal típico, según el injusto unitario patrimonial consumado, es decir, conforme al “perjuicio total causado con la infracción” [SSTS 1211 del 22.12.2006 (RJ. 2006-8329), 1051 del 30.10.2006 (RJ. 2006-6800), 1242 del 03.10.2005 (RJ. 2006-3328), 09.02.2004 (RJ. 2004-2479), 1753 del 22.10.2002 (RJ. 2002-9708)⁸]. Para ello, el juez debe estimar en concreto la cadena de afectaciones progresivas contra el bien jurídico patrimonio económico —desvalor de resultado unitario—, lo que implica sumar las cuantías de las infracciones parciales según sean delitos o faltas [SSTS del 10.03.1994 (RJ. 1994-2120); 1505 del 23.07.2001 (RJ. 2001-6507) y 393 del 08.03.2001 (RJ. 2001-4377)], para luego proceder a la individualización de la sanción en estas hipótesis

⁷ Recuérdese que el resultado no desempeña ningún papel en la estructura de la unidad y la pluralidad de acciones en el delito continuado. Y, al ser necesaria la distinción entre unidad de acción y unidad de tipicidad para configurar el nexo de continuidad, no parece adecuado rechazar el criterio de la suma de perjuicios sobre la base de que la acción continuada (que incluye el tipo) sólo se determina a partir del desvalor de acción. En la continuación los actos parciales no sólo se reducen a la acción, como es evidente, lo que resulta continuado es todo el injusto, que comprende la tipicidad y la antijuridicidad.

⁸ Vid. SSTS 1505 del 23.07.2001 (RJ. 2001-6507), 1247 del 28.07.1999 (RJ. 1999-6664), 443 del 17.03.1999 (RJ. 1999-2946) y del 23.12.1998 (RJ. 1998-9848). Por su parte, la STS 952 del 06.10.2006 (RJ. 2006-5739) excluye la aplicación del criterio de la suma de perjuicios y en general de la continuación al delito fiscal y afirma: “[t]al idea no se ajusta a la filosofía del delito fiscal, en el que no es posible aglutinar una defraudación de 19.000 euros con otra de 21.000, lo que repugna al principio sustentador de la contemplación unitaria de las diversas infracciones patrimoniales a efectos de configurar el delito continuado. En definitiva, si partimos de que el delito fiscal, como precepto en blanco, debe integrarse con preceptos administrativos, harto cambiantes, es lógico que el legislador excluya de forma indirecta la consideración conjunta de los diversos delitos fiscales, si cada ejercicio tributario puede estar sometido en su reglamentación a condicionamientos en alguna medida dispares, lo que le privaría de la homogeneidad del dolo, que prácticamente se renovarían en cada año fiscal [...]”.

especiales⁹. Por supuesto, de dicho procedimiento quedan excluidas las infracciones contra el patrimonio económico en su modalidad de tentativa [STS 357 del 19.03.2004 (RJ. 2004-1848)], que se resuelven por el numeral 1 *ibídem*.

Sobre el particular, la ley española entiende que si dichos perjuicios totales superan como una unidad de resultado la suma de 400 €, entonces se satisface el grado de injusto mínimo para aplicar la pena correspondiente a la infracción en su modalidad delictiva. Por el contrario, si la despatrimonialización causada no supera esta suma, se impone una pena menos grave proporcional al injusto de la infracción unitaria en su modalidad de falta, como lo indican el Art. 263 del CPE mod. LO 15/2003 y artículos complementarios, y el Art. 13.3 *ibídem*, que en forma literal dispone: “[s]on faltas las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave”¹⁰.

⁹ Crítico: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 350: “[...] no se justifica de ninguna manera que, concurriendo idénticos presupuestos (nexo de continuidad), unas veces se imponga la pena correspondiente a uno sólo de los delitos cometidos y otras se calcule en atención al perjuicio total causado, con las gravosas consecuencias añadidas que se derivan del posible cambio de tipificación penal de los hechos que puede provocar una pena desproporcionada”. Desde luego, el alcance de dicha crítica supone partir de la configuración del nexo de continuidad con prescindencia de la unidad de acción en sentido amplio, en los casos del apartado 1º. También, crítico, *ibídem*, p. 351, afirma que otro problema surge “[...] cuando no todas las acciones han producido un delito consumado, pues entonces no cabe hablar todavía de «perjuicio» en el sentido de valor del objeto de la acción. Prescindir de la valoración-punición de las infracciones imperfectas representaría un injustificado privilegio al autor de plurales acciones; penarlas por separado agravaría la situación de quien no ha consumado todas las infracciones respecto de quien sí lo ha hecho. No hay manera de cuantificar el objeto de la acción como no sea atender al propósito del sujeto, que las más de las veces es indeterminado o abarca todo aquello de valor que pueda obtener, lo que hace casi imposible su determinación en la práctica”. En realidad, esta objeción sólo tendría alguna incidencia real en el evento en que el sujeto activo realizara una acción delictiva continuada en la cual todos los actos parciales fueren imperfectos, pues no habría forma de determinar la cuantía del ilícito patrimonial; algo inusual. En las demás hipótesis de pluralidad de actos en los que uno fuere imperfecto, la realidad es que ni siquiera con la aplicación del apartado primero del art. 74, dicha infracción se tendría en cuenta porque ésta nunca sería la más grave para determinar la penalidad.

¹⁰ Sobre el particular, es menester tener en cuenta que la STS 291 del 12.05.2008 (RJ. 2008-2456) advierte : “[p]ero hemos de convenir que dos hechos criminales considerados como tentativas de falta, junto a otra falta más, ésta consumada, no pueden convertir al conjunto resultante en delito, como si se tratase de tres faltas consumadas, en virtud del acuerdo de esta Sala Casacional de 27 de marzo de 1998, que lo consideró delito, si bien generalmente como un delito simple, no continuado, para no agravar dos veces la penalidad, pues la realidad es que en nuestro sistema jurídico (a diferencia de otros de nuestro entorno), las infracciones intentadas son de menor entidad, y se castigan

Así, la STS 679 del 30.04.2001 (RJ. 2001-3584), indica: “[d]e acuerdo con la doctrina contenida en sentencias, entre otras, números 1558/1999 de 1 de octubre de 1999 (RJ 1999\8912) y 482/2000 de 21 de marzo (RJ 2000\3332), en los delitos contra el patrimonio, las acciones plurales pero que responden a una unidad de propósito deben ser sancionadas de acuerdo con esa unidad interna aunque se exterioricen en diversas acciones que deben ser estimadas como ejecución parcial de una única intención, bien sea ésta entendida como ejecución de un plan preconcebido —dolo conjunto o unitario— o aprovechamiento de una igual ocasión —dolo continuado en sentido estricto— de suerte que incluso en el supuesto de tratarse de hurtos que aisladamente considerados pudieran por su cuantía ser constitutivos de falta, pierden esa condición al estimarse continuados y en atención al total del perjuicio causado se convierten en delitos con la consiguiente agravación penal justificadora del mayor reproche que suscita la continuidad delictiva —en tal sentido Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 27 de marzo de 1998”. (Subrayado por fuera del texto original).

En sentido similar, la STS 1160 del 14.07.1999 (RJ. 1999-6649), advierte: “[...] la aplicación de la regla específica penológica establecida en el ap. 2 del artículo 74 del CP de 1995, para las infracciones continuadas contra el patrimonio, determina que las concretas acciones defraudatorias englobadas, integrantes de falta, se eleven a la categoría de delito, en atención a la suma de las cuantías de las mismas. Cada extracción de 50.000 ptas. del cajero automático, y cada adquisición de ropa en el establecimiento «Gonzalo Comella», por importe inferior a las 50.000 ptas. abonada mediante el correspondiente mandato de pago fingido en la firma de la acusada, constituía una falta de las previstas en el núm. 4º del artículo 623 del CP de 1995. La clara continuidad entre las siete infracciones determinó, por aplicación de la regla 2 del artículo 74, que la suma de las cuantías de las faltas origine una defraudación continuada global por importe de 267.210 ptas., integrante de delito de estafa, amparado en los núms. 1 y 2 del artículo

consiguientemente con menor pena, que las infracciones consumadas. Si nuestro Acuerdo tuvo en consideración la conjunción de faltas para elevarlas a la categoría de delito, no puede hacerse del propio modo con las infracciones no consumadas, por razones de proporcionalidad”.

248 del CP de 1995; habiéndose admitido por la jurisprudencia de esta Sala (SS. 15-4 y 18-5-1992 [RJ 1992\3158]), y por el Pleno de la misma en Junta celebrada el 27-3-1998, la posibilidad de conversión de las faltas contra la propiedad en delitos por la vía de la continuidad¹¹. / Ahora bien, aceptado el efecto agravatorio de la conversión de faltas en delito, como consecuencia de la suma de las cuantías establecida en la regla 2ª del artículo 74 del CP en razón de la continuidad entre infracciones delictivas contra el patrimonio, no cabe además añadir la consecuencia agravatoria prevista en la regla 1 del artículo 74 e imponer la pena correspondiente al delito en su mitad superior, ya que ello supondría una interpretación forzada y extensiva, y en contra del reo”¹².

Así las cosas, vale la pena recordar que —según se postula en este trabajo— la continuación delictiva constituye una modalidad de infracción penal única e independiente, una forma de realización ontológico-normativa del tipo penal, compuesta por diversos actos seriados que son partes de ese todo normativo y del injusto progresivo que resulta. Luego, lo que de verdad interesa desde el enfoque de esta postura jurídica no es mirar la cuantía de cada acto particular como si se tratase de una infracción independiente (lo que sólo tendrá relevancia para los tipos modificados agravados), sino determinar la defraudación causada por la unidad de conducta como un todo, a efectos de precisar en consecuencia la punibilidad aplicable según la ley como delito o falta a la continuación de una modalidad típica patrimonial continuada, según el criterio del perjuicio patrimonial realizado por el autor. De hecho, la jurisprudencia española indica que dicha solución atiende a criterios de justicia material, pues “se haría de peor condición al

¹¹ De igual modo, existe precedente constitucional sobre el tema en la STC. 265 del 03.10.1994 (Sala Primera), Recursos de Amparo núms. 663/1993 y 671/1993 (acum.), sobre el delito de evasión de capitales, cuando indica: “[...] no se aprecia obstáculo alguno para penar por delito continuado de estafa o hurto a quien, con unidad de propósito, realizare una pluralidad de actos lesivos del patrimonio ajeno aunque, individualmente considerados, cada uno de éstos no excediere de dicho límite”.

¹² Vid. MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 639, propone con razón que “[...] la aplicación conjunta de la agravación del art. 74,1 y la suma del total económico de los actos parciales supone un *bis in idem*. Tal *bis in idem* volvería a mantener un trato discriminatorio, más grave, para los delitos patrimoniales respecto a los que no lo son. Esta diferencia de trato desaparece si se compensa el hecho de sumar el monto económico de los actos parciales con la exclusión de la agravación del art. 74,1”. En contra: SSTS 1242 del 03.10.2005 (RJ 2006-3328) y del 21.06.2009 (RJ. 2009-2694).

que comete un solo delito patrimonial, que al que ejecuta varias infracciones, con el mismo y aun mayor resultado” [SSTS 318 del 04.04.2007 (RJ. 2007-2518) y 126 del 16.02.1996 (RJ. 1996-881)].

Desde luego, la suma de la cuantía de los daños causados por los actos patrimoniales seriados nada tiene que ver con el sistema punitivo de la acumulación material, porque una cosa es sumar el significado monetario que traducen los distintos objetos patrimoniales sobre los cuales recaen los diversos actos seriados de la conducta continuada —algo que incluso puede hacerse cuando media una única conducta— para así determinar la penalidad aplicable y otra, muy distinta, es acumular en forma material las penas procedentes en un concurso material de delitos. En otras palabras, el sistema de acumulación material lo es de penas y no de perjuicios.

De otro lado, el Art. 74.2, apt. 2.º prevé un complemento punitivo para el sistema de asperación que rige los delitos patrimoniales o para todos los casos de pluralidad de acciones que producen varios resultados que revistan “notoria gravedad y hubiere[n] perjudicado a una generalidad de personas”, es decir, una mayor intensidad del fin de lucro conocida como delito masa [STS del 10.03.1994 (RJ. 1994-2120)]¹³, conceptos normativos en virtud de los cuales se podrá imponer de manera acumulativa, facultativa y motivada: “la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que [el juez del conocimiento] estime conveniente”. En estos eventos, se agrava la pena

¹³ Dicha jurisprudencia afirma: “el concepto de especial gravedad del delito en función del valor de lo defraudado, si bien se trata de un concepto normativo, determinable en cada caso por el juzgador en sintonía con la situación socio-económica del momento y lugar de comisión del delito, es concepto que, de un lado agrava en cuanto denota en el agente una mayor intensidad de su fin de lucro, lucro que en este caso se proponía cifras elevadas y, de otro, ha de tomarse en cuenta valorando lo sustraído no con un criterio nominalista, sino con un criterio realista, considerando el valor efectivo de la cosa tomado en pesetas constantes, a fin de evitar las posibles desigualdades de trato que pueda producir el efecto inflacionario de la economía. Por lo que, y según aquella jurisprudencia que acaba de citarse, habrá que determinar la agravación derivada del valor de lo defraudado en función del contenido económico de las cosas al tiempo de cometerse la defraudación, pues es entonces cuando se obtuvo el lucro y se causó el perjuicio”. En contra: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 345, al afirmar: “[...] la conclusión a la que se llega es que, al contrario de lo que entiende la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de forma constante y uniforme, en este párrafo no se encuentra la regulación de lo que se ha venido en llamar *delito masa*, al menos en la forma que lo concibe la opinión mayoritaria, pues no es más que una que determina la consecuencia jurídica de las infracciones contra el patrimonio cuando el hecho reviste cierta gravedad en atención al mayor desvalor de la acción representado por el ánimo de lucro desmedido del autor”.

señalada para el delito continuado “en sintonía con la situación socio-económica del momento y lugar de comisión del delito”, es decir, se debe valorar la cuantía de lo sustraído a partir del valor efectivo de las cosas tomado en euros constantes al tiempo de cometerse la defraudación, para “[...] evitar las posibles desigualdades de trato que pueda producir el efecto inflacionario de la economía” [STS 510 del 10.03.1994 (RJ. 1994-2120) refiriéndose al concepto de “especial gravedad”].

Por ello, cuando la suma de todas las infracciones supere los 36.000 Euros pero ninguna de ellas alcance por sí misma dicho monto, el juez sólo puede considerar la existencia de un delito patrimonial agravado —por lo general de estafa CPE, art. 250.6º—, pues, de lo contrario, si se aprecia además un delito continuado de notoria gravedad, se vulnera el principio de *non bis in idem*. En este punto es necesario tener en cuenta las SSTS 997 del 21.11.2007 (RJ. 2007-8700) y 318 del 04.04.2007 (RJ. 2007-2518), la última de las cuales señala: “[...] en algunas sentencias de esta Sala se ha entendido que la unión de distintas faltas para considerar el hecho como un delito continuado impide luego tener en cuenta el resultado para establecer la agravación por notoria importancia. Sin embargo, cuando alguno de los hechos que integran un delito continuado de carácter patrimonial alcanza por sí mismo la especial gravedad, nada impediría aplicar la agravación al conjunto del delito continuado”. Por el contrario, podrá ser considerado un delito continuado —además de la norma especial—, cuando alguna de las acciones por sí misma implica un acto parcial que supere la suma de 36.000 euros. Precisamente, dicha agravante especial por notoria gravedad será aplicable a toda la continuación delictiva [CPE, Art. 74.2, párr. 1.º]¹⁴.

¹⁴ Recientemente las SSTS 973 de 06.10.2009 (RJ 2009-6833), 813 del 07.07.2009 (RJ. 4964-2009), 835 del 14.07.2009 (RJ. 4899-2009) y 784 del 14.07.2009 (4870-2009), la primera de las cuales advierte: “[e]n efecto, según se razona en la sentencia 950/2007, de 13-XI, el Pleno no jurisdiccional celebrado el 30 de octubre de 2007 acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 sólo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial. / La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica —sigue diciendo la referida sentencia— que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá

teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el *artículo 74.2 CP*. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.000 euros, la pena procedente es la prevista en el *artículo 250.1.6º* y, si es inferior a esa cifra, la del *artículo 249*, o, en su caso, la correspondiente a la falta. / Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del *apartado 1 del artículo 74* —señala el Tribunal Supremo vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al *artículo 250.1.6º*, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al *artículo 74.1*, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión. / Por lo tanto, la *regla del artículo 74.2* resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado. / Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del *artículo 74.1* infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas. / En consecuencia, el delito continuado —acaba señalando la STS 950/2007— se debe sancionar con la mitad superior de la pena, que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al *artículo 74.1* no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la *regla contenida en el artículo 74.1* sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir, en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado. / El nuevo criterio hermenéutico sobre el *art. 74 del C. Penal* se ha visto reafirmado posteriormente en otras resoluciones de la Sala (SSTS 28/2008, de 26-5; 764/2008, de 20-11; 860/2008, de 17-12; 365/2009, de 16-4; y 581/2009, de 2-6), al entender que no había razones de política criminal que fundamentaran un trato privilegiado para los delitos patrimoniales mediante la exclusión de la aplicación del apartado 1 del referido precepto, exclusión que sólo se justificaría en los supuestos en que los actos integrantes de la continuidad delictiva hubieran ya operado para integrar la agravación específica del *art. 250.1.6ª del C. Penal* (exasperación de la pena por razón de la especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación). Así las cosas, ha de apreciarse este primer motivo de impugnación y aplicarse en su mitad superior la pena prevista para el delito de estafa, si bien en relación con la modalidad de este delito que en su momento se expondrá al analizar los recursos interpuestos por las defensas de los acusados”. También las SSTS STS 563 del 24.09.2008 (RJ. 2008-4800) y 919 del 20.11.2007 (RJ. 2007-7223): “[e]llo puede implicar la incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante específica de la especial gravedad, por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva, pues ello podría originar una doble pluralidad agravatoria derivada de un mismo hecho, por lo que resultaría vulnerado el principio "non bis in idem", *arts. 74.2 y 250.1.6ª CP* (STS.155/2003 de 7.2). Así, STS. 258/2003 de 12.12, pueden darse los siguientes supuestos, diferenciables: “a) Continuidad delictiva, sin cualificación, (verbigracia, tres o cuatro sustracciones de 6.000 euros cada una). b) Cualificación, sin continuidad delictiva (un apoderamiento de 60.000 euros por ejemplo). c) Continuidad delictiva y cualificaciones. Sería el caso de varios apoderamientos, que excedan de 60.000 euros cada uno. Dentro de esta modalidad puede ocurrir, 1) que las distintas cuantías, objeto de apoderamiento, referidas a cada uno de los delitos individualmente considerados no alcancen la cualificación, pero sí sumando todas ellas (Vg., 20 apoderamientos de 6.000 euros cada uno). 2) o bien que los valores de todas o alguna de las distintas sustracciones (que se suman en la continuidad delictiva) ya de por sí, integren la cualificación por superar el umbral señalado jurisprudencialmente (Verbigracia, cinco apoderamientos de 100.000

No obstante, para considerar dicho delito continuado como una infracción de mayor gravedad [CPE, Art. 74.2, par. 2.º], es necesario que no uno sino varios actos parciales alcancen, por sí mismos, dicha notoria gravedad y afecten una generalidad de personas [STS 270 del 29.03.2007 (RJ. 2007-2389)].

Así mismo, el sistema punitivo previsto en el Art. 74.2- par. 1.º no permite —en principio— acumular a la pena total de la continuación patrimonial (la pena en su mitad superior determinada conforme a la suma de las cuantías de los distintos delitos o faltas según el perjuicio total causado¹⁵), la agravante facultativa de la pena hasta la mitad inferior de la pena superior en grado prevista en el Art. 74.1, que desde luego resulta desplazada [vid. STSS 973 de 06.10.2009 (RJ 2009-6833), 143 del 10.04.2008 (RJ. 2008-1337), 400 del 17.05.2007 (RJ. 2007-3439), 318 del 04.04.2007 (RJ. 2007-

euros cada uno). De todas las hipótesis contempladas, sólo podría producirse una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el *art. 250.1.6 C.P.*”. En términos generales, *vid.* SSTS 548 del 12.06.2007 (RJ- 2007-4929), 286 del 04.04.2007 (RJ. 2007-2405), 307 del 15.02.2007 (RJ. 2007-2510), 80 del 07.02.2007 (RJ. 2007-1926), 1155 del 20.11.2006 (RJ. 2006-8272), 1245 del 17.11.2006 (RJ. 2006-7830), 1395 del 23.11.2005 (RJ. 2005-7533), 605 del 11.03.2005 (RJ. 2005-3011) del 21.05.1994 (RJ. 1994-4049); 1180 del 06.06.1994 (RJ. 1994-4536); del 02.05.1994 (RJ. 1994-3633); STS del 14.02.1994 (RJ. 1994-730); 1615 del 01.10.2002 (RJ. 2002-8855); 1111 del 22.07.2003 (RJ. 2003-6351) y 167 del 21.02.2006 (RJ. 2006-905).

¹⁵ Con amplitud, en contra: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 348 y 349, cuando indica: “[f]ormada así inicialmente la pena se aplicará posteriormente el sistema general del número 1.º del art. 74. [...] Este sistema de punición propuesto por la jurisprudencia resulta absolutamente injustificado. La suma o adición de las cuantías de los actos parciales sólo podría encontrar explicación dogmática de la mano del criterio de la *unidad típica de acción* en caso de intensificación meramente cuantitativa del injusto (realización del tipo ampliada cuantitativamente). Si como consecuencia de la adición cuantitativa el resultado delictivo conjunto se subsume en un tipo penal que no realiza ninguna de las acciones individuales por separado (ejemplo, acciones parciales constitutivas de falta de hurto que se juzgan como delito de hurto), en ningún caso podrá resultar de aplicación el régimen penal del número 1.º del art. 74, pues va indisolublemente unido a la determinación de la «infracción más grave», lo que presupone una pluralidad de subsunciones típicas que no son sino cada tipo penal infringido por cada hecho individual. Si resulta que se prescinde del tipo realizado por cada acción con el recurso a la regla de suma de perjuicios, y se subsume el hecho conjunto en un tipo distinto, no cabe hablar de infracción *más grave*, sino de infracción única a la que no acompaña otra realización de tipo con que compararse, de modo que no encontraría justificación material una agravación de la pena —ya lo bastante grave— como la de imposición de la pena en su mitad superior. [...] además considera de aplicación un sistema de absorción agravada que resulta conceptualmente imposible de aplicar en cuanto no hay tipo que «absorber» al afirmarse una sola realización típica”; STS de 21.06.2009 (RJ. 2694-2009).

2518), 37 del 01.02.2007 (RJ. 2007-479), 11 del 16.01.2007 (RJ. 2007-468)]¹⁶. Sobre el particular, la STS 2028 del 02.12.2002 (RJ. 2002-10954) indica: “[...] siendo acertada la calificación de la estafa agravada como delito continuado según el «modus operandi», se trata de un «continuum» delictivo de naturaleza patrimonial, para cuya punición no es aplicable la regla 1ª del artículo 74 CP —que obliga a imponer la pena en su mitad superior—, sino el epígrafe segundo de dicho precepto, según la doctrina jurisprudencial de esta Sala definitiva y pacíficamente consolidada que declara que la regla 2ª del artículo 74 CP es plenamente independiente de la regla 1ª, de suerte que los delitos continuados de carácter económico habrán de ser sancionados atendiendo al perjuicio total causado pudiendo el Tribunal sentenciador recorrer toda la extensión de la pena legalmente marcada, pero sin estar constreñido por la exigencia imperativamente

¹⁶ Vid. además, SSTS 36 del 22.01.2004 (RJ. 2004-487); 267 del 27.02.2004 (RJ. 2004-2529); 278 del 01.03.2004 (RJ. 2004-1451); 357 del 19.03.2004 (RJ. 2004-1848); 23.12.1998 (RJ. 1998-9848); 28.12.1998 (RJ. 1998-10063); 17.03.1999 (RJ. 1999-2946), 1404 del 11.10.1999 (RJ. 1999-7027), 443 del 17.03.1999 (RJ. 1999-2946); 28.06.1999 (RJ. 1999-6110); 1247 del 28.07.1999 (RJ. 1999-6664); 11.10.1999 (RJ. 1999-7029); 771 del 09.05.2000 (RJ. 2000-4888); 807 del 11.05.2000 (RJ. 2000-4892); 1092 del 19.06.2000 (RJ. 2000-6317); 184 del 13.02.2001 (RJ. 2001-1271); 295 del 02.03.2001 (RJ. 2001-1290); 368 del 05.03.2001 (RJ. 2001-1301); 06.03.2001 (RJ. 2001-1301); 679 del 30.04.2001 (RJ. 2001-3584); STS 1505 del 23.07.2001 (RJ. 2001-6507); 21.11.2001 (RJ. 2002-66); 04.12.2001 (RJ. 2002-1989); 228 del 11.02.2002 (RJ. 2002-2352), 587 del 04.04.2002 (RJ. 2002-4945); 07.05.2002 (RJ. 2002-6327); 07.06.2002 (RJ. 2002-7582); 08.06.2002 (RJ. 2002-8939); 1302 del 11.06.2002 (RJ. 2002-7651); 1297 del 11.07.2002 (RJ. 2002-7653); 08.07.2002 (RJ. 2002-7643); 08.07.2002 (RJ. 2002-6731); 1302 del 11.07.2002 (RJ. 2002-7651); 7624 del 09.2002 (RJ. 2002-8170); 1735 del 24.10.2002 (RJ. 2002-9608); 2028 del 02.12.2002 (RJ. 2002-10954); 1510 del 24.09.2002 (RJ. 2002-8170); del 2106 del 12.12.2002 (RJ. 2003-309); 1615 del 01.10.2002 (RJ. 2002-8855); 692 del 12.05.2003 (RJ. 2003-3983); 1692 del 10.12.2003 (RJ. 2003-9472); 1614 del 01.12.2003 (RJ. 2003-9395); 29 del 16.01.2003 (RJ. 2003-728), y 962 del 2003 (RJ. 2004-2776). En la doctrina MIR PUIG, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 639; de acuerdo con DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 197: “[e]n mi opinión el párrafo 2º del artículo 74, además de independizarse del párrafo 1º en el actual Código penal, no establece una concreta penalidad para el delito continuado patrimonial como sí hace, por el contrario, para el delito continuado masa patrimonial. Esta omisión se puede interpretar en el sentido de que el legislador considera que en las infracciones patrimoniales continuadas la pena ha de hallarse en función exclusivamente de datos cuantitativos tal y como establece el párrafo 2º, que se convierte así en una regla especial o específica que tiene su propio juego penológico y que determina unos marcos penales distintos de los demás delitos continuados, respecto de los cuales tampoco se puede imponer la pena superior en uno o dos grados, como sí sucede con los delitos contra el patrimonio (caso último del Párr. 2º)”./ A mi juicio, el párrafo 2º no está sometido, a efectos de cálculo de la pena, al apartado 1 del artículo 74”; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, p. 132. En contra: STS 1242 del 03.10.2005 (RJ. 2006-3328).

dispuesta en el epígrafe primero de fijar aquélla en su mitad superior”. En contra: STS de 21.06.2009 (RJ. 2694-2009).

Sin embargo, de aplicarse dicho párrafo 1.º se exacerbarían desde la perspectiva punitiva los delitos patrimoniales, con lo cual se vulnera el principio de proporcionalidad de la pena conforme al verdadero desvalor de acción de la conducta (perjuicio total causado), tal y como lo advierte la STS 1510 del 24.09.2002 (RJ. 2002-8170), al impedir al órgano jurisdiccional “[...] atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, «de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una notoria gravedad y afectasen a una generalidad de personas” [SSTS del 17.03.1999 (RJ. 1999-2946) y 23.12.1998 (RJ. 1998-9848)]. Además, quebranta el principio de *ne bis in ídem* en materia de faltas patrimoniales¹⁷, puesto que la pena más grave a imponer ya cubre desde el ángulo jurídico – y con suficiencia— las penas aplicables por los actos patrimoniales parciales menos graves realizados por el autor, sin que sea necesario imponer dicha sanción en su mitad superior, ni agravarla (de manera discrecional) hasta la mitad de la sanción superior en grado.

Así las cosas, cuando concurren un delito continuado de falsedad documental y uno de apropiación indebida [abuso de confianza], ambos en concurso medial entre sí, las penas se individualizan de la siguiente manera: La sanción de la falsedad documental debe ser fijada conforme a la regla del Art. 74.1, es decir, con “la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de

¹⁷ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 926 y ss., para quienes tal agravación no será necesaria cuando la continuidad delictiva tenga su origen en faltas continuadas contra el patrimonio, pues de hacerlo se infringirían los principios del *ne bis in ídem* al valorar dos veces el injusto de las faltas, e igualdad frente a la proporcionalidad, dado que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con una pena menor. En contra: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 352 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito...”, *ob. cit.*, p. 199. *Cfr.* STS 1297 del 11.07.2002 (RJ. 2002-7653) y 1558 del 23.08.2002 (RJ. 2002-8167).

la pena superior en grado”. Por su parte, el castigo para el delito de apropiación indebida, debe ser individualizado conforme a la regla del Art. 74.2, ello es, “la pena señalada para la infracción más grave” si existen agravantes cualitativas, considerado “el perjuicio total causado con la infracción” (salvo que se comparta la aplicación del 74.1). Luego de ello, se procede a aplicar la regla penológica del concurso medial [Art. 77], en virtud de la cual se impone la sanción prevista para la infracción más grave, que se aplica en su mitad superior [STS 1271 del 08.07.2002 (RJ. 2002-7643)].

En realidad, el procedimiento de individualización dispuesto para los delitos continuados de jaez patrimonial, ha sido criticado con severidad por quienes consideran la continuación como una modalidad derivada del concurso real de delitos. Para estas concepciones, pues, lo importante es verificar si todas las infracciones completas (desde el punto de vista objetivo y subjetivo) e independientes tienen o no la cuantía legal para ser consideradas —todas y cada una de ellas— bien como delitos o como faltas continuadas, para cumplir así la homogeneidad normativa necesaria de cara a afirmar la unidad de pena aplicable a la entidad jurídica independiente que se forja de manera ficticia o legal.

Además, se ha dicho que resulta inaceptable desde la perspectiva político-criminal que el legislador otorgue un tratamiento punitivo diferente a los supuestos continuados patrimoniales en relación con aquellos que no lo son. Sin embargo, frente a la última objeción, debe recordarse que el hacedor de las leyes distingue el tratamiento que se les debe dar al tomar en consideración a los delitos que afectan bienes jurídicos eminentemente personales. No se trata, sin embargo, de instituciones diferentes sino de figuras empleadas por el codificador de manera distinta, atendida su libertad de configuración punitiva; por supuesto, al respecto no cabe duda en el sentido de que el legislador lo puede hacer, no obstante que ello sea adecuado o no, es un problema distinto que se refiere al carácter técnico o no de la decisión legislativa.

Respecto al delito masa, es bueno anotar que algún sector de la doctrina sostiene que la regla penológica del Art. 74.2, inc. 1.º «el perjuicio total causado», solo constituye un simple criterio de individualización de la pena en las hipótesis patrimoniales, en el marco genérico previsto por el artículo que regula el delito más grave correspondiente, considerada su cuantía individual¹⁸. Con dicho punto de partida, se argumenta que el sistema penológico promueve un cambio morfológico severo de diversas faltas completas que se convierten en un delito (salto de tipo de faltas a delito), sin contar para ello con el debido respaldo normativo (legal)¹⁹ el cual, por

¹⁸ Así, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 345: “[...] el párrafo 2.º no tiene autonomía respecto de los otros dos, pues entender lo contrario valdría tanto como admitir que el legislador ha querido regular en un mismo precepto problemas bien distintos [...] el párrafo 2º del art. 74 matiza la consecuencia jurídica de la continuidad delictiva con relación a los delitos contra el patrimonio individual, estableciendo para el caso en que el daño total acontezca por mor de una pluralidad de acciones —que se unen jurídicamente—, una regla penológica similar a la contenida en algunos tipos de la Parte Especial para los delitos patrimoniales realizados en unidad de acción”; también p. 434. No obstante, esto sugiere diversas dificultades: (i) esta regla, incluso para el mismo autor, no se destina a supuestos de realizados en unidad de acción; (ii) que el legislador haya querido introducir una modalidad punitiva diferente para estos supuestos, sólo hace diferencia en cuanto a la punibilidad pero ello no significa que regule dos supuestos sustantivos diferentes; la regla penológica no modifica la sustantividad de los delitos continuados patrimoniales, para convertirlos en otra cosa diferente. Desde luego, esta aversión a considerar el delito continuado desde el punto de vista teórico como una forma de realización unitaria del mismo, es la que lleva al autor (p. 353) a afirmar luego: “[e]l problema de imposición de la pena en atención a la magnitud del daño en la infracción de contenido patrimonial en la que adquieren relevancia típica determinados conceptos cuantitativos, debe tratarse separadamente de la problemática de la acción continuada”. Sin embargo, tal consideración no es posible si el codificador decide que el delito continuado patrimonial debe seguir tales derroteros, sin que la interpretación de la regla del num. 2º se tenga que acomodar a los supuestos del num. 1 primero. A favor de esta postura, STS 2102 del 30.11.1995 (RJ. 1994-9154); 16.09.1991 (RJ. 1991-6390) y 06.04.1989 (RJ. 1989-3024). En contra: STS del 09.02.2004 (RJ. 2004-2479).

¹⁹ Sobre el tema *cfr.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 260 y 261; ZUGALDÍA ESPINAR et. al., *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 925. A favor de dicha cualidad punitiva, VALLE MUÑIZ, en AA. VV., *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 413 y 414: “[e]videntemente, tanto el delito continuado como el delito masa referidos a delitos patrimoniales pueden mudar la naturaleza de la infracción penal, convirtiendo una pluralidad de faltas en un único delito en la cuantía resultante del perjuicio ocasionado [...] Aplicar en este caso la penalidad correspondiente a las faltas, no sólo no se compadece con la letra de la ley, sino que constituiría la mayor perversión imaginable del sistema de determinación de la pena en supuestos de unidad de infracciones”. Tesis que puede suscribirse cuando se concibe el delito continuado como una derivación del concurso real o material de delitos. Por su parte, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 540, señalan: “[l]a conversión de las faltas en delito no puede evitarse aquí en base al Artículo 638 —que obliga a ceñirse a los límites de las faltas— porque el Artículo 74 se refiere expresamente al responsable de un «delito o falta continuados», pero, por otra parte, esa mención a la continuidad de las faltas resulta prácticamente inaplicable si se acumulan los perjuicios, porque casi siempre darán como resultado la aplicación del delito. Por ello la doctrina más moderna se inclina por aplicar la regla sobre el perjuicio patrimonial sólo al delito masa”.

supuesto, perjudica al procesado —se dice—, porque, en vez de ser condenado por varias faltas patrimoniales en concurso real, es punido con base en el Art. 74 *ibídem*, por un único delito continuado, solo para imponer a tales eventos una pena más severa.

Es más, se trata de un sistema punitivo que resulta muy ambivalente, porque de forma ocasional beneficia al condenado sin ninguna razón de peso y en otras ocasiones le perjudica. Sin embargo, no toda la doctrina sigue este derrotero, por ejemplo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, sostienen que “[e]n el delito masa, estos efectos pueden considerarse más justificados que en el delito continuado, porque lo que ahora contempla el Art. 74 son casos de «notoria gravedad» y porque la finalidad del delito masa consiste, precisamente, en evitar los límites de la acumulación de penas”²⁰.

Por supuesto, no se trata de que varias faltas se permuten o se conviertan mediante el instrumento de la continuación en un delito, con el desconocimiento de su presunta preexistencia ontológica como tales (y menos la de una culpabilidad abstracta) para aplicar, así, una consecuencia punitiva mayor, entre otras cosas, porque no hay delitos o faltas (contravenciones especiales penales) determinados en la realidad²¹. Estos, como modalidades de conducta punible que son, se estructuran por lo general conforme a su cuantía para efectos de la punibilidad. Así las cosas, la conducta continuada patrimonial única (la misma tipicidad) debe ser castigada en forma proporcional, bien con la penalidad correspondiente a un delito si es del caso —porque no siempre tiene que ser así—, o bien de una

²⁰ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, 7ª ed., *ob. cit.*, p. 541.

²¹ En contra: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 354: “[...] el sentido del tipo de cuantía con relevancia para distinguir entre delito o falta va dirigido a sancionar como delito la producción de un perjuicio, de determinada magnitud, que revela un importante ánimo de lucro del autor o un especial desvalor de resultado, pero referidos a un solo hecho —una acción—, no a la suma de varios actos penales. Las agravaciones por la cuantía que se contienen en la Parte Especial del Código sólo tienen sentido si se reconducen a una acción en el sentido de la unidad natural de acción, no en el sentido de la unidad de acción por continuación”. Sin embargo, cabe hacer la pregunta: ¿Qué sentido tiene, entonces, que la continuación sea una norma incompleta de la Parte general que complementa y extiende las normas de la Parte especial? ¿Acaso el tipo de la norma completa no lo es sino en tanto se interpreta y complementa con las normas de la Parte general? ¿Será que la suma de perjuicios incide a más de la determinación de la punibilidad, en la de los presupuestos del delito?

falta criminal²² porque el grado de injusto de la conducta así lo demande desde la perspectiva de la unidad ontológico-normativa, que implica la lesión progresiva del bien jurídico patrimonial atendido el perjuicio causado (injusto unitario) con la infracción.

Por ello, algunos autores olvidan que una vez afirmada la unidad jurídica continuada tal unidad típica supone desechar cualquier base concursal —que a título de discusión— hubiese podido existir como base fáctica sustantiva o procesal de la figura. Y ello, porque el delito continuado retendría la calidad de una entidad jurídica independiente y autónoma, por lo cual, lo que importa en coherencia con ello, es la total defraudación patrimonial de la conducta continuada para efectos de imponer la penalidad única proporcional a la infracción.

Por lo demás, es fácil advertir que el mismo legislador habilita tal criterio en la ley penal, al tomar como punto de partida el límite cuantitativo de 400 Euros, para rotular la infracción única —sea esta continuada o no— como delito o falta, es decir, para determinar la condigna consecuencia imponible al tipo penal infringido en el caso concreto. Esta penalización, además, no implica ningún cambio en la morfología de la infracción típica relativa continuada, no solo porque la cuantía no condiciona la homogeneidad del tipo o el supuesto de hecho patrimonial infringido, sino porque el Art. 623 CPE solo se afecta la punibilidad concreta a imponer. Así, el Art. 13.3 *ibídem* indica que “[s]on faltas las infracciones que las Ley castiga con pena menos grave” (subrayado por fuera del texto original). La naturaleza de falta depende, entonces, de la pena aparejada a dicha sanción; no existe una diferencia ontológica entre faltas y delitos, y mucho menos un distingo distinto al cuantitativo entre unas y otras.

²² Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 258: “la absorción, por la continuidad, hace perder los contornos propios de cada infracción, dando lugar a que resulten indiferentes las diferencias existentes entre las distintas infracciones realizadas por el reo”. Recuérdese que, como ya es tradicional, la diferencia entre delitos y faltas o entre delitos y contravenciones se ha hecho afincar en aspectos cuantitativos, no cualitativos. En contra: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 355: “[n]unca, una suma de los resultados parciales puede permitir transformar la naturaleza del ilícito y conformar, no ya un delito simple, sino incluso un delito continuado por la adición de simples faltas que en su individualidad no producen el daño social propio del delito, y no se encontraría adecuada a la culpabilidad la imposición de la pena prevista para el delito cuando la acción continuada sólo se integra con acciones que individualmente sólo realizan tipos de falta”.

De todas maneras, según la teoría de la ficción la imposición de la pena señalada para un delito continuado a una falta de la misma naturaleza, sería en realidad un escenario punitivo excepcional que no operaría de forma automática y que, sin falta, implicaría que la situación se revisara de forma minuciosa frente al principio de culpabilidad²³, conforme a los requisitos exigidos por el Art. 74 *ibídem*, en las siguientes hipótesis delictivas (sin olvidar las modificaciones de la LO 15/2003): Hurto (Arts. 234 y 623.1), Sustracción consentida por tercero o por el propietario de bien propio (Arts. 236 y 623.2), Hurto de uso de vehículo automotor (Arts. 244.1 y 623.3)²⁴,

²³ *Vid.* STS del 17.04.1998, reiterada por la sent. del 07.11.2001: “[n]o obstante ello, entendemos que esta doctrina no debe aplicarse sin más de modo tajante, sin distinguir alguno y en todos los casos, pues esa transformación de falta a delito supone un ataque directo a un requisito tan esencial en el orden penal de las acciones como es la culpabilidad del sujeto, pasándose de una culpabilidad menor (calificada como falta) a una culpabilidad mayor (entendida como delito)”. Posición contraria, en SSTS de 12.12.1981 (RJ 1981-5000); 24.08.1982 (RJ 1982-4961) y 25.06.1985 (1985-3056); DE VICENTE MARTÍNEZ, “El delito..., *ob. cit.*, p. 203, muestra la posibilidad de un único delito continuado contra el patrimonio económico.

²⁴ Sobre el particular, cobra especial importancia la discusión recogida por la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2 del 18.12.2003, en los siguientes términos: “[e]s esta una cuestión que afecta únicamente a las conductas de naturaleza patrimonial (párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP), ya que respecto de las lesiones y malos tratos de obra —por tratarse de ofensas a un bien eminentemente personal, como es la integridad física— no cabe apreciar el delito continuado (art. 74.3 CP). / La actual redacción del párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP podría sugerir una interpretación a contrario de acuerdo con la cual y, conforme al principio de especialidad, se trataría de una derogación particular de la regla general del delito continuado, de tal manera que —en aquellos supuestos que hasta ahora podrían ser calificados de delito continuado— si las infracciones no son más de tres o, aun siendo cuatro, ha transcurrido más de un año entre la fecha de comisión de la primera y la última, las conductas no deberían ser calificadas como delito sino como una mera acumulación de faltas; o, dicho con otras palabras, que con menos de cuatro conductas materialmente constitutivas de falta no cabe cometer un delito continuado de hurto. / **Sin embargo, no puede pensarse que haya sido intención del legislador suplantarse, con estas nuevas figuras delictivas, la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso, en el que se puedan integrar conductas materialmente constitutivas de falta,** siempre que respondan a la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una ocasión idéntica, y concurren los restantes requisitos del delito continuado. En tal caso, y **siempre que la suma total de lo sustraído exceda el límite de la falta, ya resultaría procedente imponer la pena de los arts. 234 ó 244.1 CP, aunque sólo fuesen dos o tres las faltas cometidas, sin necesidad de aplicar al nuevo tipo que introduce la reforma; éste es al menos el criterio sostenido por la Consulta nº 3/1999 de la Fiscalía General del Estado. / El delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso subsiste y coexiste, en su tradicional entendimiento, con estas figuras delictivas de nuevo cuño.** En el supuesto de que unos mismos hechos fuesen subsumibles en los tipos de los párrafos segundos de los arts. 234 ó 244.1 CP y al mismo tiempo en la figura del delito continuado, la duda acerca de cuál es la norma aplicable habría de resolverse conforme a la regla de la alternatividad contemplada en el art. 8 CP y formular acusación por el delito que prevea la imposición de la pena más grave. En el presente caso, sin embargo, la cuestión carece de interés práctico, ya que ambos preceptos prevén —como ya se ha apuntado anteriormente— la aplicación de la misma pena, la

Alteración de señales de propiedad (Arts. 246 y 624), Estafa (Arts. 249 y 623.4), Apropiación indebida (Arts. 252 y 623.4), Apropiación por error ajeno (Art. 253 y 623.4) o por caso fortuito (Art. 254 y 623.4), Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (Arts. 255 y 623.4) y Uso indebido de equipo terminal de comunicaciones (Art. 256 y 623.4), Daños en bien ajeno privado o público (Art. 625), Fraude a haciendas comunitarias (Arts. 305 y 627) y Defraudación de los presupuestos generales de las comunidades (Arts. 306, 309 y 628).

Así mismo, algún sector de la doctrina, la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado (*vid.* Consulta núm. 06 del 09.12.1998 sobre la penalidad en los delitos continuados patrimoniales) postulan una posición contraria a la de la jurisprudencia dominante que aquí se adopta, en el sentido de que si bien la pena base se fija con fundamento en el criterio del perjuicio total causado, con posterioridad se aplica de forma complementaria el sistema general mediante la imposición de la pena agravada del Art. 74.1²⁵ [*cf.* STS de 21.06.2009 (RJ. 2694-2009)]. Según esta doctrina, de este modo se evita castigar igual a quien realizó un solo delito patrimonial que a quien realizó varios de ellos. Sin embargo, si la continuación es una unidad ¿por qué evitar el castigo unitario? Por supuesto, dicha interpretación trata de igualar —en forma equivocada— el dispositivo punitivo que acoge el legislador en el Art. 74.2 con el sistema de “absorción agravada” del Art. 74.1, para lo cual aduce una comparación penológica con las consecuencias que aparejaría el delito continuado entendido como una modalidad de concurso real, castigable según el sistema de la acumulación de penas. Lo evidente es que tal cosa no es posible en este caso, porque la norma acoge una regla punitiva unitaria por fuera de los modelos concursales tradicionales; es decir, adopta un sistema igual al usado para los

correspondiente al delito respectivo” (subrayado y negrillas por fuera del texto original). Consultado en bosch-online.net/Novedades/Jurisprudencia/fiscalia/c2-2003.html Circular 2/2003

²⁵ *Vid.* CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 1016, 1017 y 1018, para quien la agravación punitiva prevista por el Art. 74.1 “en su mitad superior”, no puede aplicarse a la pena del delito continuado con carácter patrimonial, pues en este último sólo hay una pena; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 448; SSTS del 30.11.1994 (RJ 1994-9154; 03.11.1997 (RJ 1997-9224) y Acuerdo del pleno de la sala 2ª del TS. del 27.03.1998, del 23.13.1998; del 17.03.1999. En contra: *cf.* STS del 11.10.1999 (RJ. 1999-7027).

delitos únicos, porque entiende que la continuación patrimonial es una infracción única (desde el punto de vista del injusto realizado con culpabilidad).

Otro sector de la doctrina española sostiene, en cambio, que la regla penológica de la «suma del total del perjuicio causado» no es aplicable al delito continuado patrimonial común, sino solo a su variante como delito masa²⁶ también previsto por el Art. 74, num. 2, apt. 2.º. En cualquier caso, si bien es cierto que dicha interpretación permitiría obtener una solución punitiva más equilibrada respecto a las distintas clases del delito continuado (pues no haría desaparecer las faltas continuadas), también lo es que el apt. 2.º del Art. 74 se refiere, con claridad, a todas las infracciones continuadas de carácter patrimonial sin hacer distinciones sobre el particular, con inclusión de aquellas que afectan a una pluralidad de personas, siempre que revistan notoria gravedad. Es más, la pena prevista en el apt. 2.º del num. 2 *ibídem* para el delito continuado-masa, está condicionada a que “[...] el hecho revistiere [...] notoria gravedad [...]”, con lo cual se adiciona la norma general patrimonial al permitir al tribunal imponer, de manera facultativa, la pena superior en uno o dos grados más conforme al perjuicio total causado con la infracción.

En síntesis: La pena para el delito continuado patrimonial, individualizada mediante el criterio del par. 2.º del Art. 74 *ibídem*, es autónoma y procede su determinación conforme a los factores dispuestos por los Arts. 61 a 72, atendidos los criterios modificadores del marco penal, sin considerar las circunstancias propias de la tasación judicial en estricto sentido. No parece viable, pues, supeditar la sanción al apartado primero que contiene la regla penológica general para los delitos continuados no patrimoniales, a pesar de recientes incursiones del TS [*cfr.* STS de 21.06.2009 (RJ. 2694-2009)]. Y la

²⁶ Así parece indicarlo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 260: “[e]s cierto que el num. 2 del artículo 74 contiene una regla penológica para los supuestos de delito continuado de infracciones contra el patrimonio; sin embargo, dicha regla sólo es aplicable en los específicos casos a que se refiere, que son, cuando el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas./ De manera que los delitos continuados de infracciones contra el patrimonio tienen dos sistemas penológicos, a) el general de todo delito continuado del artículo 74.1; y el específico (cuando revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas)”. En contra: CEREZO MIR, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1018, cita núm. 1018; *id.*, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 298.

regla del apartado 2.º del mismo par. 2.º del Art. 74, se aplica de manera facultativa sólo a los delitos patrimoniales masa de notoria gravedad, aun cuando es posible imponer el castigo en el marco que la ley fija para cada delito particular. Además, puede indicarse que la jurisprudencia del TS [STS 146 del 06.02.2004 (RJ. 2004-2136)] acepta la posibilidad de “conurrencia” medial entre dos delitos continuados de estafa vinculados a un delito continuado de falsedad, casos en los cuales se deben aplicar las reglas previstas por los Arts. 77 y 74 del CPE mod. LO 15/2003.

En fin, si bien no se pueden ocultar los inconvenientes que reviste el Art. 74, norma sin duda cuestionable, resulta evidente que la solución correcta dista mucho de asimilar el delito continuado al concurso real de tipos, con el pretexto de que la continuación es una excepción penológica a la regla prevista por el Arts. 73 y ss.; se trata, pues, de una modalidad de delito único. Por supuesto, los problemas penológicos de la figura no se pueden trasladar sin más al ámbito dogmático, para manipular al antojo del intérprete la construcción sustantiva del delito continuado, dicho lo cual también debe reconocerse que los problemas del delito continuado pueden reconducirse a un sistema de punibilidad imperfecto, complejo, por lo que concierne a sus relaciones con los sistemas de punibilidad de otras figuras como el concurso real.

Por ello, debe promoverse un tratamiento punitivo autónomo para el delito continuado, más severo que el previsto para los casos de delito único; inferior, igual o superior a las hipótesis de unidad de conducta²⁷ y, en todo caso, menos gravoso que el señalado para los supuestos de concurso real. Así, debe entenderse desde el punto de vista político-criminal que la limitación material señalada por el Art. 77 para la acumulación jurídica de

²⁷ Así, PAGLIARO, *I reati connessi*, ob. cit., pp. 101 y ss.: “[...] el delito continuado no puede no ser más leve que el correspondiente concurso homogéneo de delitos, debe necesariamente llegarse a la conclusión de que sería contrario al objetivo de las normas sobre la continuación tratar al culpable de delito continuado con mayor severidad que el culpable del correspondiente concurso homogéneo” (t/l).

penas respecto al concurso ideal, aplica también para los casos de delito continuado²⁸.

Desde luego, ello supone superar la inconsistencia jurídica que implica mantener un sistema penológico de “doble vía”, que atiende sin fundamento cierto a criterios distintos en la determinación de la pena, según la clase de delito cometido (patrimonial o no patrimonial)²⁹, mediante una fórmula que permita individualizar una pena similar (de la misma forma) en esta institución, atendidas las circunstancias modificativas pertinentes, sin generar resultados ambivalentes para el procesado, librados a la discrecionalidad del fallador.

II. EN COLOMBIA. No obstante las similitudes que pueden hallarse entre el delito continuado y el concurso ideal homogéneo de tipos, el parágrafo del Art. 31 del CP dispone, para el delito continuado, un sistema general de individualización con base en el sistema de exasperación, en cuya virtud “en los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada hasta en una tercera parte”³⁰.

Así las cosas, el ordenamiento penal regula un sistema ordinario de individualización que se aparta de los sistemas punitivos concursales

²⁸ En sentido similar, aunque consideran el delito continuado como una modalidad concursal precedida por unidad de acción, CHOCLAN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, pp. 331 y ss.; CUERDA RIEZU, *El concurso...*, *ob. cit.*, pp. 127 y ss.; ESCUCHURI AISA, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 79.

²⁹ Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación...*, *ob. cit.*, pp. 134 y 135, para quien esta clase de sistema doble no tiene ningún fundamento; además de no entender por qué el desvalor de resultado tiene que ser mucho más importante en unos sistemas punitivos que en otros.

³⁰ El aparte subrayado fue declarado exequible por la CCONST. mediante sent. C-551/2001, Á. TAFUR. Los CP latinoamericanos asumen reglas diversas, así, CP de NICARAGUA, Art. 83: “[...] la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior”; PUERTO RICO, Art. 80: “[...] se impondrá la pena seleccionada de la mitad superior del intervalo de pena”; HONDURAS, Art. 37: “[...] se aplicará al agente la pena más grave, aumentada en dos tercios”; BRASIL, Art. 71; COSTA RICA, Art. 77: “[...] se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”; MÉXICO, Art. 80: “[...]se aumentarán en una mitad las penas que la ley prevea para el delito cometido”; GUATEMALA, Art. 71: “[e]n este caso se aplicará la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte. En caso de duda, se tendrá por más grave la pena que tenga señalado el máximo más alto”; PANAMÁ de 2007, Art. 85: “[...] En este caso la pena se aumentará de un tercio a la mitad”; VENEZUELA, Art. 99: “[...] se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad”; URUGUAY, Art. 58, “[...] la continuación se apreciará como una circunstancia agravante”.

tradicionales y que sigue la línea general del patrón señalado para los delitos individuales previsto en los Arts. 60 y 61 del CP. Un diseño punitivo que resalta la naturaleza unitaria de la institución, como desarrollo inequívoco de una modalidad de realización especial y seriada del mismo tipo penal infringido.

De este modo, según el Par. del Art. 31 del CP del 2000, se impone la pena correspondiente al tipo respectivo más grave (según las circunstancias presentes) aumentada “*en una tercera parte*” por la continuación³¹. Fórmula que, según la regla 1ª del Art. 60 *ibídem*, implica incrementar ambos límites punitivos en dicha proporción (ya aumentados de 1/3 a la 1/2 en virtud de la L. 890/2004, Art. 14, si es del caso, o el previsto por leyes especiales posteriores a esta), de la siguiente manera: El límite mínimo se acrecienta en una tercera parte, así: 24 meses + 8 (1/3)= 32 meses de prisión. El límite máximo queda así: 96 meses + 32 (1/3)= 128 meses. El marco punitivo concreto es entre 32 y 128 meses de prisión, con un margen punitivo de 96 meses. En dicho margen, el juez procede a individualizar la pena aplicable conforme al Art. 61 *ibídem*. En cuanto a la multa acompañante (también incrementada por la L. 890/2004, Art. 14), su marco penal es entre 66,666 y 1333,333 s.m.m.l.v., que se individualiza conforme al Art. 39, num. 3. En dicho margen el juez procede a determinar la pena correspondiente, según el Art. 61 *ibídem*.

Efectuado el procedimiento anterior, el juez divide el margen punitivo (96 meses) en cuartos conforme al Art. 61, y cada cuarto queda en un quantum de 24 meses de prisión, así: el primer cuarto de 32 a 56 meses de prisión, los medios de 56 a 104 meses; y, el último de 104 meses a 128 meses de prisión. Luego, el juez determina conforme el inc. 2.º *ibídem* el cuarto aplicable en el cual habrá de individualizar la pena en concreta. De este modo, el sentenciador debe individualizar la pena en el primer cuarto,

³¹ Desde luego, parte de la doctrina considera que la pena aplicable al delito continuado no debería sobrepasar la penalidad dispuesta para el delito único; el incremento punitivo sólo tendría razón de ser si se considera que la continuación es una hipótesis de pluralidad de delitos. Vid. REYES ALVARADO, *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 236. En este sentido, Los CP de EL SALVADOR, Art. 72: “[...] [e]n caso de delito continuado se sancionará al culpable por un único delito, con el máximo de la pena prevista para éste” Y PERÚ, Art. 49: “[...] la pena correspondiente al más grave”.

cuando no existan circunstancias agravantes ni atenuantes o solo concurren atenuantes [CP, Arts. 55 y 58]; en los cuartos medios, cuando se presentaren agravantes y atenuantes; y. en el último cuarto, cuando sólo haya agravantes genéricas. Verificado el cuarto (en el ejemplo el primero de 32 a 56 meses de prisión), el Juez debe fijar la sanción concreta, según el inc. 3º *ibídem*, con base en el grado de injusto, el grado de culpabilidad, la necesidad de pena y la función que la ella ha de cumplir en el caso concreto, según razones preventivas (en el marco de la prevención).

Dicho lo cual, no hay duda en el sentido de que la mayoría de los casos tendrían un castigo elevado atendido el diseño del sistema de individualización de la pena colombiano, que podría ser menos severa si en algunos supuestos se aplican las normas del concurso real o ideal de tipos, en los cuales el juez puede imponer una sanción cercana a la correspondiente por el delito concreto ya individualizada, sin superar la aplicación de la agravante por arriba de la tercera parte de la pena más severa.

Así lo indica, con acierto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “el codificador parece olvidar que estos casos son verdaderos eventos de progresión delictiva sancionables con la pena indicada por la norma respectiva, tal como sucede con algunos tipos que en la parte especial recogen casos de continuidad delictiva (confróntese artículos 246, 277, 278, 297, 298, 299, 300 y 316, etc.), y que se debe destinar el incremento solo para hipótesis graves (situaciones que recaen sobre sujeto pasivo plural en tratándose de bienes jurídicos “no altamente personales”)”³².

Por ello, el mismo autor³³ propone, en materia de punibilidad, que: A) si se trata de casos de delito continuado “—incluida la modalidad de la conducta que recae sobre un mismo sujeto pasivo en tratándose de un bien jurídico altamente personal— se impone la pena prevista en la parte especial para la figura, pues se trata de un caso de “unidad real de conducta finalmente dirigida”. B) El delito continuado con sujeto activo plural que recaiga sobre bienes jurídicos personalismos, debe ser sancionado como lo que es, una

³² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, 3ª ed., *ob. cit.*, p. 508.

³³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 133, 164 y 165.

hipótesis de concurso ideal homogéneo. C) El delito masa y el delito continuado con sujetos pasivos plurales en los cuales se ven afectados bienes jurídicos personales o colectivos, admiten la aplicación de la agravante prevista en el párrafo del Art. 31 del CP.

Esta crítica es atribuible al sistema general de individualización de la pena³⁴ al disponer una fórmula discrecional muy flexible que, acompañada por los amplios márgenes que caracterizan las normas penales, constituye un campo abierto para la inseguridad jurídica. De todas maneras, debe tenerse en cuenta que la pena puntual no puede sobrepasar el límite punitivo que supone el principio acumulativo, como límite máximo de cualquier consecuencia jurídica en el ordenamiento penal, con independencia de la opción que asuma el operador jurídico en materia de continuación. Lo anterior, no sólo constituye una regla de justicia, sino un límite material tácito referido a la culpabilidad, que no se puede desconocer³⁵.

Para terminar, cabe preguntar si en el ordenamiento colombiano, como ocurre en el español en materia de infracciones contra el patrimonio económico, debe tenerse en cuenta o no, para efectos de determinar la pena a imponer, el criterio del daño total causado por la conducta continuada. La respuesta es afirmativa, pues tal directriz sirve para determinar entre delitos más y menos graves, cuya punibilidad básica aplicable (como delito continuado) dependa de la cuantía total de la infracción —inferior o superior a 10 s.m.m.l.v.— en algunos delitos como, por ejemplo: Hurto (Art. 239, incs. 1.º y 2.º), Estafa (Art. 246, incs. 1.º y 3.º), Abuso de confianza (Art. 249, incs. 1.º y 2.º), Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (Art. 252, incs. 1.º y 2.º), Daño en bien ajeno (Art. 265, incs. 1.º y 2.º) y la circunstancia agravante para el capítulo del Art. 267.1, por la que se agrava la sanción de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se comete sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien s.m.m.l.v. Ello, no empero, que el daño o perjuicio total causado con la infracción, constituya un criterio

³⁴ Vid. sobre las críticas al sistema de individualización del Art. 61, POSADA MAYA y OTRO, *El sistema...*, *ob. cit.*, pp. 431 y ss.

³⁵ Dicho límite, por ejemplo, es reconocido de *lege ferenda* por el Art. 81 del CPit, cuando menciona que tanto en el concurso formal como en la continuación, la pena no puede ser superior a aquella que sería aplicable según el Art. 71 *ibíd.*, que regula la acumulación material de penas.

específico de individualización de la pena pecuniaria de multa, según lo dispone el Art. 39, num. 3 *ibídem*.

Así lo expresó la CSJ PENAL, por ejemplo, en sent. del 16.12.1999, e16554, J. CÓRDOBA, cuando en una hipótesis de hurto agravado por la confianza y la cuantía, indicó: “[c]omo bien puede apreciarse, los actos se prolongaron en el tiempo y obedecieron a una idéntica estrategia, además que tanto el autor como la víctima fueron los mismos en cada caso, permitiendo deducir que el propósito de [...] estaba encaminado a atentar contra el patrimonio de la citada firma, lo que logró a través de una pluralidad de actos reiterados en el tiempo, con unidad de fin. Por lo tanto, el proceder del imputado debe asumirse como una única conducta de hurto, cuya cuantía supera los diez salarios mínimos legales vigentes para el año de 1998 (\$ 203.826), concluyéndose, entonces, que se está frente a un delito y no a una contravención especial” (subrayado por fuera del texto original).

En el mismo sentido la CSJ PENAL, sent. del 26.09.2002, e12530, E. LOMBANA, señaló: “[...] cada una de las sustracciones cometidas por los empleados de ese establecimiento comercial demuestra en ellos un dolo único, la unidad del fin que se propusieron y un designio común, elementos constitutivos de una sola conducta punible de hurto, pero manifestada en multiplicidad de actos ejecutivos. En tales circunstancias, no es factible endilgar concurso de delitos, pues el ilícito es uno solo, y la cuantía, para todo efecto, es la que resulte al sumar el valor las apropiaciones parciales. [...] doctrina y jurisprudencia avanzaron en el desarrollo del concepto de unidad de acción típica, relativa a la conducta única con relevancia jurídico penal, aunque con diversos actos ejecutivos, identificable por el plan ideado y por la finalidad, para enfrentar los problemas de tipicidad, antijuridicidad y aún de culpabilidad que planteaban la realidad procesal [...] Se trata, por consiguiente, de un único hurto, vale decir, de una sola conducta típica — aunque compuesta de varios actos ejecutivos o varias acciones naturalmente consideradas—”. Reiterada por la CSJ PENAL, sent. del 13.02.2008,

e25.032, M. GONZÁLEZ DE LEMOS, *GJ*, acta 028 y sent. del 29.10.2003, e15768, J. ZAPATA, entre otras³⁶.

³⁶ *Cfr.* CSJ PENAL, sent. del 13.02.2008, e25032, M. GONZÁLEZ DE LEMOS; CSJ PENAL, sent. del 18.12.2000, C. GÁLVEZ, Acta 211, La Corte entra analizar el supuesto fraccionamiento de las conductas, en la medida en que se pretendía que la cuantía de las distintas actuaciones no configuraba un único delito, sino una multiplicidad de contravenciones. [Con antecedentes en CSJ PENAL, sent. del 03.12.1996, C. GÁLVEZ; sent. 29.06.1993, M. MANTILLA y sent. 07.10.1999, Á. PÉREZ].

X. CONCLUSIONES

Analizados los lineamientos necesarios y fundamentales para desarrollar de forma coherente la institución del delito continuado, es pertinente dejar plasmadas las conclusiones de la presente incursión académica, entendidas como simples puntos de acuerdo según la posición que se ha adoptado y a partir, por supuesto, de la existencia de modelos teóricos tan opuestos como el español y el colombiano. Ello, sin perjuicio de sumar las síntesis particulares señaladas en cada tema y que, por su especificidad, no es necesario exponer aquí.

1ª. El estudio realizado demuestra, sin duda, que delito continuado es una institución compleja que, desde el punto de vista histórico, ha sido desarrollada a partir de dos aspectos distintos aunque complementarios: por una parte, es una institución sustantiva cuya naturaleza legal exige un desarrollo teórico y dogmático sólido, que permita determinar con seguridad jurídica sus elementos fundamentales y sus límites político-criminales, sobre todo frente a otras instituciones jurídicas como el concurso real de tipicidades es de particular importancia la teoría de la unidad y pluralidad de acciones); hoy, pues, es improcedente definir el delito continuado como si fuese sólo una figura de carácter jurisprudencial o un simple problema de interpretación de la ley penal vigente.

Por la otra parte, el delito continuado es una solución punitiva para ciertas formas seriadas de realización del tipo penal, precedidas por una unidad de acción en sentido amplio (unidad ontológico-normativa o proceso ejecutivo unitario), que en ningún caso está desligada de su naturaleza sustantiva unitaria (injusto unitario progresivo). De hecho, el gran fracaso de la doctrina penal al explicar la naturaleza del delito continuado radica, justo es decirlo, en haber hecho énfasis selectivo en uno u otro aspecto según la finalidad del intérprete (p. ej.: la teoría de la ficción, hizo referencia exclusiva a los aspectos penológicos, mientras que la teoría de la realidad subrayó aspectos sustantivos de naturaleza subjetiva). En fin, una adecuada explicación del delito continuado requiere tanto de aspectos sustantivos

como penológicos, que permitan una construcción teórica flexible pero cierta, susceptible de correcciones político-criminales a la hora de aplicar la figura en la práctica de los tribunales.

Por ello, a aquellos sectores doctrinales que demandan la abrogación del delito continuado o señalan la necesidad de su inaplicación jurídica, se les puede objetar que la figura está hoy más viva que nunca. Para poner un ejemplo cercano, sólo en Iberoamérica está prevista en los códigos penales de más de 14 países (desde España y Portugal, hasta la Argentina) y sólo en España, el TS resuelve más de 100 casos anuales sobre la materia. De este modo, quienes exigen una explicación político-criminal más contundente, deberían pedir en vez de ello mayor claridad dogmática, pues las razones de conveniencia y de realidad jurídica superan cualquier expectativa teórica.

2ª. También, la investigación llevada a cabo permite concluir de manera coherente y reiterada, que la doctrina penal exige una fundamentación intrasistemática o sustantiva para la figura del delito continuado al tiempo que rechaza, de forma consistente y selectiva, aquellas teorías que lo explican como una institución “*quad modus poenam*”, que se basa sólo en razones extra sistemáticas (utilitaristas o de *favor rei*, humanitarias o *pietatis causa*, procesales, etcétera). El fracaso de estas justificaciones (como razones exclusivas) ha sido demostrado con amplitud al exponer la evolución histórica de la figura, en particular en el contexto del ordenamiento penal moderno —recuérdese lo expresado por el Gran Senado del BGH Alemán, Auto del 03.05.1994 (fto. núm. 2)—. El problema, en realidad, es que los ordenamientos jurídicos no han sido coherentes con el fundamento de la figura, a la hora de precisar las reglas jurídicas y las consecuencias penales. Por ejemplo: sería absurdo afirmar que la institución tiene un soporte *pietatis causa* como unidad delictiva, cuando ella lleva aparejada una penalidad superior a la de las figuras concursales.

La exigencia de construir un fundamento dogmático para el instituto del delito continuado es lógica, cuando se advierte que su punibilidad tiene como límite la culpabilidad por el hecho seriado y, cómo fundamento, el

verdadero hecho material injusto según los correspondientes desvalores que estructuran la teoría material del delito (desvalores de acción y de resultado). En la actualidad, el instituto estudiado no se puede explicar como si cumpliera las mismas funciones de los sistemas de asperación o absorción agravada limitadas en el plano jurídico, respecto de la morigeración del sistema de punibilidad cumulativo dispuesto para el concurso real de tipicidades (sistema de acumulación cuya crisis pocos ponen en duda).

Es más, el basamento de esta construcción académica con base en argumentos dogmáticos (injusto y culpabilidad), supone una interpretación material más restringida que aquellas otras interpretaciones derivadas de una explicación extrasistemática (criminológicas o político-criminales). De este modo, pues, el fundamento buscado por su injusto y culpabilidad impide asumir posturas ambiguas que —amparadas en la discrecionalidad reglada— le permitan al juzgador aplicar el instituto según la conveniencia del caso concreto.

3ª. La dualidad sustantiva y punitiva antes mencionada, requiere que para poder hacer un análisis depurado del instituto en estudio se deba distinguir entre el ámbito y los efectos propios de la teoría de la unidad y pluralidad de conductas y la teoría de la unidad y la pluralidad de tipicidades, como se intenta a lo largo de la exposición. Se trata, pues, de una diferencia sistemática y metodológica que permite determinar, de forma mucho más afortunada, los límites que le corresponden a la continuación respecto de otras figuras que también representan soluciones penológicas a determinados supuestos sustantivos como, por ejemplo, el concurso ideal de tipos o el concurso real.

Es más, con tal punto de partida debe ser posible deslegitimar —de una vez por todas— las peligrosas modalidades de indeterminación que plantea un buen sector de la doctrina, como elemento imprescindible para aplicar el delito continuado y las meras consideraciones pragmáticas sobre algunos elementos del mismo y el delito masa, que resultan contrarias a principios y

garantías constitucionales y legales tan importantes como el *in dubio pro reo* o la presunción de inocencia.

4ª. Respecto a la idea de acción o conducta, se afirma en el texto que no resulta necesario erigir un concepto diferencial para la teoría de la unidad y pluralidad de conductas típicas, pues la concepción de la conducta humana final-social —compuesta por diversos actos— es funcional, tanto como presupuesto de la teoría del delito en un primer nivel de existencia y relevancia, como en un segundo nivel de análisis más amplio, referido a su configuración como unidad o pluralidad de cara al sentido social y contextual de la acción u omisión que se correspondería, en relación de identidad aparente, con el sentido contextual del tipo penal —sin que ella sea determinada desde la perspectiva típica—. Así mismo, las expresiones (hecho y acción – unidad de hecho y unidad de acción; pluralidad de hechos y acciones) como una o varias conductas complejas dirigidas en forma voluntaria, se entienden como conceptos sinónimos en la legislación penal vigente, tanto española como colombiana.

También, el trabajo descarta que el número de resultados, de lesiones a los bienes jurídicos o de infracciones típicas, sean criterios jurídicos que permitan definir con bases científicas el número de acciones realizadas por el autor. Además, queda claro que la norma jurídico-penal, entendida como norma de determinación, no prohíbe o manda la realización de resultados materiales que permitan determinar el número de acciones que la vulneran, sino que prohíbe conductas finales que puedan lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal. Ello es adecuado frente a un Derecho penal de acto y respeta las consideraciones que se desprendan de los principios de culpabilidad y *ne bis in idem*.

5ª. Con tales premisas, se puede afirmar que constituye una conducta única en sentido jurídico la realización simple de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate, mediante un solo comportamiento continuo —conformado por uno o varios movimientos o actos fisiológicos— que impliquen unidad de voluntad final. Por ello, en el texto

se considera que la acción-decisión compleja es el componente básico mínimo de las diversas formas de unidad de conducta relevante en el nivel de la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades.

No obstante, así lo muestra esta exploración académica, para la doctrina mayoritaria el delito continuado se manifiesta como una pluralidad de acciones naturales, es decir, como acción decisión compuesta por un único movimiento muscular; este punto de partida es, en todo caso, comparable con las antiguas concepciones del concurso real que prescinden de la ley de la complejidad en el entendimiento de la conducta relevante desde la perspectiva penal. En realidad, si la acción naturalística no es un concepto aceptable para explicar la acción jurídico-penal, tampoco parece admisible en la actualidad para explicar los presupuestos ontológicos del delito continuado, es decir, como una pluralidad puramente ontológica de acciones independientes. Ello, añádase, tampoco se compadece con la moderna teoría del concurso de tipicidades. Por tal motivo, es preferible que este presupuesto del delito continuado sea presentado como una unidad de acción que supone una especial forma o modalidad de realización seriada del tipo penal.

Por ello, con base en lo planteado por un muy respetable sector de la Ciencia penal moderna, esta incursión dogmática y político-criminal llega a la conclusión de que la teoría ontológico-normativa (final y social) resulta satisfactoria para determinar un concepto de unidad de acción, que permita explicar tanto los supuestos de la continuación delictiva como aquellos de concurso ideal de tipos no precedidos por acciones únicas o naturales. Pero no sólo ello, sino también debe poder distinguir los casos de concurso ideal de las hipótesis de concurso real, desde el punto de vista sustantivo y penológico.

En este orden de ideas, y así se ha propuesto aquí, para verificar una unidad de conducta ontológico-normativa en el delito continuado (unidad en sentido amplio), el intérprete debe confrontar —a modo de prognosis— si los actos ejecutivos parciales realizados por el autor con unidad de fin (aspecto ontológico), se pueden o no considerar descriptivamente, desde la

perspectiva social, como un *único proceso ejecutivo material* (sin ser determinado desde el punto de vista típico), así entre los actos ejecutivos exista solución de continuidad. Y, *en segunda instancia*, en sede de tipicidad, si dicho proceso unitario *se corresponde o se pueden tener o no, de modo prescriptivo, como la realización del contexto situacional final-social* de acción u omisión que requiere formal y materialmente el hecho concreto, que tiene como referente el bien jurídico tutelado. Proceso ejecutivo unitario que comporta un solo injusto material en sentido normativo.

En un principio, como se ha dicho, ello permite descartar la presencia de otras figuras delictivas unitarias como las de los delitos únicos o aquellas que también comportan la realización iterativa del mismo tipo penal, pero precedidas por una unidad de acción en sentido estricto; también, la existencia de concursos ideales precedidos por unidades naturales de acción o de conductas únicas.

Con ello, se descartan aquellas posturas jurídicas de naturaleza subjetiva que configuran el delito continuado con base exclusiva en la finalidad del autor —de tal suerte que solo sea su finalidad, la que permita unificar la acción en sentido amplio—y, viceversa, quedan excluidas las posturas sólo jurídicas u objetivas, que no tienen en cuenta el plan del autor para determinar la unidad de la acción continuada. Por ello, en la exposición se precisa que cuando el Art. 74 del CPE utiliza la expresión “pluralidad de acciones u omisiones”, ello no significa otra cosa que la determinación de los requisitos ontológicos para construir en sentido legal la acción propia del delito continuado en el ordenamiento español, también denominada por la doctrina penal como acción continuada. Así, el delito continuado está precedido por una unidad de acción cuyos actos individuales (completos desde una perspectiva unitaria) serían actos parciales que, en su conjunto y al cumplir los demás requisitos legales, determinan dicha unidad. Así las cosas, sólo si se entiende así el Art. 74 CPE, se puede ser coherente con el principio de unidad (sustantiva, procesal y penológica) que rige la figura en estudio. Se trata, pues, de una unidad de conducta similar a la que rige en el ámbito del delito permanente o en el del habitual.

En definitiva, esta unidad de acción en sentido amplio comienza donde terminan los eventos de acción única en sentido estricto o natural —como sucede en los casos de acciones que afectan el mismo delito, sin una solución de continuidad temporal y espacial razonable; o en eventos de realización iterativa del mismo tipo penal, p. ej.: la sucesiva penetración de la víctima por vía vaginal y anal, el apoderamiento de los efectos personales de los pasajeros de un mismo autobús, una operación de aborto— y excluye aquellas situaciones que suponen la realización de una acción única (pluralidad de actos ontológicos sin solución de continuidad temporal y espacial) o una unidad típica de acción propia (cuando el legislador así lo decide desde la perspectiva típica, porque no importa que se realice una pluralidad de acciones incluso inconexas entre sí) o impropia (si se trata de tipos con verbos rectores amplios que supongan la realización conexa de una pluralidad de acciones). Además, dicha unidad en sentido amplio termina cuando sea posible verificar una pluralidad de acciones en sentido jurídico —no ontológico— que supongan la completa independencia de los actos ontológicos en la producción de varias infracciones típicas independientes entre sí.

6ª. Lo ya dicho, supone dos consideraciones: a) la pluralidad de conductas y la unidad de acción en sentido amplio (proceso ejecutivo unitario) no son conceptos análogos que tengan la misma naturaleza negativa. Por ello, se trata de conceptos ontológico-normativos regidos por el principio de alteridad sustantiva (desvalor de acción), aun cuando ambas puedan implicar en sentido fisiológico-causal una pluralidad de actos naturalísticos diferenciables. De hecho, la exclusión de la conducta única, de la unidad de conducta en sentido estricto y de la unidad de conducta en sentido amplio, tendrán como consecuencia lógica común apreciar una pluralidad de conductas, según ya se ha indicado en el acápite respectivo. Algo que, desde la perspectiva sistemática, resulta distinto al número de tipicidades (porque la cantidad de acciones no determina el número de tipicidades y viceversa), pues la pluralidad de conductas luego puede implicar la existencia de un concurso real de tipicidades y la unidad de acción en

sentido amplio un concurso ideal o un delito continuado, según la naturaleza del bien jurídico afectado.

Y, b) la conducta única, la unidad de conducta ejecutiva y el proceso ejecutivo unitario, son conceptos que pertenecen —en sentido valorativo— a una misma categoría: la unidad de acción ontológico-normativa. Ello supone concebir concepciones que no se rigen por la alteridad o la subsidiariedad¹, sino por la alternatividad que se deriva de su propia estructura material, por lo cual la aplicación de una u otra categoría no se da por exclusión, sino en virtud de la interferencia que suponen entre sí, en razón de la estrechez o amplitud valorativa para abarcar la conducta objeto de valoración típica. En otras palabras: los grados de unidad son objeto de adecuación que se solapan entre sí, desde el rango de la unidad de conducta más amplia hasta el rango de la conducta única. Así las cosas, la inaplicabilidad de la unidad de acción para dar cabida a una conducta única sólo supone reconocer los verdaderos presupuestos objetivos y subjetivos de la clase de unidad, sin salirse de la valoración de la unidad, según se ha dejado sentado en la exposición.

7ª También, a lo largo de esta incursión académica se ha dejado en claro que una vez verificado el sustrato ontológico-normativo (final-social) de la continuación delictiva, es necesario verificar, como se dijo, “la naturaleza del hecho infringido”, es decir, si se cumplen los requisitos normativos (prescriptivos) y sociales necesarios para aplicar la unificación típica del proceso unitario que caracteriza la continuación, en tratándose de hechos que comportan la realización seriada de actos parciales que impliquen la afectación de un mismo bien jurídico que admitan lesiones progresivas, unificables desde la perspectiva valorativa, todo ello desde el punto de vista del injusto penal.

¹ Expresa el sentir de la doctrina mayoritaria CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 143, cuando apunta: “[...] cabe hablar de una aplicación subsidiaria de la conexión de continuidad”. En cualquier caso, si lo que se busca es la autonomía de la acción continuada respecto de otras figuras (de conducta) unitarias, no parece que a ello contribuya su concepción como figura subsidiaria, sino más bien como figura alterna o especial en el género de la unidad ontológico-normativa.

Esta perspectiva de análisis supone distinguir la categoría de la progresión del injusto y la de la exigencia de afectar bienes jurídicos que admitan afectaciones cumulativas o intensificaciones cuantitativas. En verdad, pretender exigir que el delito continuado siempre tenga que afectar bienes jurídicos que admitan intensificaciones cuantitativas, supone: (i) limitar y excluir afectaciones progresivas que no vulneren bienes jurídicos cuyas lesiones sean cumulativas, como sucede en las hipótesis de falsedad documental, que suponen lesiones progresivas pero no acumulables en forma cuantitativa; ii) limitar el delito continuado a las hipótesis de naturaleza patrimonial; y iii) conllevaría utilizar como pretexto la naturaleza del bien jurídico, para imponer limitaciones dudosas a la institución, cuando desde la perspectiva político-criminal ésta se puede aplicar en un contexto mucho más amplio.

En este punto, y así lo reafirma el texto, las consideraciones político-criminales son fundamentales, no sólo porque resulta obligado atender a aquellas razones derivadas de la naturaleza de los bienes jurídicos infringidos sino, también, porque es necesario verificar que no existen impedimentos normativos para aplicar dicha unificación, desde la perspectiva de los principios de *ne bis in idem* y de la valoración total del hecho injusto (axiomas que materializa el aparente concurso de tipicidades). En caso contrario, si en el primer nivel no es posible advertir una unidad de acción en sus distintos grados y cuando, en el segundo, sea necesario aplicar de forma conjunta las diversas infracciones a la ley penal, conforme a las reglas del aparente concurso de tipicidades (hechos posteriores y anteriores impunes), resultan aplicables de forma residual las reglas punitivas del concurso real o material de delitos y las normas sobre concursos materiales posteriores (acumulación jurídica y procesal de penas).

En este sentido, se debe aplicar de forma consecuente la normativa sobre concurso ideal de tipos (unidad de conducta en sentido estricto o amplio y pluralidad de infracciones). Además, se puede afirmar que el concurso real de tipicidades (verdadera conjunción de delitos sin base sustantiva) no es imprescindible para solucionar desde el punto de vista punitivo todos los posibles eventos que —desde una perspectiva ontológico-normativa—

constituyan un delito continuado sustantivo (por su estructura material) o un concurso ideal de tipicidades como verdadera concurrencia sustantiva de infracciones gobernadas por una conducta unitaria o única.

8ª. De igual forma, a lo largo de la exposición se ha hecho hincapié en lo siguiente: sostener que el Art. 74 CPE es contrario a una concepto unitario de acción (en sentido ontológico-normativo), sería desconocer que el concepto de acción no sólo es jurídico sino, también, que la unificación jurídica de la infracción supone en todo caso un único objeto comportamental de valoración, aunque este lo sea en sentido amplio; dicho objeto supone, sin duda, la diferencia entre el delito continuado y el concurso real de tipicidades.

Además, es necesario insistir en que dicho proceso unitario ejecutivo (como objeto unitario de valoración), al ser parte del nivel de análisis propio de la teoría de la unidad y pluralidad de conductas, no resulta determinado o fragmentado por la naturaleza o número de violaciones contra el bien jurídico (aunque sí por su identidad), según se ha dejado expuesto en su lugar. Dicho efecto solo es posible en el nivel de análisis de la unidad o pluralidad de infracciones, aplicado de modo particular mediante los criterios de “completa valoración del injusto” y “*ne bis in idem*”, cuando se trata de distinguir entre un delito único y una pluralidad de delitos, mediante los criterios hermenéuticos del aparente concurso de tipicidades. Por supuesto, el delito continuado no escapa, como sucede con otras figuras jurídico-penales como el delito permanente y el delito habitual, al filtro material a los criterios de la aplicación de la ley penal especial.

Por lo demás, la investigación ha sido clara al demostrar como la doctrina mayoritaria indica que la lesión de bienes jurídicos «altamente personales» como la vida, la integridad personal, la libertad, el DIH, etcétera, determina una pluralidad de infracciones típicas; pero no fija, de manera axiomática o indiscutible, una pluralidad de conductas activas u omisivas. En estos casos se conviene que la imposibilidad de unificación típica del delito continuado (unificación normativa de la infracción progresiva en un injusto unitario), al

no afectar el análisis previo de la unidad de acción en sentido amplio — incluso si se considera en el plano teórico como parte de la tipicidad continuada—, supone aplicar un concurso ideal homogéneo de tipicidades. La aplicación de un concurso real en estos supuestos implica desestructurar la unidad de acción, lo que impone afirmar no sólo que la teoría de la unidad de acción tiene validez sistemática parcial sino, también, que la desestructuración de la unidad de acción se puede realizar de forma válida por razones utilitaristas y penológicas, es decir, para imponer una penalidad superior que *a priori* no está soportada por razones materiales o sustantivas.

En fin, afirmar que la acción continuada es una unidad de acción en sentido amplio supone dar importancia, como elemento constitutivo de la figura, a la relación espacio temporal entre los distintos actos seriados. Al respecto, se ha dejado sentado que dicho elemento ha tenido dos sentidos, aunque ninguno de ellos como elemento constitutivo de la acción: el primero, desde una perspectiva pedagógica, para distinguir —como lo hace la doctrina mayoritaria— entre los supuestos de unidad de acción en sentido estricto o “natural” y la unidad de acción en sentido amplio o acción continuada. Pero, se reitera que tal distinción es sólo aparente cuando se entiende su segundo sentido, es decir, como límite para la unificación subjetiva de la continuación en el sentido de impedir estructurar el “dolo conjunto” cuando las actuaciones del sujeto supongan espacios temporal excesivos; y, por supuesto, para determinar la estructura propia de la unidad de acción que se configure en cada caso.

9ª. De conformidad con lo anterior, la unidad por continuación denota la existencia real de una figura delictiva caracterizada por un nexo de continuidad o de dependencia, una forma de realización seriada o progresiva del tipo penal proyectada por la unidad de fin del autor, cuya estructura y naturaleza implican, aparte de la unidad de acción final en los términos expuestos, una integración normativa típica (injusto unitario) como se plasmó en el acápite respectivo de esta exposición.

Por ello, mientras que la unidad de conducta en sentido amplio implica que los diversos actos ejecutivos parciales realizados por el agente (proceso ejecutivo unitario) sean comprendidos final y socialmente como un único comportamiento progresivo (objeto de valoración); el elemento normativo permite, por su parte, cumplidas las exigencias de unidad relativa de tipo infringido y lesión de un mismo bien jurídico que admita progresiones de afectación, la formación de un injusto unitario, que descarta la presencia de una aparente pluralidad de tipicidades. Todo ello, sin olvidar el elemento subjetivo que caracteriza la figura frente a otras instituciones. De este modo, una vez descartada la aparente serie de conductas independientes y la existencia de diversas tipicidades, el delito continuado involucra un verdadero delito único por la existencia de un injusto material progresivo, y no una pluralidad que es “tratada” desde el punto de vista punitivo como un solo hecho. Ello implica abordar de forma coherente, sin malabarismos y en atención a su verdadera naturaleza, los diferentes problemas jurídicos y procesales que proyecta la figura.

De este modo, y así se dijo en su momento, no resultan del todo satisfactorias aquellas posturas que explican la continuación como una unificación que tiene lugar desde un punto de vista sólo jurídico, o una extensión o ampliación normativa del concepto de unidad típica de acción. Un punto de vista objetivo u objetivado que matiza la consideración del elemento subjetivo, al momento de configurar la institución objeto de análisis, por lo cual sólo le resta afirmar que una simple interpretación gramatical del tipo no permite explicar un delito cuyo presupuesto natural es el concurso real, por no existir en ningún caso varios actos parciales ejecutivos sino una serie de acciones típicas completas que se unifican desde la perspectiva jurídica —al final de forma artificial o ficticia—, una vez verificado el nexo entre las distintas acciones realizadas mediante una “razonable” conexión situacional y temporal indiciaria, a su vez, de cierta homogeneidad motivacional

Por tal razón, se trata de una metodología que incrementa el factor de “casualidad” y el poder discrecional de configuración del juez, no sólo en materia de unidad de acción sino, por añadidura, para establecer cuándo se

presenta un delito único continuado o una pluralidad de delitos. De todas formas, ya se afirmó que la valoración del sentido del tipo (elemento normativo), para confirmar si una serie de actos parciales pueden considerarse como un único proceso ejecutivo unitario, no consiste solo en verificar si la conexión fáctica entre las conexiones es reducida o no. De hecho, no se puede olvidar que la conexión temporal de los actos sirve como elemento accesorio o secundario en el delito continuado. Con tal punto de partida, pues, so pretexto de ampliar o dotar de sentido jurídico la institución, se esconden bajo el tapete los problemas de inseguridad jurídica que al final no se logran solucionar por esta vía.

10ª. Además, la naturaleza sustantiva del delito continuado justifica la imposición de una penalidad unitaria que, en ningún caso, supone una sanción que implique la derogación de la normativa concursal sobre la materia. Por ello, si se quiere ser coherente con el principio de unidad sustantiva y procesal que implica el delito continuado, es necesario afirmar que la unidad punitiva que sobrelleva la institución obedece a cierta forma de estimar los desvalores de acción, resultado y culpabilidad que suponen los actos parciales que resultan incluidos —en virtud del nexo de continuación— en la unidad de acción en sentido amplio que, al adecuarse al mismo tipo penal de manera fraccionada, implica un injusto progresivo o seriado.

Desde luego, ello implica afirmar que la penalidad del delito continuado supone una apreciación conjunta de los “hechos parciales” (por su naturaleza incompatible con las teorías de la ficción relativa y derivadas, que parten de la idea de valoraciones penológicas y típicas individuales), que valore por completo el alcance material de lesividad y culpabilidad del hecho continuado realizado por el autor.

De igual manera, en el texto de esta investigación se ha afirmado que la continuación delictiva constituye una modalidad de infracción penal única e independiente, una forma de realización ontológico-normativa del mismo tipo penal o uno similar, compuesta por diversos actos seriados que son

partes de ese todo y del injusto progresivo que resulta. Luego, lo que de verdad interesa desde esta postura jurídica no es mirar la cuantía de cada acto particular como si se tratara de una infracción independiente (lo que sólo tendrá relevancia para los tipos modificados agravados), sino determinar la defraudación causada por la unidad de conducta como un todo, para precisar la punibilidad aplicable según la ley como delito o falta a la continuación de una modalidad típica patrimonial continuada, según el criterio del perjuicio patrimonial realizado por el autor. Por ello, no son de recibo aquellas posturas contrarias, incluso a la jurisprudencia más reciente y reiterada tanto en España como en Colombia, que afirman: “[l]a reiteración de realizaciones típicas similares de escasa lesividad social no ha de producir, mediante su acumulación, un daño social más grave y justificar un cambio de tal envergadura en la calificación jurídica del hecho. Una pluralidad de acciones constitutivas de falta, aunque realicen el mismo tipo y se conecten subjetivamente, no puede dar lugar a un delito continuado, pues el tipo de delito no está pensado para sancionar comportamientos de escasa lesividad”².

11^a. También, a lo largo de esta exposición se ha sentado la premisa en virtud de la cual la relación entre concurso de tipos y el instituto del delito continuado debe tomar como punto de referencia la naturaleza jurídica del último, ello es, el delito único; la opción inversa es fuente de confusiones, pues no se puede explicar de forma coherente el delito continuado, a partir de la naturaleza jurídica de otras instituciones (concursos) para luego afirmar que se trata, justo es decirlo, de una excepción a las mismas, es decir, como una simple reconducción de tipicidades al ámbito de la unidad, en contravía del sentido que ya tiene con anterioridad: la unidad de acción e infracción.

El punto central del debate se finca, por supuesto, en que la diferencia entre las modalidades concursales (concurso real e ideal) no debe ser el límite mínimo (conducta única) sino el máximo que representa la unidad de conducta, equivalente valorativo a la unidad de hecho en los términos antes

² CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, ob. cit., p. 434.

expuestos. De este modo, el concurso de tipos sería una genuina excepción a los casos de unidad de conducta que componen la constelación de instituciones que se pueden agrupar bajo la denominación de “delitos únicos”. Como es natural, ello supone desestimar la teoría de la unidad frente al concurso ideal de tipos. Por lo demás, la consideración de cuándo una conducta pueda ser apreciada o no como una hipótesis de delito único, depende de la teoría de la unidad o pluralidad de tipicidades, a las cuales deba adecuarse la acción única o la unidad de acción como límite máximo en el caso concreto, de conformidad con desvalor del hecho según la naturaleza del bien jurídico tutelado.

Pero además, según también se consignó en el acápite respectivo, lo dicho debe completarse con otra idea fundamental: los concursos no son conceptos fijos e inamovibles; si se considera que el único supuesto de concurrencia sustantiva de tipos es el concurso ideal, su amplitud ontológico-normativa depende en esencia de lo que se entienda por unidad de acción. Si ello así, el concurso real debe definirse de manera negativa, es decir, cuando no sea posible configurar un concurso ideal de tipos; con ello, gran parte de las antinomias en materia de punibilidad quedan resueltas de forma previa, pues la pena debe seguir una escala progresiva y no regresiva: de la unidad a la pluralidad de tipos.

12ª. Dicho lo anterior, el nexo de continuidad es la expresión de los factores objetivos, subjetivos y normativos de integración que permiten explicar el delito continuado para configurar, en la medida en que se cumplan, su esencia fundamental como unidad delictiva. De no presentarse entonces el mismo, no podrá predicarse el delito único; pero si subsiste la unidad de acción, sus supuestos estructurales pueden reconducirse al concurso ideal homogéneo de tipos. Desde esta perspectiva, aquí no se afirma que la continuación sea el cajón de sastre que abarca las hipótesis que no alcanzan otras categorías dogmáticas, si no que ésta tiene su propio espacio de aplicación. Sin duda, éste es el primer paso fundamental para lograr la anhelada seguridad jurídica, por la que aboga esta incursión sobre tal difícil problemática.

En este sentido, el delito continuado asume la lesión progresiva de bienes jurídicos no personalísimos y el concurso ideal homogéneo la afectación de bienes jurídicos “eminente­mente personales”, que no constituyan delitos permanentes. Tal reconducción implica reconocer a plenitud el concurso ideal de tipos homogéneo como una figura autónoma, y no como una mera construcción asimilada o dispuesta para las hipótesis de continuación cuya unidad típica no sea admisible por afectar bienes jurídicos “eminente­mente personales” (para olvidar, así, su posible relación con los delitos permanentes u otras instituciones que implican unidad de conducta). De igual forma, exige sostener que el delito continuado, en sede de las reglas de punibilidad, tiene su referente lógico en los supuestos de delito único, para aplicar en consecuencia las agravantes pertinentes; y no los casos de pluralidad delictiva a los que podrá ser reconducido, siempre que se cumplan los presupuestos típicos necesarios para ello (concurso ideal).

13^a. Las limitaciones jurídicas de la institución del delito continuado son en su mayoría de naturaleza político-criminal, salvo aquellas que provienen de la propia estructura normativa de la figura. La doctrina actual tiende a presentar dichas limitaciones como pruebas de la construcción artificial de la institución o como argumentos que posibilitarían su desaparición del derecho moderno, sin que ello sea cierto. Justo es decirlo, que el delito continuado no se pueda aplicar cuando se vulneran bienes jurídicos altamente personales obedece, no a la construcción artificial de la figura, sino a la consideración valorativa de los bienes jurídicos puestos en contexto con los mandatos de protección constitucional, social y político-criminal respecto de ciertos valores jurídicos vinculados de forma estrecha con la dignidad del ser humano, al menos en un Estado social y democrático de Derecho.

Cualquier excepción en esta materia, incluso respecto a varias afectaciones frente a un mismo titular (que demandan por fuera de la realización compleja simple del verbo rector, varias razones de protección normativa), comportaría un tratamiento punitivo que desnaturaliza dichos bienes jurídicos, tal y como sucede frente a la libertad sexual y el honor. Ello

comporta, así mismo, no respetar el orden de valoración e importancia político-criminal que el ordenamiento les ha otorgado, bajo el prisma del paradigma del Estado social y democrático de Derecho o, lo que es lo mismo, bajo un ordenamiento de índole personalista. Por ello, la doctrina dominante considera que la prohibición de aplicar el delito continuado cuando se afectan bienes jurídicos altamente personales, debe ser absoluta, salvo en ciertos sectores de la doctrina italiana tradicional, como se mostró con toda claridad cuando se abordó la materia. En este orden de ideas, la figura del delito continuado se reservaría para aquellas hipótesis delictivas que: (i) por su estructura admitan la continuidad; (ii) protejan bienes jurídicos que admitan afectaciones progresivas, tanto cuantitativas como cualitativas, a condición que no impliquen un menoscabo irreparable a la dignidad de la persona humana. De este modo, salvo previsiones de *lege data* puntuales [CPE, Art. 74.3], no se admite este instituto cuando se trate de delitos contra la vida y la integridad personal, la libertad personal o la libertad formación e indemnidad sexuales.

En realidad, pues, la justificación de tales excepciones supone una valoración utilitarista de la continuación, que le concibe como un instrumento intermedio, por una parte, para evitar aplicar un delito único sin la necesidad de reconocer la teoría de la unidad en el concurso ideal; y, por otra, para imponer una pena similar a la concursal, desde luego más grave que la correspondiente a la mera infracción, sin llegar al extremo punitivo del concurso real. Una postura que luego se plasmó en la ley y que resulta superable, cuando se advierte que la unidad de conducta en el concurso ideal no obliga considerar en todo caso un solo “delito”, sino varios tipos que pueden llegar a ser delictivos, sin exacerbar la teoría de la pluralidad.

14^a. Algún sector de la doctrina ha criticado de modo severo el instituto en estudio por la irregularidad de efectos que presenta respecto a diversas instituciones en el ámbito sustantivo (tentativa, participación, culpa, omisión, etcétera) y procesal (cosa juzgada, prescripción, amnistías, ley en el tiempo y en el espacio entre otras), incongruencias ocasionadas porque el

sistema está diseñado para la evaluación de actos individuales³ e independientes, como se dijo en su momento.

Desde luego, tal crítica no parece ser del todo cierta cuando se comprueba que la verdadera causa para que ello suceda es que ciertos sectores teóricos, a pesar de postular el principio de unidad sustantiva, procesal y punitiva de la continuación —como regla general—, asumen teorías que al fin de cuentas fundamentan la institución como si se tratara de una figura concursal (verdaderas teorías de la neo-ficción relativa *quad modus poenam*), que terminan por renunciar de manera excepcional y selectiva a la unidad punitiva que implica la institución, seleccionando de forma simultánea la naturaleza del delito continuado según la necesidad de evitar o no ciertos efectos indeseables para el procesado. Por ejemplo, si se trata de la prescripción el delito continuado es una infracción única, pero si se trata de la tentativa el delito continuado se torna en un concurso real de delitos. En concreto, se habla de “[...] renunciar, en el marco de las consecuencias jurídicas, al principio de la unidad de hecho, esencial a la idea del delito continuado”⁴. Obvio es decirlo, realizar este tipo de excepciones punitivas no se compadece con una institución que, con toda claridad, es explicable a partir de concepciones que la entienden como una realidad ontológico-normativa que obedece a razones sustantivas, es decir, afincadas en la necesidad de abarcar de forma completa el injusto progresivo y la culpabilidad de un único hecho delictivo realizado de manera fraccionada, de restringida aplicación dogmática.

³ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 435.

⁴ CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 435.

XI. BIBLIOGRAFÍA

1. AA. VV., Estudios de Derecho Penal General. El Concurso de Delitos—Culpabilidad, Bogotá, Ed. Jurídica Bolivariana, 1995.
2. AA. VV.: Lecciones de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
3. AA. VV.: Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
4. ABBAGNANO, NICOLA: Diccionario de filosofía, Alfredo N. Galletti (trad.), Santa fe de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.
5. ACEVEDO BLANCO, RAMÓN: Manual de Derecho Penal, Bogotá, Temis, 1983.
6. ADEN, MENNO: “Das ende der fortgesetzten Handlung”, en Juristenzeitung (JZ), Heft. 22, 1994, pp. 1109-1110.
7. AGUDELO BETANCUR, NÓDIER: Inimputabilidad y responsabilidad penal, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2007.
8. -----. Los “inimputables” frente a las causas de justificación e inculpabilidad, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2007.
9. -----. La inimputabilidad penal, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, La Constitución, 1994.
10. ALBRECHT, HANS-JÖRG: Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen: unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, die Geldstrafe im System strafrechtlicher Sanktionen, Berlin, Duncker & Humboldt, 1980.
11. ALIBRANDI, LUIGI: Il Codice Penale: Commentato per articolo con la giurisprudenza, Piacenza, La Tribuna, 2ª ed., 1993.
12. DI ALIMENA, BERNARDINO: Principii di Diritto Penale, Napoli, Luigi Pierro, 1910-1912.
13. -----. Principios de Derecho Penal, vol. I, Eugenio Cuello Calón (Trad. y notas), Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915.
14. ALTAVILLA, ENRICO et. al.: Trattato di Diritto Penale, t. 1, Parte Generale del Diritto penale coordinato da Eugenio Florian, 4ª ed.

- rinnovata in conformità al Codice Penale italiano vigente (1930), Milano, Francesco Vallardi, 1934.
15. AMADEO, SEBASTIÁN JOSÉ: *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Universidad, 2007.
 16. AMBROSETTI, ENRICO MARIO: *Problemi attuali in tema di reato continuato, Dalla novela del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 1991.
 17. ANGELUCCI, ALFREDO: “L’istituto della continuazione ed i reati colposi”, en *La Giustizia Penale (GP)*, 1966, t. II (LXXI-feb.), Roma, 1966, pp. 1026 y ss.
 18. ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 12. ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, Milano, A. Giuffrè, 1991.
 19. -----: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Trad. de la 8ª ed. italiana por Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Bogotá, Temis, 1988.
 20. -----: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Juan del Rosal y Ángel Torío (trads.), Buenos Aires, UTHEA, 1960.
 21. -----: “Se possa ammettersi continuazione ai sensi dell’art. 79 C.P. fra delitto consumato e tentativo e, particolarmente, fra omicidio consumato e omicidio tentato o mancato”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, III.II, 1912, Milano, F. Vallardi, 1912, pp. 531 y ss.
 22. ANTOLISEI, FRANCESCO y CONTI, LUIGI: *Istituzioni di Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 2000.
 23. ANTÓN ONECA, JOSÉ: *El Delito continuado*, Artículo publicado en el t. VI de la Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ), Barcelona, Francisco Seix, 1954, pp. 2-19.
 24. -----: *El Delito continuado*, Obras, t. I, Autores de Derecho Penal, E. A. Donna (Dir.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 171-218.
 25. -----: *Derecho Penal*, 2ª ed., Anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986.

26. ARAGÓN, ARCESIO: Elementos de Criminalología y Ciencia Penal, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934.
27. ARBOLEDA VALLEJO, MARIO Y RUÍZ SALAZAR, JOSÉ ARMANDO: Derecho penal, Parte general y parte especial, 5ª ed., Bogotá, Leyer, 2003
28. ARCE AGGEO, MIGUEL ÁNGEL: Concurso de Delitos en Materia Penal, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Universidad S.R.L., 2007.
29. ARENAS, ANTONIO VICENTE: Comentarios al Código Penal Colombiano, vol. I, 2ª ed., 1968.
30. -----: Comentarios al Código Penal Colombiano, Parte General, 4ª ed., vol. 1, Bogotá, Temis, 1983.
31. -----: Compendio de Derecho Penal, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1982.
32. -----: La Reforma del Código Penal, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1980.
33. ARGIBAY MOLINA, JOSÉ F. ET. AL.: Derecho Penal, Parte General, 2 VOL., Buenos Aires, Ediar, 1972.
34. ARIAS ELBE, MANUEL JOSÉ: “El nuevo sistema de derecho penal de Vives Antón: Notas a un nuevo modelo metodológico normativo”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, núm. 10 (2006-2007), pp. 263-267, en www.filosofíayderecho.com
35. ARISTÓTELES: *Metafísica*, 10ª ed., Colección Austral, Espasa-Calpe, núm. 399.
36. ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO: Manual de Derecho Penal, El delito, Madrid, Aranzadi, 1985.
37. ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO y MUÑOZ CUESTA, JAVIER: Código Penal. Pamplona, Aranzadi, 1994.
38. ARTZ, GUNTHER: “Die fortgesetzte Handlung geht: die Probleme bleiben”, en Juristenzeitung (JZ), 1994, pp. 1000-1002.
39. ASÚA BATARRITA, ADELA: La reincidencia, Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos Penales españoles del siglo XIX, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982.
40. BACIGALUPO, ENRIQUE: Principios de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Madrid, Akal, 1990.
41. -----: Delito y punibilidad, Madrid, Tecnos, 1983.
42. -----: Derecho Penal, Parte General, Lima, ARA, 2004.

43. ----- . Manual de Derecho Penal, 2ª reimp., Bogotá, Temis, 1994.
44. ----- . Manual de Derecho Penal, Parte General, exposición referida a los Derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, Bogotá, Temis-Ilanud, 1984.
45. BGH: “Urt. v. 21.09.1983- 2 StR 19/83 (LG Kassel), Zum Begriff der natürlichen Handlungseinheit”, en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 27 Jahrgang, Heft 27/28, 1984, p. 1568.
46. BGH 27: “StGB §§52, 212, 223^a (Natürliche Handlungseinheit) Zum Begriff der natürlichen Handlungseinheit”, en NJW 37, Jahrgang 1984, 2 Halbband, C.H. Beck’sche verl., München-Frankfurt, p. 1568.
47. BGH: “Beschl. V. 3. 5. 1994-GSSt 2 und 3/93 (LG Mainz, LG Wupertal): Einengung des Anwendungsbereichs des Fortsetzungszusammenhangs StGB §§ 42, 173, 174, 176, 263”, en Reschtsprechung, NStZ 1994, Heft 8, pp. 383-388.
48. BARRIENTOS RESTREPO, SAMUEL: Elementos de Derecho Penal, Medellín, Bedout, 3ª ed., 1977.
49. BATTAGLINI, GIULIO: Diritto Penale, Parte Generale, 3ª ed., Padova, Cedam, 1949.
50. BAUMANN, JÜRGEN: Strafrecht, Allgemeiner Teil, ein Lehrbuch, 8 Auf., Bielefeld, Giesecking, 1977.
51. BAUMANN, JÜRGEN; WEBER, ULRICH y MITSCH, WOLFGANG: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11 Auf., Bielefeld, Giesecking, 2003; 10 ed. De 1995.
52. BECCARIA, CESARE: Dei Delitti e delle pene, con note di diversi scrittori e ricerche intorno alla natura dello stile, Nova Ristampa, Torino, Utet, 1911.
53. -----: De los delitos y de las penas, con comentario de Voltaire, Juan Antonio de las Casas (trad.) Introducción, apéndice (“Becaria en España”) y notas de Juan Antonio Delval, Madrid, Alianza, 2001.
54. VON BELING, ERNST: Grundzüge des Strafrechts, Verlag von Gustav Fischer in Jena, 1902.
55. ----- . Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito-tipo, Sebastián Soler (trad.), Buenos Aires, De Palma, 1944.

56. BENFER, JOST: Allgemeines Strafrecht, Köln, Heymanns, 1984.
57. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; ARROYO ZAPATERO, LUÍS; GARCÍA RIVAS, NICOLÁS; FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS y SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN: Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., s/l, La Ley, 1999.
58. BERNER, ALBERT FRIEDRICH: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18 Auf., Leipzig, B. Tauchnitz, 1898.
59. BERTONI, RAFFAELE: “La riforma penale Dell’aprile 1974 nella giurisprudenza della corte di cassazione”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP), 1976 N.S. 19, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 1371 y ss.
60. BETTIOL, GIUSEPPE: Derecho Penal, Parte General, trad. de la 4ª ed. (1958) por José León Pagano, Bogotá, Temis, 1965.
61. -----: Diritto Penale, Parte Generale, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1962.
62. BETTIOL, GIUSEPPE y PETTOELLO MANTOVANI, LUCIANO: Diritto Penale, Parte Generale, 12ª ed., Padova, Cedam, 1986.
63. BINDING, KARL: Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts: in 4 Bänden (Band 2 in 2 Hälften), Band 1, Normen und Strafgesetze, Neudruck der 4. auf., Leipzig, 1922; Aalen, Scientia, 1965.
64. -----: Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, prefazione, note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini, Roma, Athenaeum, 1927.
65. BLANCO LOZANO, CARLOS: Derecho Penal, Parte General, Madrid, La Ley, 2003.
66. BLEI, HERMANN: Strafrecht, ein Studienbuch, 17. Auf., des von Edmund Mezger begründeten Werkes, München, C.H. Beck, 1977.
67. BOCKELMANN, PAUL y VOLK, KLAUS: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4 auf., München, C.H. Beck, 1987.
68. BOHNERT, JOACHIM: “Schuldumfang bei Serienstraftaten”, en Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 15 Jahrgang, Heft 9, 1999, pp. 460-462.

69. BONADIES, MARIA: “Su pretesi limiti sostanziale e processuali all’istituto della continuazione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, 1968 N.S. 11, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 1239 y ss.
70. BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: “La terminación del delito”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. XLVIII, fasc. I (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 89 - 185.
71. BOSCARRELLI, MARCO: *Compendio di Diritto Penale, Parte Generale*, 6ª ed. riv. e aggiornata, Milano, A. Giuffrè, 1988. (1985)
72. BRICCHETTI, RENATO: *Codice Penale e leggi complementari*, Roma, Guida al Diritto, 2002.
73. BRICOLA, FRANCO y ZAGREBELSKY, VLADIMIRO: *Giurisprudenza sistematica di Diritto Penale, Codice Penale–II*, Torino, Utet, S.f.
74. BRINGEWAT, PETER: “Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe und Fortsetzungszusammenhang”, en *Juristenzeitung (JZ)*, 1979, pp. 556-560.
75. BRODAG, WOLF–DIETRICH: *Strafrecht*, München–Berlin, Richard Booberg, 1979.
76. BURGSTALLER, MANFRED: “Die Sheinkonkurrenz im Strafrecht”, en *Juristische Blätter– Österreich (JBl)*, 1978, pp. 393-459.
77. BUSATO, PAULO CÉSAR: *Derecho penal y acción significativa. Un análisis de la función negativa del concepto significativo de acción en el derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
78. BUSTOS RAMÍREZ. JUAN: *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982.
79. -----: *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Santafé de Bogotá, Temis, 1994.
80. -----: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1994.
81. -----: “Principios garantistas del Derecho Penal y del proceso penal”, en *Nuevo Foro Penal (NFP)*, Medellín, vol. 21, núm. 60 (ene.- abr.), 1999.

82. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: Lecciones de Derecho Penal, vol. 1, Madrid, Trotta, 1997.
83. -----. Lecciones de Derecho Penal, vol. 2, Madrid, Trotta, 1999.
84. -----. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
85. -----. Principio de legalidad y “ne bis in idem”, en Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva, Enrique Orts Berenguer y Manuel Quintanar Díez (Coords.), Madrid, Dykinson, 2005, pp. 163-170.
86. CADAVID QUINTERO, ALFONSO: Introducción a la teoría del delito: Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente, Colección Sistema Penal, núm. 2, Medellín, Diké, 1998.
87. CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL (Dir.): Unidad y pluralidad de delitos, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
88. CALISSE, CARLO: Storia del Diritto Penale italiano: dal secolo VI al XIX, Firenze, G. Barbèra, 1895.
89. CAMAIONI, SALVATORE: “Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella sucesione di norme penali”, en La Giustizia Penale (GP), núm. 97, (1992), p. 230.
90. CAMARGO HERNÁNDEZ, CÉSAR: El delito continuado, Barcelona, Bosch, 1951.
91. CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO: Problemas penales y procesales del Delito continuado, Barcelona, PPU, 1990.
92. CARACCIOLI, IVO: Manuale di Diritto penale, Padova, Cedam, 1998.
93. CARNELUTTI, FRANCESCO: Lezioni di Diritto penale: Il reato, vol. I, Milano, Giuffrè, 1943.
94. -----. Teoria Generale del Reato, Padova, Cedam, 1933.
95. CARRARA, FRANCESCO: Opúsculos de Derecho Criminal, vol. V, Santa fe de Bogotá, Temis, 2000.
96. -----: Programa de Derecho criminal, Parte General, José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero (trads.), vol. I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996.

97. ----- . Reminiscencias de Cátedra y Foro, Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, Temis, 1988.
98. CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense, San José, Publicaciones Universidad de Costa Rica, 1981.
99. CASTIÑEIRA PALOU, MARÍA TERESA: “El delito continuado”, en Comentarios al Código Penal, vol. 3, Artículos 24 a 94, Manuel Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, Edersa, pp. 1054-1071.
100. ----- . El Delito continuado, Prólogo del Prof. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1977.
101. ----- . “El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”, en Estudios penales, libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, pp. 139-162.
102. CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO y RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA: Derecho Penal Económico, Parte General, Bogotá, Ibáñez, 2010.
103. CAVALLO, VICENZO: Diritto Penale, Parte Generale: L'oggetto del Diritto penale, vol. 2, Napoli, Eugenio Jovene, 1955.
104. CEREZO MIR, JOSÉ: Derecho Penal, Parte General, Montevideo—Buenos Aires, BdeF, 2008.
105. ----- . Curso de Derecho Penal Español, Parte General: Teoría jurídica del delito/2, vol. 3, Madrid, Tecnos, 2001.
106. ----- . Estudios sobre la moderna reforma penal española, Madrid, Tecnos, 1993.
107. ----- . Obras completas, Derecho Penal, Parte General, t. I, Perú, Ara, 2006, pp. 1184 y ss.
108. ----- . Temas fundamentales del Derecho Penal, Colección autores de Derecho Penal, Edgardo Alberto Donna (Dir.), t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.
109. CID MOLINÉ, JOSÉ: “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos (1)”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), vol. XLVII, Facs. I (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1994, pp. 29-63.

110. COBO DEL ROSAL, MANUEL (DIR.); CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN ET. AL.: Curso de Derecho Penal español, Madrid, Marcial Pons, 1996.
111. COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
112. COBO DEL ROSAL, MANUEL (DIR.) et. al.: Comentarios al Código Penal, vol. III—Arts. 24-94, Madrid, Edersa, 2000.
113. CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO: El Delito continuado, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S. A., 1997.
114. CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO y CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL: Derecho Penal, Parte General, t. 1, 2ª ed., Madrid, Bosch, 2001.
115. CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO et. al.: Derecho Penal económico, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
116. CÓDIGO PENAL: Y leyes penales especiales, José Manuel Valle Muñiz, edición actualizada por Óscar Morales García y Rosa Fernández palma, 13ª ed. (sep. 2007), Navarra, Aranzadi-Thompson, 2007.
117. CÓDIGO PENAL: Con las últimas modificaciones producidas por las Leyes Orgánicas 15 de 2003 y 20/2003, Madrid, Europea de Derecho, 2004.
118. CÓDIGO PENAL: Doctrina y jurisprudencia, CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO y PILAR DÍAZ MARTÍNEZ, Actualización 1988, Madrid, Trivium, 1998.
119. CÓDIGO PENAL: Doctrina y jurisprudencia, Manzanares Samaniego José Luís y Albacar López José Luís, Granada, Comares, 1990.
120. CÓDIGO PENAL: Sumillado, concordado, notas, índice analítico, cuadro de modificaciones, Lima, Grijley, 4ª ed. oficial, 1999.
121. CÓDIGO PENAL ALEMÁN: Claudia López Díaz (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
122. CÓDIGO PENAL DE 1995: Comentarios y jurisprudencia, Ignacio Serrano Butragueño (coord.), Granada, Comares, 1998.
123. CÓDIGO PENAL MILITAR DE COLOMBIA: Ley 522 de 1999 (ago. 12), Medellín, Librería Jurídica Sánchez LTDA., 1999.

124. CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS: Anotado he comentado, legislação complementar M. Maia Gonçalves, 14ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2001.
125. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE: Valparaíso, Edeval, 1974.
126. CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMÉRICA: Parte General, t. II, vol. I, Actas Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, Secretariado Ejecutivo, materiales publicados bajo la dirección del Prof. Francisco Grisolia, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973.
127. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: Constitución Política de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Temis, 2010.
128. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Código Penal y de Procedimiento Penal, Códigos Básicos, Bogotá, Legis, 2010.
129. COLOMBIA, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA: Compilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1981-2002, Santafé de Bogotá, 1999, medio magnético CD.
130. COLOMBIA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO: Compilación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2002, Santafé de Bogotá, Legislación e informática, 1998, medio magnético CD.
131. COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA: Nuevo Código Penal, ed. oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980.
132. CONCHA, JOSÉ VICENTE: La reforma penal en Colombia, t. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924.
133. -----: Tratado de Derecho Penal, 7ª ed., Bogotá, Librería Americana, 1929.
134. CONSO, GIANLUCA: "Punti fermi in tema di reato continuato", en Rivista Italiana di Diritto penale (RIDP), II, 1949, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 85 y ss.
135. COPPI, FRANCO: Reato continuato e cosa giudicata, Napoli, Eugenio Jovene, 1969.
136. CÓRDOBA RODA, JUAN; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO; DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO y CASABÓ RUIZ, JOSÉ RAMÓN: Comentarios al Código Penal, vol. II, Barcelona, Ariel, 1972.

137. CÓRDOBA RODA, JUAN: Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista, Barcelona, Ariel, 1963.
138. -----. “El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), vol. XVII, fasc. 1 (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1965, pp. 25-32.
139. -----. Una nueva concepción del delito, La doctrina finalista, Barcelona, Ariel, 1963.
140. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Jurisprudencia penal 1986, J. Héctor Jiménez Rodríguez (comp.), Medellín, Señal Editora, 1987.
141. CORREA, PEDRO ERNESTO: El Delito continuado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.
142. COUSIÑO MAC-IVER, LUÍS: Derecho Penal chileno, Santiago, Jurídica de Chile, 1975.
143. CRESPI, ALBERTO; STELLA FEDERICO; ZUCCALÀ, GIUSEPPE ET. AL.: Comentario breve al Codice Penale, 4ª ed., Padova, Cedam, 2003.
144. CUELLO CALÓN, EUGENIO: El Proyecto de Código Penal alemán de 1919, Madrid, Reus, 1924.
145. -----. Derecho Penal, Parte General, t. 1, vol. 2, revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández, 18ª ed., Barcelona, Bosch, 1981.
146. -----. Manual de Derecho Penal español conforme al nuevo Código Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1945.
147. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: El Derecho Penal español, Parte General, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2002.
148. -----. El Derecho Penal español, Parte General, vol. 2, Teoría delito 2, Madrid, Dykinson, 2009.
149. -----. “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1978, pp. 35 y ss.
150. -----. “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), vol. XXXII, FACS. I

- (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1979, pp. 46-91.
151. -----. “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1979, pp. 451 y ss.
 152. CUERDA RIEZU, ANTONIO: Concurso de delitos y determinación de la pena: Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial, Madrid, Tecnos, 1992.
 153. -----. “El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penal de 1990”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), vol. XLIV, Facs. 3 (sep.-dic.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1991, pp. 821 y ss.
 154. -----. “El delito continuado”, en: Enciclopedia Jurídica Básica (EJB), Alfredo Montoya Melgar (Dir.), VOL. 2, Madrid, Civitas, pp. 1995-1997.
 155. -----. “El rotundo fracaso legislativo del llamado «cumplimiento efectivo» de las penas y otros aspectos del concurso de delitos”, en Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Adela Asúa Batarrita Ed., Madrid, servicio editorial Universidad del país Vasco, pp. 67 y ss.
 156. -----. “La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Política criminal y nuevo Derecho Penal, libro homenaje a Claus Roxin, Ed. J.M. Silva Sánchez, Biblioteca de Derecho Penal, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pp. 341-354.
 157. CURATOLA, PASCUALE: “L’unità D’azione nel reato continuato”, en Scuola positiva, 1950 N.S. 4, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 83 y ss.
 158. CURY URZÚA, ENRIQUE: Derecho Penal, Parte General, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1985.
 159. DAS SPANISCHE STRAFGESETZBUCH: Código Penal. Deutsche Übersetzung von Markus Hoffmann, Einführung von Enrique

- Bacigalupo, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg im Breisgau, ed. Iuscrim, 2002.
160. DELITALA, GIACOMO: Diritto Penale. Raccolta degli scritti I, Milano, Giuffrè, (1977).
172. ----- . “In tema di reato continuato”, en Rivista Italiana di Diritto Penale (RIDP), 1/1, 1929, Padova Cedam, 1929, pp. 192 y ss.
173. ----- . “Reato continuato e cosa giudicata”, en Scuola Positiva, 1928 t. I, Milano, F. Vallardi, 1928, pp. 116 y ss.
174. DELLA TERZA, ETTORE: Struttura del reato a concorso necesario, Milano, A. Giuffrè, 1971.
175. DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: Prevención General e individualización de la pena, Salamanca, Universitas, 1999.
176. DÍAZ PALOS, FERNANDO: “Delito–masa: Delitos de fraude colectivo”, en Revista de Derecho Judicial (RDJ), núm. 1 (ene.-mar.), Madrid, Vda. Galo Sáenz, 1960, pp. 72-97.
177. DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: El dolo eventual, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
178. DIETMEIER, FRANK: “Marburger Strafrechtsgespräch 1997”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 110 Band, Heft 2, 1998, pp. 392-401.
179. DREHER, EDUARD: “Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen”, en Juristenzeitung (JZ), 1957, p. 155.
180. ----- . “Grundsätze und Probleme des § 49a StGB”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1954, p. 11.
181. DÜNNEBIER: “Die Subsidiaritätsklausel”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1954, p. 271.
182. EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN: Parte General, Marcelo Finzi y Ricardo C. Núñez (trads.), Buenos Aires, Depalma, 1945.
183. EBERT, UDO: Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg, C.F. Müller, 2003.
184. ESCUCHURI AISA, ESTRELLA: “Teoría del concurso de leyes y de delitos: Bases para una revisión crítica”, en Estudios de derecho

- penal, núm. 60, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, Granada, 2004.
185. ESER, ALBIN: Strafrecht II, 3 Auf., München, C.H. Beck, 1980.
 186. ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA: Anteproyecto de Código Penal, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992.
 187. -----. Anteproyecto de Código Penal 1994: Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, D.L. 1991.
 188. -----. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992.
 189. ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: El principio "non bis in idem", Introducción y selección de Joan J. Queralt, Madrid, Tecnos, D.L. 1992.
 190. ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1986.
 191. -----. Manual de Derecho Penal, La norma penal, el delito y el delincuente, Colección pequeño foro, Medellín, EDIJUS, 1975.
 192. ETCHEBERRY, ALFREDO: El concurso aparente de leyes penales, Santiago, s/f.
 193. -----. Derecho Penal, Parte General, t. 2, 2ª ed., Santiago, Ed. Nacional Gabriela mistral, 1976.
 194. FALCIONI, MARTA BEATRIZ: Imputabilidad, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
 195. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: Derecho Penal fundamental: teoría general del delito y punibilidad, 2ª ed., VOL. 2., Santafé de Bogotá, Temis, 1995.
 196. -----. Derecho Penal fundamental, t. 1, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2004.
 197. -----. Derecho Penal fundamental, Bogotá, Temis, 1982.
 198. -----. "El delito continuado frente al nuevo Código Penal colombiano", en Revista Derecho Penal y Criminología (RDPC), núm. 22, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

199. -----. Principios y normas rectoras del Derecho Penal: Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Santafé de Bogotá, Leyer, 1998.
200. FERROCCI, VIRGILIO: “Reato continuato e cosa giudicata”, en Rivista Italiana di Diritto Penale (RIDP) 3, 1931, Padova, Cedam, 1931, pp. 100 y ss.
201. FERRAJOLI, LUIGI: Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan Carlos Bayón Mohíno/Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés (trads.), 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
202. FERRÉ OLIVE, JUAN CARLOS; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL y RAMÍREZ BARBOSA, PAULA ANDREA: Derecho Penal Colombiano, Parte General, Principios fundamentales y sistema, Bogotá, Ibáñez, 2010.
203. FERREIRA DELGADO, FRANCISCO JOSÉ: Teoría General del delito, Bogotá, Temis, 1988.
204. -----. Derecho Penal Especial, t. II, Bogotá, Temis, 2006.
205. FERRI, ENRICO: Principi di Diritto criminale, Torino, 1928
206. VON FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER: Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª ed. alemana (Giessen, 1847), por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
207. FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO: Diritto Penale, Parte Generale, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2001.
208. -----. Derecho Penal, Parte General, trad. de la 4ª ed. por Luís Fernando Niño, Bogotá, Temis, 2006.
209. FIERRO, GUILLERMO J.: Amnistía, indulto y conmutación de penas, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
210. FIORE, CARLO: Diritto Penale, Parte Generale, VOL. II, Le forme di manifestazione del reato, concorso di reati e concorso di norme, le sanzioni, Torino, Utet, S.f.
211. FISZER, FERNANDO I: El juzgamiento de delitos continuados cuando no cesaron de cometerse en la jurisprudencia Argentina, en unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/fiszer.pdf

212. GEORGE P. FLETCHER, *The Grammar of criminal law, American, comparative, and international*, New York, Oxford University Press, 2007.
213. FLORA, GIOVANNI: “Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del Codice penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, 1975 N.S. 18, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 506 y ss.
214. FLORIÁN, EUGENIO: *Trattato di Diritto Penale, Parte Generale del Diritto Penale*, 4ª ed., Milano, F. Vallardi, 1934.
215. ----- . *Derecho Penal*, Ernesto Digo y Félix Martínez Giralt (trads.), 2 VOL., La Habana, Imprenta y Librería “La Propagandista”, 1929.
216. FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 17ª ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, 2002.
217. FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS: *El delito de Omisión en el nuevo Código Penal Colombiano*, Bogotá, Legis-Ed. Rosaristas, 2002.
218. DE FRANCESCO, GIOVANNANGELO: “Concorso aparente di norme”, en *Digesto delle Discipline Penali* (DDP), t. II, Torino, 1988, p. 416.
219. ----- . “La connessione teleologica nel quadro del reato continuato”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, 1978 N.S. 21, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 103 y ss.
220. ----- . *Lex specialis, Specialità e interferencia nel concorso di norme penale*, Milano, 1980.
221. FREUND, GEORG: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1998; hay 2ª ed. actualizada de 2009.
222. FRÍAS CABALLERO, JORGE; CODINO, DIEGO y CODINO, RODRIGO: *Teoría del delito*, Caracas, Livrosca, 1996.
223. FROSALI, RAÚL ALBERTO: *Sistema penale italiano, Parte prima, Diritto Penale sostanziale, VOL. II*, Torino, Utet, 1958.
224. ----- . *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, A. Giuffrè, 1971.

225. FUCHS, MATTHIAS: Gesetzeskonkurrenz und mitbestrafte Vortaten: inaugural-dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, Berlin, Papyrus Druck GMBH, 1989.
226. GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: Curso de Derecho Penal General, Bogotá, Lerner, 1963.
227. GAETANO, CONTENTO: Corso di Diritto Penale, 2ª ed., Roma, Laterza, 1992.
228. GALVÁN GONZÁLEZ, FRANCISCO: Unidad de Ley: estudios de legislación, jurisprudencia y doctrina penal mexicanas, México, Francisco Galván González, 2001.
229. GARCÍA ALBERO, RAMÓN: “Sobre la denominada «unidad natural del acción» (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara)”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), VOL. XLVII, Facs. 2 (may.-ago.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1994, pp. 211-238.
230. ----- en AA. VV., Comentarios al Nuevo Código Penal, Gonzalo Quintero Olivares (Dir.) y José Manuel Valle Muñiz (coord.), Navarra, Aranzadi, 2006.
231. GARCÍA CAVERO, PERCY: Derecho penal Económico, Parte General, 2ª ed., T. I, Lima, Grijley, 2007.
232. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en Revista española de derecho constitucional (REDC), año 4, núm. 10 (ene.-abr.), 1984, pp. 26 y ss.
233. GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO: La punibilidad en el Derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 1997.
234. GARRIDO MONTT, MARIO: Derecho penal, Parte general, 2 T., 4ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2007.
235. GEERDS, FRIEDRICH: Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg, Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & CO., 1961.

236. GEISLER, CLAUDIUS: “Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang”, en Juristische Ausbildung (JurA), 17 jahrgang, Heft 2, 1995, pp. 74-84.
237. GEPPERT, KLAUS: “Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)”, en Juristische Ausbildung (JurA), 4 jahrgang, Heft 7, 1982, pp. 358-371.
238. ----- . “Zur straf–und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur del „fortgesetzten Handlung“ – 1. Teil”, en Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 16 Jahrgang, Heft 2, 1996, pp. 57-63.
239. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, Madrid, Tecnos, 1999
240. ----- . Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
241. GIRALDO MARÍN, LUÍS CARLOS y GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO: Actas del nuevo Código Penal colombiano, Parte Especial, VOL. II, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1986.
242. GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: Teoría jurídica del delito, Derecho Penal, Parte General, Madrid, Civitas, 1984.
243. GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO: El delito continuado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
244. ----- . “El concurso de hechos punibles en el nuevo código penal”, en Derecho Penal y Criminología (DPC), VOL. 3, núm. 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980.
245. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: Constitución, Derechos fundamentales y dogmática penal, Medellín, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
246. ----- . “Aspectos político-jurídicos que informan al nuevo Código Penal”, en Memorias, jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002.
247. GÓMEZ PRADA, AGUSTÍN: Derecho Penal colombiano, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1959.
248. GONZÁLEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO: Derecho penal Mexicano, Parte general y parte especial, Metodología jurídica y desglose de las

- constantes, elementos y configuración de los tipos penales, México, Porrúa, 2004.
249. GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en Problemas de autoría, Bernardo Del Rosal Blasco (Dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 59-133.
250. GONZÁLEZ TAPIA, MARÍA ISABEL: La prescripción en el Derecho Penal, Madrid, Dykinson, 2003.
251. GÖSSEL, KARL-HEINZ: “Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción”, en Derecho Penal contemporáneo, núm. 21 (oct.-dic.), Bogotá, Legis, 2007, pp. 153 y ss.
252. ----- . “Besprechung über I. Puppes Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen”, en Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1981, p. 134.
253. GARCÍA DEL BLANCO, VICTORIA: La Coautoría en Derecho Penal, Monografías núm. 427, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
254. GRACIA MARTÍN, LUÍS: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003
255. GRACIA MARTÍN, LUÍS (DIR.); BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL y ALASTUEY DOBÓN, M. CARMEN: Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
256. GROPP, WALTER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin-Heidelberg, Springer, 2001; hay 3ª ed. de 2005.
257. GUCCICARDI, GASPARE: “Consideración sul reato continuato”, en Rivista Penale (Riv. Pen.), 1972, VOL. I, pp. 601 y ss.
258. ----- . “In tema di reato continuato”, en Rivista Penale (Riv. Pen.), núm. 83, 1958, VOL. II, Roma, Temi, 1958, pp. 962 y ss.
259. GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE: “Proyecto de Código Penal, estructura del anteproyecto”, en Derecho Revista del Colegio de Abogados, año 45, núm. 50, Medellín, Salesiana, 1974.
260. GUTIÉRREZ GÓMEZ, JORGE: Comentarios al Código Penal Colombiano, Bogotá, S/E, 1940.

261. HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la Acción comunicativa*, t. I, Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Taurus, 1987.
262. HAFT, FRITJOF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª auf., München, C. H. Beck, 2004.
263. HAHN, L.A.: *A contextualistic Theory of Perception*, Los Angeles, Berkeley, 1942.
264. HARTUNG, FRITZ: “Subsidiarität der Verkehrsübertretungen?”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1954, p. 587.
265. -----: “Tateinheit und Fünffliche Verbrechenheiten in der neueren Rechtsprechung des Reichgerichts”, en *Süddeutsche Juristen Zeitung (SJZ)*, Jarhgang V, 1950, pp. 327-336.
266. HAUF, CLAUS JÜRGEN: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch*, 2 auf., Kriftel, Luchterhand, 2001.
267. VON HEINTSCHEL—HEINEGG, BERND: “Der Fortsetzungszusammenhang”, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 25 jahrgang, Heft 5, 1993, pp. 136-142.
268. -----: “Die Entbehrlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs”, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 26 jahrgang, Heft 12, 1994, pp. 586-590.
269. HENRIQUES DA SILVA CORREIA, EDUARDO: *Unidade e pluralidade de infracções: a teoria do concurso em direito criminal*, Coimbra, Livraria Atlântida, 1945.
270. HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO: *Los delitos económicos en la actividad financiera*, Bogotá, Ibáñez, 1998.
271. HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín/New York, Walter de Gruyter, 1972.
272. -----: “Ne bis in idem—Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 1972, p. 113.
273. VON HIPPEL, ROBERTO: *Manuale di Diritto Penale*, Roberto Vozzi (trad.), prefacio de Arturo Rocco, Napoli, Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1936.
274. -----: *Deutsches Strafrecht, Das Verbrechen allgemeine lehren*, 2 auf., Berlin, Springer, 1930.

275. HIRSCHBERG, RUDOLF: “Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), núm. 53, 1934, p. 34.
276. HUSCHKA, HUBERT: “Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen?”, en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1960, p. 1189.
277. HRUSCHKA, JOACHIM: Strafrecht, nach logisch–analytischer methode, Berlin—New York, W. de Gruyter, 1983; hay 2ª ed. de 1988.
278. IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J.: “Concurso de Hechos Punibles”, en Estudios de Derecho Penal General, El Concurso de Delitos—Culpabilidad, Bogotá, Ed. Jurídica Bolivariana, 1995.
279. ----- . “Fraudes Colectivos y teoría del concurso de hechos punibles”, en Derecho Penal y Criminología, vol. XI, núm. 39 (Sept.-Dic.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 115 - 146
280. IMPALLOMENI, GIOVANNI BATISTA: Istituzioni di Diritto Penale, 3ª reimp. Curata da Vincenzo Lanza, Torino, Utet, 1921 (1908).
281. ----- . “Sul reato continuato”, en Rivista Penale (Riv. Pen.), VOL. XXV-XXVI, II serie, Torino, Utet, 1887, pp. 297 y ss.
282. JACONO, GIUSEPPE: “Il problema della identità del «disegno criminoso» nel reato continuato”, en Rivista Italiana di Diritto Penale (RIDP), 9/1, 1937, Cedam, Padova, 1937, pp. 104 y ss.
283. JÄHNKE, BURKHARD: “Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1989, pp. 377-392.
284. JAKOBS, GÜNTHER: Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe, 2 auf., Berlin-New York, W. de Gruyter, 1993.
285. ----- . Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.
286. ----- . El concepto jurídico penal de acción, en Cuadernos de conferencias y artículos núm. 11, Manuel Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Centro de

- Investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho, 1996, p. 26.
287. ----- . “El concepto jurídico penal de acción”, en Moderna dogmática penal, Estudios compilados, México, Porrúa, 2002, pp. 45-76;
288. JESCHECK, HANS HEINRICH: “Die Konkurrenz”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 5 Jahrgang, 67 Band, 1955, pp. 529-555.
289. JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGEND, THOMAS: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humboldt, 1996.
290. ----- . Tratado de Derecho Penal, Parte General, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), 5ª ed., Granada, Comares, 2002.
291. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUÍS: La ley y el delito, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, Sudamericana, 1978.
292. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO: Derecho Penal Mexicano, Introducción al estudio de las figuras típicas, T. 1, 3ª ed., México, Porrúa, 1980.
293. ----- . La tipicidad, México, Porrúa, 1955.
294. JOERDEN, JAN C.: “Die «Verdoppelung»—ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1984, p. 249.
295. JOSHI JUBERT, UJALA: “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), vol. XLV, fasc. 2 (may.-ago.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1992, pp. 613-636.
296. JUNG, HEIKE: “Aufgabe der Rechtsfigur der Fortgesetzten Handlung durch das Schweizer Bundesgericht”, en Neue Juristischen Wochenschrift (NJW), 47 Jahrgang, Heft 14, 1994, 1/s 1-1680, pp. 916-917.
297. KAUFMANN, ARMIN: Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna, Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez (trads.), Buenos Aires, 1977.

298. KAUFMANN, ARTHUR: “Anmerkung: BGH, Urteil v. 21.11.1958 -1 StR 458/58 (LG Koblenz)”, en Juristenzeitung (JZ), 14 Jarhgang, 1959, pp. 375-377.
299. KELK, C.: Studienboek: Materieel strafrecht, 3e drug, Kluwer, 2005.
300. KIENAPFEL, DIETHELM: Strafrecht, Allgemeiner Teil, mit Einführungen in programierter form, 20 auf., W. de Gruyter, Berlin—New York, 1984.
301. KINDHÄUSER, URS: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3 auf., Baden—Baden, Nomos, 2005.
302. -----: “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit—BGH, NJW 1984, 1568”, en Juristische Schulung (JuS), 25 Jahrgang, Heft 2, 1985, pp. 100-105.
303. KINDHÄUSER, URS; NEUMANN, ULFRID y PAEFFGEN, HANS-ULLRICH: NomosKommentar, Strafgesetzbuch, band 1, 3 Auf., nomos, 2010.
304. KLUG, ULRICH: “Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 68 Band, 1956, pp. 398-416.
305. KOCH, F.W.: “Zur Fortgesetzten Fahrlässigkeitstat”, en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft. 35, 1956, pp. 1267-1268.
306. KOCH, HANS-JÖRG: “Sondergesetz, Subsidiaritätsklausel und Sicherungsmassregel”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1960, p. 1.
307. KOHLMANN, GÜNTER: “Schließt die Verjährung der Vortat auch die Bestrafung wegen der Nachtat aus?”, en Juristenzeitung (JZ), 1964, p. 492.
308. KÖHLER, MICHAEL: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin—Heidelberg, Springer, 1997.
309. KRAUB, DETLEF: “Zum Begriff der straflosen Nachtat”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1965, p. 173.
310. KRATZSCH, DIETRICH: “Die fortgesetzte Tat: eine Sondern form des Vorsatzdelikts”, en Juristische Rundschau (JR), Heft. 5, 1990, pp. 177-184.
311. KUDLICH, HANS: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Prüfe dein wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, München, C.H. Beck, 2003.

312. KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, Verlag Vahlen, 5ª ed., 2005.
313. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J.: *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
314. LANDROVE DÍAZ, GERARDO: *Los fraudes colectivos*, Barcelona, Bosch, 1978.
315. LANDECHO VELASCO, CARLOS MARÍA y MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN: *Derecho Penal español, Parte General*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2000.
316. LARENZ, KARL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, M. Rodríguez Molinero (trad.), 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.
317. LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO: *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, Civitas, 2002.
318. LAURENZO COPELLO, PATRICIA: “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del tribunal supremo español”, en *El Derecho Penal español de fin de siglo y el Derecho penal latinoamericano*, Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo, Medellín, Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 138 y ss.
319. LEONE, GIOVANNI: *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Nicola Jovene, 1933.
320. LEVY, ERNST: *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1962.
321. VON LISZT, FRANZ: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 24 ed., Berlin-Leipzig, Gruyter & Co., 1922.
322. -----: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, t. III, Madrid, Reus, 1916.
323. VON LISZT, FRANZ y SCHMIDT, EBERHARD: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1B/einleitung und allgemeiner teil*, 26 ed., Berlin—Leipzig, Gruyter y Co., 1932.
324. LLORCA ORTEGA, JOSÉ: *Manual de determinación de la pena: Conforme al Código Penal de 1995*, 5ª ed., aumentada y con la doctrina jurisprudencial emitida hasta 1 de enero de 1999, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

325. LOGOZ, PAUL: Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Générale (art. 1 á 110), 10 ed., Paris, Dalachaux & Niestlé, 1987.
326. LLORIA GARCÍA, PAZ: Aproximación al estudio del delito permanente, Estudios de derecho penal, Carlos Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2006.
327. LOPERA MESA, GLORÍA PATRICIA: Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
328. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: Derecho Penal, Parte General, VOL. IV, Las consecuencias jurídicas del delito, El Derecho penal de Ejecución, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.
329. -----. El principio non bis in idem, Dykinson, 2005. También en site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/Doc?id=10080742&ppg=13
330. LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO: La letra y el espíritu de la Ley, Biblioteca Jurídica Uniandina, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho-Temis. Ed. Uniandes, 2008.
331. -----. Las fuentes del argumento, Bogotá, Legis, 2009.
332. LÓPEZ MORALES, JAIRO: Antecedentes del Nuevo Código Penal, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000.
333. LOZANO Y LOZANO, CARLOS: Elementos de Derecho Penal, Bogotá, Temis, 1979.
334. LOZZI, GILBERTO: Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati, Milano, A. Giuffrè, 1974.
335. LUCCHINI, LUIGI: “Ancora sul reato continuato”, en Rivista Penale (Riv. Pen.), VOL. XXV-XXVI, II serie, Torino, Utet, 1887, pp. 401 y ss.
336. LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: Compendio de Derecho Penal, Parte General, 11ª ed., 4ª conforme al Código Penal de 1995, Madrid, Dykinson, 2000.
337. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: “Antinomias penales y medición de la pena”, en Santiago Mir Puig et. al., Política criminal y reforma del Derecho penal, Bogotá, Temis, 1982.

338. ----- . Curso de Derecho Penal, Parte General I, Madrid, Universitas, 1999.
339. MAATZ, KURT: “Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand ein vollendeten milderen Delikts verdrängen?”, en Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), 1995, p. 211.
340. MADARIAGA, FRANCISCO: “Delito continuado”, en Enciclopedia Jurídica Omeba (EJO), t. VI, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
341. MAGGIORE RAGUSA, GIUSEPPE: Diritto Penale, Parte Generale, 5ª ed., VOL. I-II, Bologna, Nicola Zanichelli, 1949.
342. ----- . Principi di Diritto penale, Parte Generale, VOL. 1, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1939.
343. ----- . Derecho Penal, VOL. II, José J. Ortega Torres (trad.), Bogotá, 2ª Reimp. de la 2ª ed., Temis, 2000.
344. MAIWALD, MANFRED: Die natürliche Hanlungseinheit, Heidelber, Carl Winter, 1964.
345. MANN, DIETRICH/MANN, ULRICH: “Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 75 Band, 1963, pp. 251-265.
346. MANTOVANI, FERRANDO: Diritto Penale, Parte Generale, 2ª ed., Padova, Cedam, 1988; hay 4ª ed. De 2001.
347. MANZINI, VINCENZO: Trattato di Diritto Penale italiano, VOL. 2, 2ª ed., Torino, Utet, 1920.
348. ----- . Tratado de Derecho Penal, VOL. 3, Primera Parte, teorías generales, Santiago Sentís Melendo (trad.) y notas de Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier, Buenos Aires, Ediar, 1949.
349. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA BEATRIZ: “La continuidad delictiva: un análisis comparado con el sistema alemán”, en La Ley, año XXXIII, núm. 5454, Lunes 07.01.2002. www.laley.net.
350. MARINELLI, R. ET. AL.: “Reati continuati —Valore rilevante— Si deve determinare in relazione alle singole azioni. Corte di Cassazione, 25 gennaio 1934 (XII), Sez. I Pres. e Rel. De Ficch. P.M. Santori (concl. Conf)”, en Rivista Italiana di Diritto Penale (RIDP), 6/1 1934, Padova, Cedam, 1934, pp. 379 y ss.

351. MARINO, FERRUCCIO: “La recidiva nel reato continuato”, en *Rivista Penale (Riv. Pen.)*, 1970, VOL. 1, Roma, Temi, 1970, pp. 480 y ss.
352. MARINI, GIULIANO: *Liniamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1988.
353. MARINUCCI, GIORGIO: *Il reato como "azione": critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971.
354. DE MARSICO, ALFREDO: *Diritto Penale, Parte Generale*, Napoli, Eugenio Jovene, 1969.
355. MARTIN, SIGMUND: “Tateinheit zwischen Prozeßbetrug und Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 38 Jahrgang, Heft 8, 1998, pp. 761-762.
356. ----- . “Verhältnis von Brandstiftungdelikten und Betrug”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 40 Jahrgang, Heft 5, 2000, pp. 503-504.
357. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: “La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Libro Homenaje a al Dr. Marino Barbero Santos, vol. I*, Cuenca, Ed. de la Universidad de Castilla la Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 1141-1178.
358. MASSARI, EDUARDO: *Le dottrine generali del Diritto Penale: corso di lezioni universitarie*, Napoli, N. Jovene, 1930.
359. MATUS A., JEAN PIERRE: *La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte)*, Chile, Red Ius et Praxis, 2006, p. 360. También en site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/Doc?id=10109618&ppg=68
360. MAURACH, REINHART: *Tratado de Derecho Penal, 2 t.*, Juan Córdoba Roda (trad. y notas), Barcelona, Ariel, 1962.
361. MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL HEINZ y ZIPF, HEINZ: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, Teilband 2, 7. Aufl.*, Heidelberg, Karlsruhe, Müller, 1989.
362. ----- . *Derecho Penal, Parte General, 2 vol.*, de Jorge Bofill Genzsch (trad.) 7ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994 y 1995.

363. MAYER, HELLMUTH: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart—Köln, Kohlhammer, 1953.
364. MAYER, MAX ERNST: *Derecho Penal, Parte General*, Maestros del Derecho penal, núm. 25, Montevideo—Buenos Aires, BdeF, 2007.
365. MENDOZA, VÍCTOR LEÓN: *Derecho Penal General*, Barranquilla, Ediciones Sesquicentenario, Editorial Universidad de Cartagena, 2ª ed., 1978 (3ª ed., 1991).
366. MERKEL, ADOLF: *Derecho Penal, Biblioteca de jurisprudencia, Filosofía é historia*, Pedro Dorado (trad.), T. 1. Madrid, La España Moderna, S.f. (¿1926?).
367. -----: *Derecho Penal, Parte General, Maestros del Derecho Penal* núm. 13, Gonzalo D. Fernández (Dir.), Pedro Dorado Montero (trad.), Montevideo—Buenos Aires, BdeF, 2004.
368. MESA MORALES, FERNANDO: “Tentativa y Delito continuado” en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 9, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1971, pp. 3 y ss.
369. MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974.
370. MEZGER, EDMUND: “Das fortsetzungszusammenhang im Strafrecht”, en *Juristische Wochenschrift (JW)*, 67 jahrgang, Heft. 52/53, III, 1938, pp. 3265-3268.
371. -----: *Strafrecht ein Lehrbuch*, 3 Auf., Berlin—München, Duncker & Humblot, 1949.
372. -----: *Tratado de Derecho Penal (1933)*, VOL. II, trad. y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz y Antonio Quintano Ripollés, 2ª ed., Madrid, anotada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.
373. -----: *Strafrecht I, Allgemeiner Teil, ein Studienbuch*, 14 auf., München, C.H. Beck, 1970.
374. -----: *Derecho Penal, Parte General, Libro de estudio*, trad. de la 6ª ed. alemana (1955) por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, imp. 1958.
375. -----: *Derecho Penal, Parte General, t. I*, Buenos Aires, Valletta, 2004.

376. MEZGER, EDMUND y BLEI, HERMANN: *Strafrecht I Allgemeiner Teil*, 13 auf., München, C.H. Beck, 1968.
377. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Buenos Aires—Montevideo, BdeF, 2006.
378. -----. *Estado, pena y delito*, *Maestros del Derecho Penal*, núm. 21, Gonzalo D. Fernández (Dir.), Montevideo—Buenos Aires, BdeF, 2006.
379. -----. *Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., Barcelona, Reppertor, 2002.
380. -----. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Montevideo—Uruguay, 2002.
381. MITSCH, WOLFGANG: “Konkurrenzen im Strafrecht”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 33 Jahrgang, Heft 5, 1993, pp. 385-390.
382. -----. “Gesetzseinheit im Strafrecht”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 33 Jahrgang, Heft 6, 1993, pp. 471-475.
383. MOMSEN, CARSTEN: “Zum Verhältnis zwischen Prozeßbetrug und Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 19 Jahrgang, Heft 6, 1999, pp. 306-307.
384. MONGUE FERNÁNDEZ, ANTONIA: *La circunstancia de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona, Bosch, 2009.
385. MORILLAS CUEVA, LORENZO y COBO DEL ROSAL, MANUEL (Dirs.): *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
386. MORILLAS CUEVA, LORENZO: “La punición del Concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código Penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 463-486.
387. MORO, ALDO: *Unità e pluralità di reati*, Padova, Utet, 1954
388. MORSELLI, ELIO: “Sulla durata massima della custodia preventiva nell’ipotesi di reato continuato”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977 N.S. 20, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 342 y ss.
389. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría General del delito*, 4ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007 (Bogotá, Temis, 1999).

390. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: Derecho Penal, Parte General, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. (5ª ed, 2002).
391. MUSCATIELLO, VINCENZO BRUNO: Pluralità e unità di reati, Per una microfisica del molteplice, Collana di studi penalistici, n.s. vol. XXIV, Padova, Cedam, 2002.
392. NINO, CARLOS SANTIAGO: El concurso en el Derecho penal, Buenos Aires, Astrea, 1972.
393. NOLL, PETER: Strafrecht I, allgemeine Lehren, Zürich, Schulthess, 1974.
394. NOVOA MONREAL, EDUARDO: Curso de Derecho Penal chileno, Parte General, VOL. II, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1969.
395. -----: Causalismo y finalismo en derecho penal, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1982.
396. NUEVO CÓDIGO PENAL para el Distrito Federal: México, Ex Libris ediciones, 2002.
397. NUVOLONE, PIETRO: Il sistema del Diritto Penale, 2ª ed., Padova, Cedam, 1982.
398. OBERLANDESGERICHT KÖLN: “Mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. RECKTENWALD, Köln/Bonn. Urteil vom 3.12.1974- Ss 235/74. Zum Gesamtvorsatz bei Automatendiebstählen”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1975, pp. 123-124.
399. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA: Derecho Penal, Parte General, VOL. 2, Teoría jurídica del delito, Madrid, Rafael Castellanos, D.L. 1986.
400. ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ: Compendio de Derecho Penal, Parte General y Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
401. OTTO, HARRO: Grundkurs Strafrecht, die einzelnen Delikte, 5 auf., Berlin–New York, Walter de Gruyter, 1996; hay 7ª ed. de 2004.
402. PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO: Manual de Derecho Penal, Parte General y Especial, 7ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2005.
403. PADOVANI, TULLIO: Diritto Penale, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 2002.

404. PÁEZ POLO, ESTEBAN: Derecho Penal colombiano, Parte General, Barranquilla, Mejoras, 1977.
405. ----- . Nuevo Derecho Penal colombiano, Parte General, Barranquilla, Mejoras, 1982.
406. PAGLIARO, ANTONIO: I reati connessi, Collana di studi penalistici diretta da Giuseppe Bettiol, Palermo, G. Priulla, 1956.
407. ----- . Principi di Diritto Penale, Parte Generale, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 1998 (2ª ed., 1980); hay 8ª ed. de 2003.
408. PALMA HERRERA, JOSÉ MANUEL: Los actos copenados, Dykinson, 2005. También en: [site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/Doc?id=10080686 &ppg= 269](http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/Doc?id=10080686&ppg=269)
409. PANNAIN, REMO: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, VOL. I, 4ª ed., Torino, Utet, 1967 (1950).
410. PASSELLA, ROBERTO: “Osservazioni in tema di struttura e fondamento del nuovo reato continuato”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale RIDPP), 1976 N.S. 19, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 498 y ss.
411. PELÁEZ DE LAS HERAS, ANTONIO: El delito continuado, Salamanca, Publicaciones Universidad de Salamanca, 1942.
412. PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: Manual de Derecho Penal General, Medellín, Bedout, 1981.
413. PEÑA CABRERA, RAÚL: Tratado de Derecho Penal, Parte especial, VOL. 2, 5ª ed., Lima, AFA.
414. PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE: Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid, Civitas, 1991.
415. PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS y CANCIO MELIÁ, MANUEL: Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, Colección de Estudios núm. 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho, 1999
416. PÉREZ, LUIS CARLOS: Derecho Penal, Partes General y Especial, VOL. I, Bogotá, Temis, 1981-1982.

417. ----- . Tratado de Derecho Penal, VOL. 2, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1977.
418. ----- . Manual de Derecho Penal, Partes General y Especial, 6ª ed., Bogotá, Temis, 1977.
419. PÉREZ PARENTE, J.A: “El castigo de los delitos patrimoniales continuados”, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 77 (ene.-jun.), 2001, pp. 313 y ss.
420. PESSINA, ENRICO: Elementi di Diritto Penale, Napoli, Riccardo Marghieri di Gius, 1882-1885.
421. PETROCELLI, BIAGIO: Principi di Diritto Penale, Corso de lezioni universitarie, VOL. I, Introduzione- La norma Penale–Il Fatto, Napoli, C.E. de Eugenio Jovene, 1950.
422. PIASAPIA, DOMENICO: “Aspetti psicologici e giuridici del «disegno criminoso» in tema di reato continuato”, en Rivista Italiana di Diritto Penale (RIDP), I, 1948, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 418 y ss.
423. ----- . Reato continuato, Napoli, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1938.
424. PILITELLO, VINCENZO: Prevenzione Generale e commisurazione della pena, Milano, A. Giuffrè, 1982.
425. PILLITU, LUIGI: Il reato continuato: Esposizione della dottrina della continuazione secondo il codice penale Rocco, Padova, Cedam, 1936.
426. PIOLETTI, UGO: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1969.
427. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: Derecho Penal, Parte General, VOL. I, Fundamentos científicos del Derecho Penal, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1996.
428. ----- . “¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?”, en Derecho Penal y sociedad, VOL. 1, Eduardo Montealegre Lynett (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 189-225
429. POSADA MAYA, RICARDO y HERNÁNDEZ BELTRÁN, HAROLD MAURICIO: El sistema de individualización de la pena en el Derecho

- Penal colombiano, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana—Diké, 2001.
430. POSADA MAYA, RICARDO: “El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano”, en *Derecho Penal liberal y dignidad humana*, Fernando Velásquez Velásquez (coord.), Bogotá, Temis, 2005.
431. -----: “Aproximación a la Criminalidad informática en Colombia”, en *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, núm. 2, Cijus-Gecti, Uniandes, 2006.
432. -----: “Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano”, en *Revista de Derecho público (RDP)*, núm. 21, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2008. Consultado el 28.08.2008 en derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=21&idarticulos=182&tipos=Artículos.
433. PREISER: “Aufspaltung der Sammeinstraftat insbesondere der fortgesetzten Handlung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 58 Band, 1939, pp. 743-787.
434. PRIETO SANCHÍS, LUIS: “La filosofía penal de la ilustración española”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Luis A. Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Dirs.), vol. 1, Cuenca, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 503 y ss.
435. PROTO, EMANUELLE: “Insufficienza funzionale della teorica dell’unità parziale del reato continuato in tema di circostanze, uno studio metodologico”, en *Archivio Penale (Arch. Pen.)*, VOL. XI, P. I (ene.-feb.), Roma, Juris Domus, 1955, pp. 183 y ss.
436. -----: *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Collana di studi penalistici diretta da Giuseppe Bettiol, Palermo, G. Priulla, 1951.
437. PROYECTO Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. Bogotá, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, 1977.
438. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1978.

439. PUIG PEÑA, FEDERICO: Colisión de normas penales, Concurso aparente de leyes punitivas, Barcelona, Bosch, 1955.
440. ----- . Derecho Penal, Parte General y especial, 6ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, D.L. 1969.
441. ----- . “Concurso de delitos”, en Nueva Enciclopedia jurídica (NEJ), t. IV, Barcelona, Seix, 1952.
442. PUNZO, MASSIMO: Reato continuato, Padova, Cedam, 1951.
443. PUPPE, INGEBORG: “Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz”, en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1982, pp. 143–165.
444. ----- . Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 34), Verlag Duncker & Humblot, Munchen, 1979.
445. ----- . “Urteil des BGH v. 28.11.1984 – 2 StR 309/84, Anmerkung”, en Juristische Rundschau (JR), Heft 6, 1985, pp. 244 y ss.
446. QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMÍN y PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL: Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª ed., Navarra, Aranzadi, 2002.
447. QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.) y VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL (Coor.): Comentarios al Nuevo Código Penal, Navarra, Aranzadi, 2006.
448. QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J: El principio de non bis in idem, Madrid, Tecnos, 1992.
449. RAGÚES I VALLÈS, RAMÓN: El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, JM Bosch, 1999.
450. RAMACCI, FABRIZIO: Corso di Diritto Penale, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2001; hay 3ª ed. de 2005.
451. RANIERI, SILVIO: Manuale di Diritto Penale, 4ª ed., Padova, Cedam, 1968.
452. ----- . Manual de Derecho Penal, Parte General, vol. 2, Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, 1975.

453. -----. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, vol. 1, Padova, A. Milano, 1956.
454. RENDE, DOMENICO: “Reato continuato e pluralità dei soggetti pasivi”, en Rivista Italiana di Diritto Penale (RIDP), 5/1933, Padova, Cedam, 1933, pp. 57 y ss.
455. REOL SUÁREZ, ANTONIO: “El sujeto pasivo masa en delito continuados y únicos de estafa”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), VOL. XI, fasc. 1 (ene.-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1958, pp. 21-32.
456. REYES ALVARADO, YESID: El concurso de delitos, Bogotá, Ed. Reyes Echandía Abogados, 1990.
457. -----. «El delito de sedición», en Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, núm. 24 (julio-Sept.), Bogotá, Legis, 2008, pp. 5-27
458. REYES ECHANDÍA, ALFONSO: Obras completas, 3 VOL., Bogotá, Temis, 1998.
459. -----. Derecho Penal, Parte General, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1986.
460. -----. Jurisprudencia Penal 1979, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.
461. -----. “El problema del Delito continuado en la Dogmática penal”, en Obras completas, VOL. III, Bogotá, Temis, 1998.
462. -----. La Imputabilidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.
463. -----. La punibilidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
464. -----. La tipicidad penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967.
465. RIGHI, ESTEBAN: Derecho Penal, Parte general, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2008.
466. RISTORI, ROBERTA: Il reato continuato, Giurisprudenza penale, Collana diretta da Oreste Dominioni e Ferrando Mantovani, Padova, Cedam, 1988.

467. RIZ, ROLAND: Lineamenti di Diritto Penale, Parte Generale, 3ª ed., Padova, Cedam, 2001.
468. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: Derecho Penal español, Parte General, Madrid, Carasa, 1981.
469. -----: Derecho Penal español, Parte General, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1976.
470. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA y SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: Derecho penal español, Parte general, 18 ed., Madrid, Dykinson, 1995.
471. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Derecho Penal, Parte General, Madrid, Civitas, 1977.
472. ROMAGNOSI, GIANDOMENICO: Genesi del Diritto Penale, Firenze, Piatti, 1844.
473. ROMANO-DI FALCO, ENRICO: Manuale di Diritto Penale, Roma. Ed. dell'ateneo, imp. 1953.
474. ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “De los delitos informáticos al cibercrimen, Una aproximación conceptual y político Criminal”, en AA.VV. El cibercrimen, Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales, Estudios Derecho Penal y Criminología, núm. 787, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2006
475. ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: Derecho Penal, Parte General, 2 VOL., Bogotá, Temis, 1969.
476. -----: Concurso Aparente de Leyes, Hechos Copenados, Santa fe de Bogotá, Temis, 1993.
477. DEL ROSAL, JUAN: Derecho Penal español, Lecciones, 3ª ed., Madrid, S. Aguirre Torre, 1960.
478. -----: Política criminal, Barcelona, Bosch, 1944.
479. -----: “Sobre el delito continuado (hurto)”, en Estudios penales núm. 7, Monografías de Derecho español, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos–Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948, pp. 135-177.

480. ROSAS CASTAÑEDA, JUAN ANTONIO: La excepción de cosa juzgada en el delito continuado, en derechopenalonline.com/derecho.php?id=14, 375,1,0,1,0
481. ROTH-STIELOW, K.: “Kritisches zur fortgesetzten Handlung”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 12, 1955, pp. 450-451.
482. ROXIN, CLAUDIUS: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid—Barcelona, Marcial Pons, 1998.
483. -----: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2006 (3ª ed. de 1997).
484. -----: *Derecho Penal, Parte General, t. I*, Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García de Conlledo/Javier de Vicente Remesal (trads.), Madrid, Civitas, 1997.
485. -----: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Strafrecht*, München, C.H. Beck, 2003.
486. -----: *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
487. -----: *Problemas básicos del derecho penal*, Diego Manuel Luzón Peña (trad.), Madrid, Reus, 1976.
488. RÜPING, HINRICH: “Beendigung der tat und beginn der Verjährung”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1985, pp. 437-448.
489. RUPPERT, EHRENFRIED: “Der Tag danach: Praktische Auswirkungen des Beschlusses zur fortgesetzten Handlung”, en *Monats-schrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1994, pp. 973-977.
490. SABATINI, GUGLIELMO: *Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale, VOL. 1, 4ª ed.*, Catania, Casa del libro, 1946.
491. SACKSOFSKY, HORTS: “Rechtliche Einordnung des Sammelbestellers”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 16. Jahrgang, Heft 20, 1963, pp. 894-895.
492. SAINZ CANTERO, JOSÉ: “El delito masa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, VOL. XXIV, fasc. 1 (ene-abr.), Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1971, pp. 649-675.

493. ----- . Lecciones de Derecho Penal, Parte General, t. III—culpabilidad, punición: Formas de aparición, Barcelona, Bosch, 1985.
494. SALTELLI, CARLO y ROMANO-DI FALCO, ENRICO: Commento Teorico pratico del nuovo Codice Penale Alfredo Rocco, VOL. 1, art. 1-84, Torino, Utet, 1940.
495. (SAMSOM y GÜNTHER) RUDOLPHI, HANS-JOACHIM/HORN, ECKHARD: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Mitbegründet von Erich Samson und Hans Ludwig Günther, 1 Allgemeiner Teil §§ 38-79b, 35 LFG, 7 auf., Berlin, Luchterhand, 2001.
496. SÁNCHEZ LÁZARO, FERNANDO GUANATERME: Intervención delictiva e imprudencia, Estudios de Derecho penal núm. 57 Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Granada, Comares, 2004.
497. SANCHÉZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO: ¿Encubridores o Cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, Madrid, Civitas—Universidad de Navarra, 2004.
498. SANDOVAL HUERTAS, EMIRO: La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal, Bogotá, Temis, 1988.
499. ----- . Penología, Partes General y Especial, Reimp., Santa Fe de Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1998.
500. SANTANIELLO, GIUSEPPE y MAROUTTI, LUIGI: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano, Giuffrè, 1990.
501. SANTORO, ARTURO: Manuale di Diritto Penale, Torino, Utet, 1958.
502. ----- . “Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze”, en Scuola Positiva (SP), t. II, Milano, F. Vallardi, 1938, p. 341 y ss.
503. SANZ MORAN, ÁNGEL JOSÉ: El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa, Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, D.L. 1986.
504. ----- . “El concurso de delitos en la reforma penal: Unidad y pluralidad de delitos”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.

505. ----- . Extracto de la tesis doctoral: "El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa", Salamanca, Universidad de Salamanca, 1984.
506. SAMPEDRO ARRUBLA, CAMILO: "Concurso de tipos penales", en Lecciones de Derecho penal, Ob. Col., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 303 y ss.
507. SARASTY MONTENEGRO, DOMINGO: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Rama Penal, VOL. II, Bogotá, Horizontes, 1968.
508. SAUER, WILHEM: Grundlagen des Strafrechts, nebst Umrißeinerrechts und Sozialphilosophie, Berlin–Leipz, 1921.
509. SAUER, GUILLERMO: Derecho Penal, Parte General, traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo de la 3ª ed. Alemana (1955), Barcelona, Bosch, 1956.
510. SCALANI, PAOLO: "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", en massimario di giurisprudenza, in appendice la relazione al R.D. 16 marzo 1942, núm. 267, 2ª ed., Padova, Cedam, 1964.
511. SCHLOSKY: "Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen", en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 61 Band, 1942, pp. 245-290.
512. SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: Strafrecht allgemeiner Teil, 2 Auf., Studienbuch, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1975.
513. ----- . Strafrecht allgemeiner Teil, Studienbuch, unter mitarbeit von Heiner Alwart, 2ª ed., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984.
514. SCHMIDT, EBERHARD: "Einzelakte einer fortgesetzten Handlung sind keine vorsätzliche Taten i. S. des § 20 a 11, Anmerkung: BGH, Urteil v. 21.09.1951 -2 StR 415/51 (LG Hamburg)", en Juristenzeitung (JZ), 6 Jahrgang, 1951, pp. 755 – 756.
515. SCHMITT, RUDOLF: "Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht", en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 75 Band, 1963, pp. 42-62.
516. ----- . "Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung", en Juristenzeitung (JZ), núm. 13, 1962, pp. 389-394.
517. SCHNEIDER, EGON: "Zur Gesetzeskonkurrenz im strafrechtlichen Gutachten", en Juristenzeitung (JZ), 1953, p. 660.

518. SCHÖNEBORN, CHRISTIAN: “Zum Problem der materiellrechtlichen und prozessualen Tateinheit durch «Verklammerung»”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1974, p. 734.
519. SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: “Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten”, en *Juristische Ausbildung (JurA)*, 2 jahrgang, Heft 5, 1980, pp. 240-242.
520. -----. “Die Zusammenrechnung im Rahmen von Quantitätsbegriffen bei Fortsetzungstat und Mittäterschaft”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1964, pp. 225-236.
521. SCHRÖDER, HORST: “Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1956, p. 1737.
522. SCHÜNEMANN, BERND: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Colección de Estudios núm. 7, Manuel Cancio Meliá (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia- Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, 1996.
523. -----. “El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión”, Beatriz Escudero García-Calderón (trad.), en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008.
524. -----. “El refinamiento de la dogmática jurídico penal”, en *Temas actuales y permanentes después del milenio*, Lourdes Baza (trad.), Madrid, Tecnos, 2002.
525. -----. *Fundamento y límite de los delitos de omisión impropia*, Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
526. -----. “La relación entre ontologicismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho Penal y en la criminología*, Congreso internacional, Madrid, Uned, 2000.

527. -----. Nulla pœna sine lege? Rechts theoretische und Verfassungrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin-New York, WdeG, 1978.
528. SEEBALD, RUDOLF: “Die mißverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen”, en Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1975, p. 230.
529. SEELMANN, KURT: “Grundfälle zu den Eigentumsdelikten”, en Juristische Schulung (JuS), 25 Jahrgang, Heft 9, 1985, pp. 699-703.
530. SEIER, JÜRGEN: “Die Gesetzseinheit und ihre Rechtsfolgen”, en Juristische Ausbildung (JurA), 5 jahrgang, 1983, pp. 225 y ss.
531. -----. “Die Handlungseinheit von Dauerdelikten im Straßenverkehr”, en Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), 3 Jarhgang, Heft 4, 1990, pp. 129-133.
532. SIEGERT: “Beihilfe zur straflosen Nachtat”, en Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1933, p. 98.
533. SERRANO GÓMEZ, ALFONSO: La prescripción del delito, Madrid, Dykinson, 2003.
534. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN: “El conocimiento científico del Derecho penal”, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, *In memoriam*, Luis A. Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Dirs.), VOL. 1, Cuenca, Eds. Universidad de Castilla-La mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 660 y ss.
535. -----. Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal, Prologo de Fernando Velásquez Velásquez, Bogotá, Universidad Santo Tomás y Ed. Jurídicas Ibáñez, 2005.
536. SCHÖNKE, ADOLF y SCHRÖDER, HORST: Strafgesetzbuch Kommentar, 27 neu Auflage, München, C.H. Beck, 2006, Reelaborado por Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree/Günter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben.
537. DA SILVA CORREIA, EDUARDO: Unidade e Pluralidade de Infracções, Coimbra, se, 1945.
538. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992.

539. -----. El delito de omisión: Concepto y sistema, 2ª ed., Maestros del Derecho Penal núm. 12, Gonzalo D. Fernández (Dir.) Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2003.
540. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO y CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Parte General, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1997.
541. SOLER, SEBASTIÁN: Derecho Penal, Buenos Aires, Tea, 1978.
542. SOLÓRZANO, CARLOS ALBERTO: Unidad y Pluralidad de Acción, El Concurso de Conductas Punibles, Bogotá, Ed. Nueva Jurídica, 2002.
543. SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: Inimputabilidad y sistema penal, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996.
544. SOWADA, CHRISTOPH: “Probleme der natürlichen Handlungsienheit”, en Juristische Ausbildung (JurA), 17 jahrgang, heft 5, pp. 254-253.
545. -----. Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, (NZV), 1995, p. 465.
546. STRATENWERTH, GÜNTER: Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 4 Auf., Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns, 2000; hay 5ª ed. de 2004 a cargo de Lothar Kuhlen.
547. -----. Derecho Penal, Parte General I, El hecho Punible, Tratados y Manuales, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti (trads. 4ª ed., 2000), Thomson—Civitas, 2005.
548. -----. Derecho Penal, Parte General I, trad. de la 2ª ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Madrid, Edersa, D.L. 1982.
549. STUCKENBERG, CARL-FRIEDRICH: “Zum Konkurrenz im US-amerikanischen Recht”, en Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 113 Band, heft 1, 2001, pp. 146-179.
550. TENCKHOFF, JÖRG: “Die Unterschlagung (§ 246 StGB)”, en Juristische Schulung (JuS), 24 Jahrgang, Heft 10, 1984, pp. 775-781.
551. TONDO, SALVATORE: Convalida del pegno e concorso di pegni successivi, Milano, A. Giuffrè, 1959.
552. TOMÁS TÍO, JOSÉ MARÍA: “El delito continuado en el Código Penal (Art. 69 bis)”, en Cuadernos de Política Criminal (CPCr), núm. 31, Madrid, Edersa, 1987, pp. 111-154.

553. TIEDEMANN, KLAUS: *Konkurs-Strafrecht*, Berlin—New York, De Gruyter, 1985.
554. TRAPANI, ALBERTO: “Reato continuato, concorso formale e «violazione più grave»”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, 1976 N.S. 19, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 1544 y ss.
555. VANINI, OTTORINO: *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Firenze, Carlo Cya, 1954.
556. VÁSQUEZ ABAD, ÁNGEL MARTÍN: *Tratado de Derecho Penal Colombiano*, t. I, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1948.
557. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá-Medellín, Temis, 1ª ed. 1994, 2ª. ed. 1995; 3ª. ed. 1997; 4ª ed., 2009 (Comlibros). También en 2 t., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2009.
558. -----. El delito continuado, XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Memorias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 553-599.
559. -----. “El delito continuado en el Código Penal Peruano” en *Anuario de Derecho penal-2003, Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2003, pp. 381 y ss.
560. -----. El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, Madrid, Uned, 2005, pp. 197-219.
561. -----. Los delitos continuado y masa: A propósito del Art. 31 del Código Penal, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2008.
562. -----. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Medellín, Comlibros, 2007. (2ª ed., Temis, 2004).
563. -----. “Unidad y Pluralidad de Acciones Típicas”, en *Estudios de Derecho Penal General: El Concurso de Delitos – Culpabilidad*, Ed. Jurídica Bolivariana, Bogotá, 1995.
564. -----. “El delito continuado y la ley penal. (A propósito del Art. 77 del C. P. de Costa Rica)”, en *Justicia y Estado de Derecho, Homenaje*

- a Francisco Castillo González, Javier Llobet Rodríguez (Coord.), San José, Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 285-303.
565. DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO: “El delito continuado: Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones continuadas”, en *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (Coords.), Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 183-206.
566. ----- . “La reincidencia en el Código Penal de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, t. 50, V. 1, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia E Interior, 1997, pp. 169 y ss.
567. VILLALOBOS, IGNACIO: *Derecho Penal mexicano, Parte General*, México, Porrúa, 1960.
568. VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
569. ----- . *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, Universidad de Valencia, 1981.
570. VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR ET. AL.: *Comentarios al Código Penal de 1995, VOL. I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
571. WAHLE, EBERHARD: “Die sogenannte «Handlungseinheit durch Klammerwirkung», Ein Beitrag zur Konkurrenzlehre”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1968, pp. 97-112.
572. WANKEL, BERNHARD: “Strafklageverbrauch und materiellrechtliche Konkurrenzlehre”, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 29 jahrgang, Heft 5, 1997, pp. 231-237.
573. WARDA, GÜNTER: “Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre”, en *Juristische Schulung (JuS)*, 4 Jahrgang, Heft 3, 1964, pp. 81-93.
574. WARDA, GÜNTER: “Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit”, im *Festschrift für Dietrich Oehler*, H. Rolf Dietrich Herzberg, C. Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986.

575. VON WEBER, HELLMUTH: Lineamientos de Derecho Penal Alemán, Prologo y revisión general de Eugenio Raúl Zaffaroni, Leonardo G. Brond (trad. de la 2ª ed. alemana de 1948), 2008.
576. -----. “Zur Behandlung des zum Teil im Ausland begangenen fortgesetzten Delikts”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 57 Band, 1938, pp. 491-496.
577. WELZEL, HANS: Das Deutsche Strafrecht, 11 auf., W de Gruyter, Berlin, 1969.
578. -----. Derecho Penal alemán, Parte General, 11 ed. Alemana y 4ª Castellana, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez P. (trads.), Santiago, Jurídica de Chile, 1997.
579. -----. El nuevo sistema del derecho penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Maestros del Derecho penal, núm. 4, José Cerezo Mir (trad. y notas), Buenos Aires, BdeF, 2001
580. -----. “Studien zum System des Strafrecht”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 58 Band, 1939, pp. 491 y ss.
581. -----. El Nuevo sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, José Cerezo Mir (trad.), Barcelona, Ariel, 1964.
582. WERLE, Gerhard: “Die Beteiligung an kriminellen Vereinigungen und das Problem der Klammerwirkung”, en Juristische Rundschau (JR), Jahrgang 1979, Heft 3, pp. 93-99.
583. WESSELS, JOHANNES: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 27ª ed., 1997.
584. -----. Derecho Penal, Parte General, trad. de la 6ª edición alemana de 1976 por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
585. WESSELS, JOHANNES y BEULKE, WERNER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36 Auf., Heidelberg, C.F. Müller, 2006.
586. WIECZORECK, EBERHARD: Strafrecht: Kurzlehrbuch zum Allgemeinen Teil des StGB in der seit 1975 geltenden Fassung, 3. überarb. Auf., Stuttgart, Richard Boorberg, 1976.

587. WOLTER, JÜRGEN: “Verurteilung aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat?”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1974, p. 161.
588. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5 t., Buenos Aires, Ediar, 1980-1983.
589. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.
590. -----: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2ª ed., Ediar—Temis, 2006.
591. ZAGREBELSKY, VLADIMIRO: *Reato continuato, Raccolta di Studi di Diritto penale*, 2ª ed, Milano, A. Giuffrè, 1970.
592. ZCHOCKELT, ALFONS: “Die Auswirkungen der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zum Fortsetzungszusammenhang”, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 29 jahrgang, Heft 5, 1997, pp. 411-418.
593. -----: “Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 14 Jahrgang, Heft 8, 1994, pp. 362-388.
594. ZICONE, GUIDO: “Sul reato continuato per fatti commesi dopo il giudicato”, en *Archivio Penale (Arch. Pen.)*, VOL. XIX, P. I/II (ene.-feb.), Roma, *Juris domus*, 1963, pp. 257 y ss.
595. ZIESCHANG, FRANK: “Tendenzen in der Rechtsprechung seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1997, pp. 457-467.
596. ZIMMER, GERHARD: “Handlungsformen und Handlungsbefugnisse: Eine un gelöste Grundfrage des Verwaltungsrechts”, en *Juristische Ausbildung (JurA)*, 02 jahrgang, Heft 5, 1980, pp. 242-253.
597. ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. (DIR.) ET. AL.: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª. Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

598. ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, En: Poder Judicial, 2ª época, núm. 13, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, pp. 85–89.
599. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2ª ed., Monografías Aranzadi núm. 277, Navarra, Thomson—Aranzadi, 2003.
600. ----- . Política criminal, Madrid, Colex, 2001.