

VICENTE ROLDAN SANCHEZ

TESIS PROFESIONAL

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

EL DELITO
CONTINUADO

1955

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

1811



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Donación
- 56

"La presente Tesis fue elaborada en el Seminario de Derecho Penal de la Escuela Nacional de Jurisprudencia bajo la dirección del Doctor Celestino Porte Petit y del Licenciado Luis Fernández Doblado".

12131

A la memoria de mis queridos padres:

Juan Roldán Beristáin.

y

Elvira Sánchez Herrera.

A mis hermanos:

J. Guadalupe, Juanita y

Francisco.

A toda mi Familia.

**Al Licenciado Antonio Armendáriz del Castillo.
Como testimonio de gratitud y respeto.**

A mis Paisanos y Maestros:

Licenciado Joaquín Cisneros M.

Senador y Licenciado Miguel Osorio Ramírez.

Senador Señor Higinio Paredes Ramos.

Al Pentatlón Deportivo Militar Universitario.

**Al Personal del Departamento de Investigaciones
y Denuncias de la Procuraduría Fiscal.**

**A los señores:
Clemente Herrera Monroy
y
Juan Rodríguez García.**

CAPITULO I

PANORAMA ACERCA DE LA TEORIA DEL DELITO

SUMARIO: 1).—Evolución del concepto del delito.—Su definición.—2).—Aspectos positivos y negativos.—Cuadro esquemático.—3).—Síntesis dogmática de los aspectos del delito.

1.—Es de interés observar cómo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, en la teoría del concepto del delito, se llega a una conclusión desconcertante. En ninguna rama del derecho se discute tan contradictoria y apasionadamente respecto a sus instituciones y, hasta el fundamento mismo del derecho de reprimir, ha sido motivo de diversas conclusiones. Por esto hay quienes han dicho que el derecho penal, como técnica y como elaboración sistemática, se halla en mora respecto a otras ramas del derecho. Por ejemplo, es más o menos visible el acuerdo doctrinario que existe sobre los problemas fundamentales del derecho civil y aún en algunas ramas del derecho público. Pero esto no quiere decir que el derecho penal sea un derecho subestimado, que aún no alcanza visos de madurez jurídica; el derecho penal encierra, por su esencia, la batalla doctrinaria que evoluciona paralelamente al aspecto sociológico y ampliamente humano al que se debe su reglamentación.

La evolución doctrinaria penal ha llegado a alcanzar actualmente los peldaños más elevados, en todo el mundo intelectual; sin embargo, no obstante la verdad manifiesta, no hay acuerdo alguno respecto a la concepción del delito.

El delito es contenido de una valoración de lo que el Estado, por conducto de sus legisladores, considera que es contrario a lo que él cree que es justo; pero con esto no hemos desentrañado la esencia del delito.

Sobre el mismo hay numerosas definiciones; podría decirse que cada autor tiene su propia concepción de lo que es y debe ser entendido por delito, definiéndolo a su manera. Se ha pretendido, inclusive, dar una definición filosófica del mismo, una definición que sirva para todos los tiempos; pero esto no es más que una quimera por ser el delito una valoración circunstancial, algo que ahora es y mañana podrá dejar de ser, ya que resulta ser un producto de la necesidad de los hombres de convivir. El delito es un concepto mutable de acuerdo con la época, y siempre atendiendo a lo que dentro de la misma se considere como justo o injusto.

El delito es por esencia, un concepto que cambia según el adelanto de la colectividad en que se registra; lo que ahora se considera como justo puede no serlo mañana, y lo que aquí es un delito, puede no serlo en otro grupo social. Por esta razón no puede haber una noción filosófica de contenido siempre idéntico.

Por tanto, para fines didácticos de este trabajo, mencionaremos la definición elaborada por Eugenio Cuello Calón, por considerarla como la más completa, en la que puntualizan los elementos integrantes del delito, y la que me concretaré a desarrollar, en virtud de que, hacer un estudio de todas y cada una de las definiciones que sobre el delito existen, sería una labor extensa que rebasa los límites de este trabajo.

2.—Cuello Calón dice: “El delito es la acción típica anti-jurídica, culpable y sancionada por la Ley” (1). De esta definición se desprenden los elementos, positivos y negativos, que han sido desarrollados admirablemente por Guillermo Sauer, y de los que se hará un somero estudio a continuación:

ELEMENTOS POSITIVOS

- A.—Acción.
- B.—Tipicidad.
- C.—Antijuricidad.
- D.—Imputabilidad.
- E.—Culpabilidad.
- F.—Condicionalidad objetiva o Condiciones objetivas de punibilidad.
- G.—Punibilidad.

ASPECTOS NEGATIVOS

- A.—Falta de acción.
- B.—Ausencia de tipo (2).
- C.—Causas justificantes o juridicidad.
- D.—Causas de inimputabilidad.
- E.—Inculpabilidad.
- F.—Falta de condiciones objetivas de punibilidad.
- G.—Excusas absolutorias.

ACCION.—El primer elemento del delito, según la moderna construcción técnica del concepto, es la acción, la conducta del sujeto, el hacer del mismo.

Beling afirma quep or acción debe entenderse un comportamiento corporal, que constituye la fase externa u objetiva de la acción; producido por el dominio sobre el cuerpo, que está constituido por una libertad de inervación muscular; que

-
- 1.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima Edición, páginas 280.
 - 2.—Nosotros estimamos llamar a este elemento atipicidad.

corresponde a la fase interna o subjetiva de la acción. Es decir, un comportamiento corporal voluntario, consistente en un hacer o bien un no hacer. (3)

Tal concepto si es verdad que corresponde a la acción, no lo es menos que es incompleto en cuanto la acción cualquiera no tiene importancia para el derecho penal; pero una acción voluntaria, que lleva aparejada una modificación del mundo exterior que es integrante de un delito, sí es de importancia para el derecho penal. La voluntad de acción no está conectada con el resultado, no mira al fin querido por el agente sino simple y sencillamente se refiere a que la acción sea querida por el sujeto del delito, que el agente no obre como autó-mata ni como instrumento de otro, sino que se determine por sí mismo, pues conectarla con el resultado sería confundirle con la culpabilidad.

La actividad humana puede comprenderse en dos formas, como un proceder positivo que constituye la violación de un precepto prohibitivo o como una omisión que viola una norma preceptiva. Así, se consideran el acto o la omisión, como la conducta humana que forman el primer elemento del delito. La omisión a su vez se puede estimar de dos maneras: la que se llama omisión propia, o sea la violación de una Ley que ordena determinada conducta, y la omisión impropia que implica la transgresión sucesiva de una Ley preceptiva y prohibitiva.

El acto produce un resultado que se manifiesta en la lesión de bienes jurídicos, o sea que causa un daño en el mundo exterior. (4)

Sobre el particular *Porte Petit* manifiesta que "es una consecuencia o efecto de la conducta"; no puede ser catalogado como elemento de la acción, tal como pretenden los partidarios del acromatismo de ella, sino más bien su catalogación correcta debe verse en la tipicidad.

Hay quien considera como elemento de la acción, la relación de causalidad. **Faustino Ballvé** estima que "la relación de causa a efecto corresponde al tipo y no a la acción". Entre el acto y el resultado que éste produce debe existir una relación de causa a efecto para que pueda ser el resultado atribuido al agente o autor del delito. Para explicar esta teoría del a relación de causalidad existen tres posturas:

- a).—De la equivalencia de las condiciones.
- b).—De la adecuación.
- c).—De la relevancia.

Se ha estimado que la teoría de la equivalencia de las condiciones, es la que mejor resuelve el problema de la relación causal en el delito. Mas no encuadrada únicamente dentro de un plano naturalístico, sino en estrecha relación con los demás elementos del delito, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc.

El aspecto negativo de este primer elemento consiste en la falta de acción. Salta a la vista que los "movimientos reflejos", los ejecutados bajo el influjo de una fuerza irresistible, la sugestión hipnótica, el sonambulismo, la embriaguez del sueño, aunque realicen algún tipo de los que contienen los Códigos Penales, no pueden ser causalmente atribuidos al que los cometió, por no constituir una manifestación de voluntad acompañada de un movimiento corporal; de donde resulta que tampoco los pensamientos, ideas e intenciones, jamás pueden quedar comprendidos dentro del concepto del delito, pues en los tres casos falta el primer elemento del delito, al que están íntimamente ligados los demás, sirviendo unos de soporte a los otros y, si el primero no se da, lógicamente no pueden darse los siguientes. Un ejemplo podrá aclarar lo dicho: Pedro, que tiene una pistola en la mano por estar haciendo la limpieza de la misma, recibe un dardo que pega en el nervio motor que se encuentra en las articulaciones del codo, se dispara

3.—Beling, Esquema de Derecho Penal, Traduc. Sebastián Soler, páginas 19 y siguientes.

4.—NOTA: Algunos autores como Von Hippel y Eusebio Gómez consideran que todos los actos delictivos producen resultado que se manifiesta en un daño, inclusive aquellos delitos de pura actividad, ya que, dicen estos autores el solo hecho de poner en peligro un bien ya constituye un daño. Otros autores estiman que hay delitos que se agotan en la pura actividad como el allanamiento de morada.

la pistola matando a Pablo que en esos momentos pasaba por ese lugar. No puede serle atribuido a Pedro el delito que pudo resultar, en atención a que el disparo se debió a un movimiento reflejo en el que falta la acción.

TIPICIDAD.—La tipicidad consiste en la adecuación de una conducta determinada con la descrita por la ley, es el segundo de los elementos del delito. Y su estudio cobró extraordinaria importancia a partir de la doctrina de **Beling**, quien hizo girar en torno de él, toda su doctrina, considerándolo inicialmente como elemento de pura descripción objetiva y en total independencia con los demás elementos del delito.

El tipo ha sido considerado por **Mezger** (5) como un “medio extraordinariamente ingenioso”; medio que, según **Faustino Ballvé** (6) “como hecho abstracto, tiene la función importante de ser la base técnica para dar unidad a toda la fenomenología jurídica del delito tanto en su dimensión extensiva como en la cronológica, siendo la clave de la construcción orgánica del fenómeno delictivo; de tal manera que todas sus manifestaciones obtengan una explicación unitaria y coordinada”.

El tema ha sido tratado en diversas formas por la doctrina, dando lugar a confusiones. Es de hacerse notar que ni sobre los elementos constitutivos del tipo hay unidad de criterio, distinguiéndose al respecto el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por las expresiones legislativas “EL QUE” o “AL QUE”; la acción, con sus modalidades propias, descritas en general con las fórmulas “HACER” o “DEJAR DE HACER” y por último el objeto material del delito o sea aquel bien jurídicamente protegido sobre el cual recae la acción típica.

LA TIPICIDAD es según el derecho moderno, la descripción que de la conducta hacen los diferentes Códigos en su articulado. Bien podría denominarse como “concreción y cono-

5.—Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, páginas 299.

6.—Faustino Ballvé, Función de la Tipicidad en la dogmática del delito.

cimiento", en atención al contenido lógico jurídico de la abstracción, pues como dice Jiménez de Asúa, "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, desartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito" o bien, la de acuñar en tipos la conducta delictiva de los sujetos escapando a la técnica antigua de subsumir en definiciones genéricas y vagas lo que es el tipo; éstas, las definiciones, dice el tratadista anteriormente citado, nada enseñan a doctos y nada aclaran a profanos; de ahí que las modernas legislaciones dirán por qué se consideran al ladrón o al homicida como tales.

Los tratadistas clasifican a la atipicidad en dos: por ausencia del tipo y por falta de integración de los elementos del mismo. Existen también dos clases de tipos: normales y anormales. La doctrina enseña que hay tipo normal cuando se hace una mera descripción, y anormal, cuando, además de una descripción, se realiza un juicio valorativo, es decir, se alude a los elementos objetivos, subjetivos o normativos o a ambos. Es decir, en los normales no se contiene ni elementos subjetivos ni normativos; en los anormales existen subjetivos u objetivos o ambos. Nuestro Código Penal consigna ambas clases de tipos.

En conclusión el aspecto negativo correspondiente al elemento que examinamos es la ausencia del tipo o sea la falta de descripción en la ley de determinada figura delictiva que pudiera corresponder a una específica conducta; la atipicidad consistente en la inadecuación entre un tipo penal existente con una conducta concreta, ya sea por falta de elementos o referencias típicas esenciales en dicha conducta de terminada a saber: falta de sujeto activo o pasivo, falta de objeto, etc.

ANTI JURICIDAD.—La antijuricidad constituye otro elemento del delito, que se traduce, en la fórmula expresada por Bettiol, "NULLUM CRIMEN SINNE INIURIA. (7)

7.—Bettiol, Tratado de Derecho Penal, páginas 181.

La antijuricidad es la oposición de la conducta a las normas de cultura reconocidas por el Estado; tiene un contenido objetivo, pues se ocupa solamente del deber que tenemos todos de no violar la norma. Al respecto Jiménez de Asúa ha dicho "cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico se da la antijuricidad o sea la violación o negación de la norma". La norma crea lo antijurídico, la Ley y el delito, la hija de un estado de hecho, expone el tratadista antes mencionado tiene un telos y valor a fines. Nace pone un estado de cultura que la norma dirige y encauza siendo una serie de hechos y por ello tiene una fase fáctica. Su- do ésta su base axiológica. (7 bis)

Hasta hoy día la antijuricidad se tendrá como tal en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación, pues los Códigos Penales operan valiéndose de un procedimiento de excepción, es decir, en forma negativa. Lo que quiere decir que para la existencia de la antijuricidad se requiere una doble condición: positiva una, violación de una norma penal, y negativa otra, que no esté amparada por una causa de exclusión del injusto. La conducta, por tanto, será antijurídica por lo que hace a nuestra legislación si no está protegida por una de las causas que enumera el artículo 15 del Código Penal.

El aspecto negativo se desprende de lo anterior y lo constituyen las causas de justificación. Así tenemos que el que obrando justamente vulnera un derecho ajeno no cometa delito alguno, como en el caso de la "legítima defensa", pues malamente podría el Estado imponer al agredido que sucumbiera a la agresión de que es objeto, cuando el Estado momentáneamente no puede protegerlo. (8)

Dogmáticamente podemos afirmar que dentro del aspecto negativo de la antijuricidad, caben además como causas de justificación, las expresadas en las fracciones IV, V y VIII

7 BIS.—Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, páginas 346.

8.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima Edición, páginas 316.

del artículo 15 respectivamente, a saber: el estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado; el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignado en la Ley y el impedimento legítimo; este último que, en algunas hipótesis, sigue siendo causa de justificación pero dentro de la especie estado de necesidad.

IMPUTABILIDAD.—Según Mayer “es la posibilidad condicionada por la salud y madurez espiritual del actor, de valorar correctos deberes y obrar conforme a ese conocimiento”. (1) Es decir, imputar es según el concepto antes mencionado, poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin ese alguien; y en Derecho Penal sólo es alguien aquel que por sus condiciones psíquicas, sea sujeto de voluntariedad.

Será pues, imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea idóneo o capaz jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

Porte Petit con acierto expresa que la imputabilidad viene a ser la capacidad de querer y entender, constituyendo un presupuesto de la culpabilidad, de suerte que esta no se concibe sin la preexistencia de aquélla. (9)

Carlos Franco Sodi, en semejantes términos dice: que “consiste en la capacidad para responder ante el poder social de los hechos realizados”. (10)

El aspecto negativo de este elemento lo constituyen la causa de inimputabilidad constituida por la ausencia de las condiciones de imputabilidad; por ejemplo, locura permanente o transitoria, minoridad de edad, etc., pues en todas estas hipótesis la facultad de querer del sujeto se encuentra disminuida en forma temporal o permanente.

1.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima Edición, páginas 280.

9.—Porte Petit, Importancia de la dogmática jurídico-penal, páginas 45 y siguientes.

10.—Carlos Franco Sodi, Nociones de Derecho Penal, páginas 67.

La causa de inimputabilidad contenida en la fracción II del artículo 15, ha sido constantemente censurada por tratadistas mexicanos, entre otros está José Torres Torija (11).

Torres Torija considera que la fracción que se comenta, tiene el inconveniente de utilizar en su redacción la palabra inconsciencia; que puede dar lugar a interpretaciones diversas, entre otras la pérdida completa de todas las funciones psíquicas, lo que no es el propósito de la excluyente, agregando que el término trastorno mental transitorio ni doloso ni culposo expresa claramente el fundamento de la excluyente.

Sobre el caso particular, Porte Petit ha dicho que nuestro Código postula dos formas del delito: una, típica, antijurídica y culpable que se atribuye a los sujetos sanos, y otra, también típica antijurídica pero inculpable, que asigna a los enfermos mentales, en quienes falta el elemento de imputabilidad por no gozar de facultad de querer y conocer.

CULPABILIDAD.—Se le entiende como la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado.

Dos teorías se enfrentan para construir la culpabilidad: la psicológica de rancio abolengo, y la normativa iniciada por Frank. Por nuestra parte pasaremos a referirnos someramente a ellas.

Según la postura que se adopte, la culpabilidad consistirá en un juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a la norma, o bien en el nexa psicológico entre el sujeto y el resultado. Lo importante para esta última escuela es sólo el momento psicológico en que se encontraba el agente delictivo al cometer su hecho; por tanto, atiende al mero elemento psíquico, como es la voluntad o la intención privada de toda valoración sobre el mismo.

La culpabilidad abarca varias especies o formas: el dolo y la culpa. Hay quien estime que hay una tercera forma de culpabilidad: la preterintencionalidad.

11.—José Torres Torija, Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949, páginas 167.

El dolo abarca al directo y al eventual. El directo existe cuando se quiere el resultado. El eventual cuando se acepta o ratifica. **Fernando Román Lugo**, ha hecho una crítica en el sentido de que no cabe hablar de "ratificación" del resultado, porque ratificación implica el querer anterior, y, por tanto, si se ratifica ya no se trata de dolo eventual sino de directo. (12)

La culpa contiene dos especies: con representación y sin representación.

En la primera, hay representación del resultado, que no se quiere ni acepta, y existe la esperanza de su no realización. En la culpa sin representación no se prevé el resultado que era previsible. A su vez, la culpa sin representación o sin previsión se divide en lata, leve y levisima, según la mayor o menor posibilidad de prever el resultado.

El caso fortuito constituye la frontera, con la culpa sin representación, cuyo resultado producido no se prevé porque es imprevisible, y de aquí, que constituya el límite de la culpabilidad.

Con todo respeto manifestamos no estar de acuerdo con el criterio sostenido por **Porte Petit**, al decir que no contempla nuestro Código Penal la culpa con representación, previo análisis de los artículos 7 y 6.

El aspecto negativo de la culpabilidad, lo constituyen las causas de inculpabilidad, que "son conquistas sistemáticas de la moderna ciencia penal". (13)

Ahora bien, llenan el campo de las inculpabilidades: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error se divide en error de derecho y de hecho. Este último, se subdivide en esencial y accidental, el que a su vez comprende la "aberratio ictus, la aberratio personal y la aberratio delicti".

12.—Cita que hace **Porte Petit** en *Importancia de la dogmática jurídico-penal*, páginas 52.

13.—**Jiménez de Asúa**, *Códigos Penales, Ibero-americanos, estudio de legislación comparada*, páginas 291.

Condicionabilidad Objetiva: Jiménez de Asúa (14), al tratar el tema que ahora nos ocupa afirma, ser en este adjetivo del delito en el que reina notable confusión y que además está constituido de inconstante esencia existiendo al respecto un radical desacuerdo entre los autores al tratar de explorar su naturaleza.

Lisz-Schmidt entienden a la condicionabilidad objetiva como "las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción". (15) Mezger (16) las considera como meros anexos del tipo.

Jiménez de Asúa, al hacer el examen de este elemento, considera que no constituye uno de los caracteres del delito, habiendo sostenido con anterioridad que no existen condiciones objetivas de punibilidad, porque todas ellas son elementos normativos, modalidades y relaciones de tipicidad, considerando como única y auténtica condición objetiva a la reciprocidad, en los países que la exigen para castigar ciertos delitos que afectan a otro estado. (17)

A juicio nuestro las condiciones objetivas de punibilidad, constituyen circunstancias de carácter externo, y no elementos esenciales del delito, en tal virtud no todos los penalistas están acordes en incluirlas dentro de una definición del delito.

El aspecto negativo es la ausencia de condición.

PUNIBILIDAD.—Por punibilidad debe entenderse la posibilidad abstracta que tiene una conducta o acción de ser sancionada con una pena. También sobre este elemento la doctrina no ha llegado a un acuerdo, sobre si debe considerarse dentro de la definición del delito. Así para algunos la punibilidad no es un elemento sino un carácter del delito y para otros la punibilidad, es con más acierto la consecuencia jurídica de la acción delictiva.

14.—Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito, páginas 522.

15.—Liszt Schmit, autores citados por Asúa, en La Ley y el Delito, páginas 521.

16.—Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, páginas 301.

17.—Jiménez de Asúa, Códigos Penales Ibero-americanos.

No podemos dejar de considerar que el carácter de punible de una conducta o la consecuencia de ella de estar sancionada con una pena es precisamente lo que diferencia el delito de otras conductas antijurídicas. Quizás influenciado predominantemente por esta idea Kelsen ha sostenido que es la pena lo que determina el carácter delictivo de una conducta y no como lo sostiene otra corriente de autores que la pena resulta a virtud de la integración previa del ilícito penal.

A propósito de las excusas absolutorias, algunos autores han sostenido con razón que a medida que se ha penetrado más a fondo en la construcción técnico jurídica del delito, dichas excusas han ido perdiendo su carácter como tales para quedar asimiladas a otros aspectos negativos del delito. Como por ejemplo el robo de indigente, que para muchos era una excusa absolutoria que acarreaba un mero perdón legal, dentro de la moderna doctrina constituye un típico estado de necesidad o sea causa de justificación.

De tal modo como excusas absolutorias propiamente dichas, han quedado sólo aquellas causas de perdón de la pena fundadas en razones de carácter político y social, verdaderos indultos legales, ajenos en absoluto a la esencia del delito.

Entre nosotros Alva Muñoz por su parte, opina que son casos de derogación de la pena en virtud de un interés de mayor entidad. (18)

Aun cuando ha sido tratado este capítulo brevemente será piedra angular de posteriores consideraciones.

18.—Javier Alba, Exposición en clase.

CAPITULO II.

ORIGEN HISTORICO JURIDICO Y NATURALEZA DEL DELITO CONTINUADO

SUMARIO: 1.—Origen histórico del delito continuado: a).—La utilidad o conveniencia práctica; b).—Disminución de la culpabilidad del agente. 2.—Criterio del sustentante.—3.—Teorías que fundamentan la naturaleza jurídica del delito continuado: a).—Teoría de la ficción; b).—Teoría de la realidad natural; c).—Teoría de la realidad jurídica; d).—Otras teorías sobre esta cuestión.—4.—Opinión del sustentante.

1.—Siguiendo el orden expuesto en el sumario de este trabajo, trataremos de hacer algunos comentarios en relación con el criterio seguido por los tratadistas respecto al origen histórico-jurídico del delito continuado.

Enfocando el delito continuado dentro del tema de unidad y pluralidad de delitos, y dentro de las teorías del concurso de delitos, Carrara nos conduce a los remotos antecedentes de la Teoría de la Continuación del Derecho Romano, en la *Leggi 25 ff de furtis* y *7, 5 ff de injurias*. A propósito de esta figura en el delito de injurias. Y cita al efecto la construcción de Ulpiano para el caso de quien injuriaba varias veces al adversario una vez con palabras y otras con vías de hecho. Pero fue con posterioridad cuando la Glosa y Baldo la extendieron también para el caso de que las distintas acciones se encuentran separadas por intervalos de tiempo. (19)

19.—Carrara, Programa del curso de Derecho Criminal, Tomo II, Págs. 333.

Por su parte otros autores como **Ferrini** y **Mommsen** niegan categóricamente la existencia en el Derecho Romano del delito continuado, lo mismo que en el Derecho Bárbaro y Derecho Canónico y asientan que no pasó de contemplarse en estos Derechos más que el concurso material del delito. (20)

Fueron los prácticos italianos, quienes por primera vez, trataron el delito continuado y arguyeron ser la benignidad como rezago histórico el origen jurídico del mismo. **FARNACIO** (21), fue su primer espositor, cuando manifestaba que el objeto de jurídico de esta figura delictiva era impedir la imposición de la última pena al autor del tercer hurto.

Carrara sostiene que la benignidad prevalece en parte en la doctrina de hoy, teniendo por objeto evitar la excesiva penalidad resultante de la aplicación de las normas correspondientes al concurso real de delitos. (22)

Sin embargo, y a pesar de que como hemos afirmado en el Derecho Penal moderno se ha mantenido la figura del delito continuado inspirada parcialmente en el mismo criterio de benignidad en relación con la pena, no han faltado también una serie de autores que sostengan la doctrina contraria indicando que en el delito continuado lejos de ponerse en claro una menor intensidad en la voluntad criminoso, la insistencia y la persistencia en el delito deben ser estimadas como motivo de agravación de la pena. Así por ejemplo en Italia participa de este criterio **Manfredini** (23). Y en Alemania diversos autores han insistido en el castigo severo de esta figura. **Cuello Calón** por su parte afirma que el delito continuado debe fundamentalmente invocarse para aquellos casos en que hay imposibilidad de individualizar en el tiempo y con detalle las diversas infracciones plurales. (24)

Manzini (25) nos dice: "es la equidad la que mantiene la institución del delito continuado; entendiéndose aquí, cree-

20.—Autores citados por Soler, Tomo II, primera reimpresión, páginas 337.

21.—Citado por Manzini, Tomo III, páginas 414.

22.—Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Tomo II, páginas 333.

23.—Manfredini, citado por Cuello Calón, páginas 625.

24.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, página 632.

25.—Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, páginas 420.

mos, la palabra equidad como Aequitas-Renignitas del pensamiento cristiano”.

Los tratadistas alemanes, por el contrario, dicen encontrar su origen histórico-jurídico en la utilidad o conveniencia práctica, basándose en que los casos de continuación se presentan integrados, la mayor parte de las veces, por un gran número de acciones singulares, cada una de las cuales constituye un delito, siendo generalmente imposible determinar cuántas sean estas infracciones, además de la dificultad de individualizarlas por sus elementos. Mediante la figura de la continuación creían resolver estas dificultades.

Mezger (26) expresa que: el delito continuado ofrece la ventaja de evitar nuevos procesos cada vez que se descubra una nueva actividad comprendida en la continuidad, después de dictada sentencia, ya que se invocaría la excepción de cosa juzgada.

Otros autores dan como razón, la disminución de la culpabilidad, al decir que la continuidad está íntimamente ligada con la gravedad penal, ya que la actuación del agente se encuentra facilitada por el aprovechamiento “de una cierta relación en la cual se colocó el agente”, siendo, por tanto, la voluntad criminosa menos intensa y grave que en el concurso real.

Igualmente sostiene Mayer análoga posición, en el sentido de que una vez realizado el primer acto, es mucho más fácil la realización de los sucesivos, lo que produce la disminución en la intensidad de la resolución criminal, equivalente a una sencilla disminución de la culpabilidad, por lo que es justo determinar la medida de la pena según el grado de la última. (27)

2.—Criterio y comentario de las anteriores teorías.—Para nosotros no ofrece duda que el delito continuado, que históricamente encuentra su origen jurídico y razón de ser en la

26.—Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, páginas 317.

27.—Citado por César Camargo Hernández, El delito Continuo, páginas 41.

benignidad, en la aplicación de la pena, se mantiene también por la menor culpabilidad del agente, considerada en relación con la culpabilidad del autor de una serie de infracciones, a las que no le fueren aplicables las normas del delito continuado, sino los del concurso real. Pero es indiscutible que también las ventajas prácticas y los fines utilitarios de la política judicial, sostienen esta figura.

3— Para determinar con precisión el concepto de una cosa, es necesario conocer su naturaleza; por tanto será materia de los siguientes párrafos, tratar sobre la “naturaleza” del delito continuado, por lo que hace a su diversidad de acciones, eslabonadas por el mismo propósito y encaminadas a violar el mismo bien jurídico.

Por su parte, la doctrina no ha dejado en olvido el tema de referencia; al contrario, ha agrupado las diferentes opiniones de los tratadistas de la materia fundamentalmente en tres teorías:

- a).—Teoría de la ficción.
- b).—Teoría de la realidad natural y
- c).—Teoría de la realidad jurídica.

Brevemente y a manera de resumen vamos a delinear las más relevantes características de cada una de estas teorías.

TEORIA DE LA FICCION:—Como partidario de esta tenemos a **Manzini**, (28) quien nos dice “si la Ley no hubiere asignado al elemento mismo **designio criminoso**, eficacia unificadora”, tendríamos, en lugar de un delito continuado, un concurso material de delitos constituido por la reiteración del mismo hecho delictivo por parte de la misma persona.

Para explicar la anterior afirmación el tratadista citado, hace una fundamentación en el sentido de ser “la voluntad del Estado, que considera como un solo delito, una pluralidad de delitos, sobre la base de una excepcional apreciación del designio criminoso, dando concientemente a una noción, en sí

28.—Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, páginas 419.

misma no verdadera (delito único) el carácter de un estado de hecho exactamente conocido (pluralidad de delitos) creando así una ficción jurídica. (29)

Por su parte el dogmático Italiano **Guiseppe Maggiore**, sostiene sobre la misma base de la identidad creada por el mismo designio criminoso, que la institución del delito continuado es una ficción jurídica determinada por el favor rei, como una excepción al principio *Quot delicta tot penae* (cuantos delitos cuantas penas), y basándose en la Legislación Italiana vigente, indica que se trata de una unidad querida por la Ley y no de una unidad real. (30)

Esta posición es también admitida por **Eugenio Cuello Calón**, (31) cuando después de enumerar los elementos que lo constituyen, expresa: "realmente, no obstante las opiniones adversas, la figura del delito continuado constituido por diversas violaciones del mismo precepto penal, realizadas en diversas acciones, está fundada en una ficción jurídica".

Adhiriéndose a la misma tesis, **Cesar Camargo Hernández**, sostiene que en tratándose del delito continuado constituye una ficción jurídica; manifestando que no hay más remedio que reconocer que está constituido por una serie de acciones, cada una de las cuales es, aisladamente considerada, una violación de la norma penal, y que esta pluralidad de delitos, a efectos de conseguir determinados fines, se supone que constituye una unidad delictiva; luego existe una contradicción entre lo que el delito continuado realmente es, y lo que jurídicamente se considera que sea. (32)

En consecuencia, esta teoría, de acuerdo con el origen histórico de la institución, ve en el delito continuado 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",

29.—Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, páginas 420.

30.—Guiseppe Maggiore.—Tratado de Derecho Penal, Tomo II, páginas 181.

31.—Eugenio Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima Edición, páginas 626 y 27.

32.—César Camargo Hernández, El Delito Continuado, páginas 42.

para evitar la acumulación de las penas por aplicación de las normas del concurso real de delitos. En una palabra, los distintos delitos se consideran como uno solo, mediante una ficción apoyada en la identidad de propósito, resolución o designio.

TEORIA DE LA REALIDAD NATURAL:—Alimena, estructura ésta diciendo que el delito continuado es un delito único, tanto subjetiva como objetivamente: lo primero, porque la resolución es una sola, uno solo el dolo, y desde el primer instante se representa el delincuente todas las acciones sucesivas; lo segundo, “por que no importa que la cosa que se quiere obtener se obtenga en una sola vez o en varias sucesivas”.

Y continúa diciéndonos, “el delito está constituido por dos elementos necesarios: la intención, es decir el dolo, y la lesión jurídica; mientras que la acción no es más que un medio. La pluralidad de acciones (si la acción es un medio) no puede dar lugar, por sí misma, a pluralidad de delitos. No queda más que la intención, el dolo y la lesión jurídica. Pero la intención es única porque es única la resolución; pues resulta cierto que el delito es siempre el mismo, aun cuando queriendo ejecutarlo todo en un momento, se delibere después subdividirlo; por lo tanto la investigación debe limitarse sólo a la lesión. . . que “está constituida por la totalidad de la agresión a un derecho o a una regla de conducta, no por cada una de las cosas sobre las que materialmente recae el delito, o por cada uno de los momentos durante los que la agresión se desarrolla y ejecuta” (33); luego cuando se obra en virtud de una sola resolución es igual realizar el hecho en varias veces vue en una sola.

De lo anterior es de concluirse que, para esta teoría, las distintas acciones, aun constituyendo cada una por sí un de-

33.—Alimena, principios de Derecho Penal, Tomo I, páginas 492 y siguientes.

lito, no son más que una parcial realización del resultado total por haber sido realizadas en virtud de una única resolución.

Se adhiere a esta teoría entre otros **Florian**, cuando manifiesta "el delito continuado corresponde a una verdadera realidad psicológica y humana del delincuente". (34)

TEORIA DE LA REALIDAD JURIDICA:—Apoyada por **Von Liszt**, (35) quien sostiene que el delito continuado es una creación del derecho. La noción del delito, ya sea éste simple o compuesto, se debe a la voluntad legislativa. Considera que en el delito continuado, en cada acción existe una manifestación distinta de voluntad, no habiendo, por tanto, unidad de dolo y casi nunca de designio.

Además de las teorías que dejamos expuestas existen otras que no han alcanzado tanta importancia. Entre ellas citaremos concretamente en primer término la de **Sabatini** (36), para quien el delito continuado constituye un "tertius genus" con caracteres diferenciales propios no siendo por lo tanto, ni un delito único, ni un complejo de delitos.

Por otra parte, algunos penalistas han afirmado que la figura en cuestión constituye: bien una circunstancia agravante o bien una causa de atenuación de la pena; pero como dice **Manzini** (37) el solo hecho de que sea posible profesar dos opiniones antitéticos en esta cuestión demuestra la falacia de una y del a otra; y **Florian** (38) añade: "en realidad, desde el punto de vista jurídico la continuidad no es ni un agravante ni un atenuante; si bien es una forma distinta, compleja del delito".

4.—OPINION DEL SUSTENTANTE:—Consideramos que el problema es arduo y se ha presentado difícil en la doctrina; aun se ha complicado más, en cuanto no existe uniformidad doctrinaria, inclusive ni la misma reglamentación del concepto en estudio por todos los países.

34.—**Florian**, *Diritto Penale*, parte general, volumen primero, segunda edición, páginas 203.

35.—**Von Liszt**, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, páginas 150.

36.—**Sabatini**, citado por **César Camargo Hernández**, *La Reforma Penal Mexicana*, Proyecto de 1949.

37.—**Manzini**, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, páginas 420.

38.—**Florian**, obra citada, páginas 745.

De acuerdo con lo asentado, antes de fijar nuestra postura, estimamos indispensable hacer un breve comentario a cada una de las teorías expuestas.

No estamos de acuerdo con la teoría de la ficción, por lo que hace a su denominación y contenido. Actualmente, el derecho en sí y sus conceptos, no tiene su base en la ficción, es decir, en la creación artificial e imaginaria de la mente del hombre; por el contrario, aquellos están impregnados de una realidad propia de la convivencia social.

No podemos aceptar la teoría de la realidad natural tal como la expone Alimena, no obstante la aparente certeza de la misma. En efecto, no es exacto que el delincuente desde el primer instante siempre se represente todas las acciones; puede no representarse la totalidad de ellas: todo depende de la especial situación en que se encuentre colocado el agente, que le permita realizar un número indeterminado de actos delictuosos, cuyo número matemático puede no ser previsible en ciertas circunstancias.

En consecuencia, tampoco es cierto que las distintas acciones, aun constituyendo cada una por sí un acto delictuoso, sean una parcial realización del resultado total previsto, por haber sido realizadas en virtud de una sola resolución dolosa.

Además, utilizar la denominación realidad natural, supondría la realización de leyes biológicas y naturales, y en derecho no siempre tienen aplicación tales conceptos, ya que la figura en estudio encierra una pluralidad de acciones, unidad de propósito y violación del mismo bien jurídicamente tutelado, con realidad propia de la conducta humana, que no puede estimarse, desde el punto de vista penal perdedeterminado por leyes biológicas que fatalmente lo impulsen.

Debe tenerse en cuenta que lo antes afirmado no quiere decir que neguemos la unidad real del delito continuado, aunque las varias acciones que integran el multicitado delito no pueden considerarse tan sólo como un medio de ejecución de un preconcebido plan delictivo general.

En principio los conceptos del derecho son una creación del mismo, mediante determinado procedimiento, pero atribuir la naturaleza intrínseca o esencia del delito continuado a la voluntad legislativa, es un desacierto, en virtud de que aquel existe y ha existido psicológicamente en la intención y en la situación del sujeto activo, antes de la contemplación del legislador por lo que hace al concepto del delito.

Es más aunque el legislador no prevea la existencia del delito continuado, de todos modos podría darse el caso de una persona que, con unidad de propósito, realice diversas conductas vulnerando el mismo bien jurídico protegido. En tal hipótesis el olvido lamentable del legislador no destruye la realidad psicológica del agente que con unidad de designio realice la continuidad de una figura digamos de contrabando.

En conclusión, estimamos que el delito continuado no es una creación jurídica ficticia, ni producto únicamente de una realidad natural biológica necesaria, como parece que pretenden afirmar algunos autores, sino más bien, es la realización de una conducta, voluntariamente querida, con repetición de acciones eslabonadas, que producen violaciones a las leyes prohibitivas. Es decir, la voluntad delictiva viene a manifestarse, mediante la pluralidad de acciones encadenadas por una unidad de propósito dañoso a bienes jurídicos tutelados, que reunidos todos ellos mediante la actuación delictiva produce el delito continuado, constituyendo más bien una REALIDAD SOCIAL sujeta en su ejecución a las leyes de la psicología y a las limitaciones que el derecho impone a su conducta.

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS DEL DELITO CONTINUADO

SUMARIO: Elementos que configuran el delito continuado.—Teorías al respecto.—2.—Unidad y Pluralidad del Sujeto Pasivo.—3.—Consumación del Delito Continuado.

1.—Hasta aquí hemos visto la estructura técnico jurídica del ilícito penal y la doctrina profesada en páginas anteriores se conecta a este supremo postulado: que el delito es un ente jurídico; fórmula aceptada podríamos decir casi unánimemente por los juristas de la época. A su vez el derecho lo estudia bajo un método específico.

Frente a este todo orgánico, que es el delito, debe anotarse que el interés que día a día va adquiriendo para los estudiosos del Derecho Penal cualquier tema relacionado con él se debe al impulso recibido por la moderna concepción de la teoría jurídica del delito.

Ahora bien, respecto a nuestro tema de estudio es preciso aceptar, que el problema del delito continuado hasta la fecha has ido objeto de las más diversas discusiones; sin embargo, la doctrina al respecto ha sentado ya algunas conclusiones y bases de gran importancia sobre este importantísimo instituto de la teoría general del delito.

Los autores al ocuparse del delito continuado entienden por éste, aquella unidad delictiva, que se encuentra formada por una pluralidad de acciones u omisiones, que consideradas aisladamente integran cada una un evento punible, por la conexión que existe entre las mismas, no pueden ser tratadas independientemente sino formando un sólo delito. Han expuesto al hacer el estudio de los elementos que lo integran diversas teorías que pueden clasificarse de la manera siguiente:

- a).—Teoría Objetiva.
- b).—Teoría Subjetiva.
- c).—Teoría Subjetivo-Objetiva.

La teoría objetiva afirma la conexión temporal de las conductas o acciones.

Mezger, (39) que es uno de los principales expositores de esta teoría, señala como presupuestos del delito continuado los siguientes:

- a).—La similitud de tipo.
- b).—Homogeneidad de la ejecución.
- c).—Carácter unitario del bien jurídico.
- d).—Conexión temporal.
- e).—La utilización de las mismas relaciones y de la misma ocasión.

Antonio Villada Morales (40) manifiesta que, en cuanto a los elementos a y c puede decirse que se confunden. Nosotros no estamos de acuerdo con el anterior punto de vista, de ninguna manera creemos que puedan confundirse el elemento a) similitud de tipo, que Mezger substituye a la unidad de precepto penal violado con el elemento c) carácter unitario del bien jurídico, ya que lo que se presupone en este último elemento es que los objetos sobre los que recae la acción delictiva no sean de naturaleza diversa aunque estén encajados dentro del mismo tipo penal.

40.—Antonio Villada Morales, Tesis Ensayo sobre el Delito Continuado.

Jiménez de Asúa (41) afiliándose a esta doctrina germánica fundamentalmente objetiva indica que la fórmula: Unidad de lugar, de ocasión etc., es la más acertada, pues estima que con el criterio subjetivo de: Unidad de resolución se puede llegar a soluciones injustas.

Como reacción contra la anterior, la teoría subjetiva criticada quizás por incompleta, señala que para configurar al delito continuado, basta atender al elemento subjetivo o nexo psicológico que liga las diversas acciones parciales en una sola unidad espiritual, lo cual en la teoría objetiva se asemeja a la homogeneidad en la ejecución.

Los presupuestos o elementos que la doctrina señala al delito continuado con base en la teoría subjetivo-objetiva, son:

- a).—Pluralidad de acciones. (conductas)
- b).—Unidad de precepto penal violado o de la lesión jurídica; y
- c).—Unidad de propósito delictivo.

Es oportuno recordar que los fallos del más alto tribunal alemán estuvieron inspirados en esta corriente en contra de la doctrina objetiva antes mencionada, requiriendo para la existencia del delito continuado aparte de la homogeneidad del tipo y de la forma de ejecución, la unidad de intención.

Eugenio Cuello Calón (42) enumera como elementos del delito continuado, que encajan dentro de la teoría subjetivo-objetiva:

- a).—Pluralidad de acciones, separadas entre sí por cierto lapso.
- b).—Unidad de precepto penal violado y,
- c).—Unidad de propósito delictivo.

Estos elementos, con la diferencia de la circunstancia "lapso" que subraya Cuello Calón, para considerar separados entre sí los diversos actos, son los mismos que hemos precisado como fundamento de la teoría subjetivo-objetiva.

41.—Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito, páginas 668.

42.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 627.

Haremos un análisis de los elementos del delito continuado de acuerdo con esta última doctrina.

a).—Unidad de propósito.—Este requisito, llamado por Impallomeni; elemento “indispensable” por ser común a las diversas infracciones en continuación, sirve de lazo de unión entre las mismas.

Para que exista el delito continuado, para que la resolución se manifieste con claridad, asienta Juan P. Ramos (43), debe mediar deliberación en el individuo antes de la comisión del delito, subrayando que debe haber en él una unidad de conciencia del delito; que no haya en la mente del delincuente tantos delitos como actos, sino una sola conciencia, una resolución preestablecida, a la que corresponde una única resolución realizada con acciones diferentes.

Examinaremos los diferentes términos propuestos para la designación de este elemento subjetivo, como sigue: “unidad de resolución”, “proyecto o programa”, “unidad de deseo”, “unidad de pensamiento”, “unidad de propósito”.

En Italia, Alimena (44) identifica la resolución con el dolo, manifestando que “la resolución sólo tiene valor cuando es activa; y si es activa no es más que unidad de violación, (aunque actuada de un modo interrumpido) y, por tanto, unidad de dolo”.

En relación con este elemento, digamos que es aventurado sostener, en algunos casos, que el agente se ha representado de antemano, toda la serie de actos que, encadenados por los otros elementos configuran el delito continuado.

Manzini, se inclina por la expresión “proyecto o programa”, la que requiere pluralidad de determinaciones, todas encadenadas a un idéntico proyecto concreto. (45)

Leone (46) llama al elemento en estudio “unidad de deseo” y al efecto dice: “En el momento que el interés pasa al

43.—Juan P. Ramos, Curso de Derecho Penal, Tomo II, páginas 105.

44.—Alimena, Principios de Derecho Penal, Tomo I, páginas 498.

45.—Manzini, Tomo III, páginas 421.

46.—Leone, Il reato abituale continuato e permanente, pá-

estado de deseo, inmediatamente antes de subir a la fase volitiva complicada y difícil, en la mente del agente se dibuja y perfila el bien que el juicio de utilidad ha declarado adoptado a satisfacer su deseo. Este deseo pasará por tanto, a través de la fase deliberativa y resolutive que se traducirá en conducta externa”.

Peláez de Heras (47), se inclina por la denominación “pensamiento”, manifestando que propósito y resolución ofrecen un aspecto unilateral: el ideativo y el resolutive respectivamente, y a la par uno interpreta el factor intelectual y el otro el volitivo, por lo que entiende que para expresar la idea deseada no es suficiente el término resolución. Y añade, que “tal vez pudiera pensarse en alguno distinto, comprensivo de ambos como el pensamiento”.

Eugenio Cuello Calón (48) opina que el término más adecuado para denominar este elemento interno y común a las distintas infracciones en continuación, es el de “Unidad de Propósito”, al cual nos adherimos en virtud de ser menos deficiente y complicado que los demás. Efectivamente, por lo que hace a la unidad de resolución, por tener un significado dinámico equivalente a unidad de acción o de ejecución, no creemos que sea la expresión más adecuada para designar este elemento del delito continuado en estudio.

Jiménez de Asúa (49) substituye a la unidad de propósito la identidad de motivo.

Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que el nexo de la continuación se interrumpe, cuando entre las distintas infracciones medie un acto de “arrepentimiento o de retracción”, pues para la realización de posteriores infracciones sería necesario un nuevo propósito. Lo mismo sucedería cuando por cualquier “actuación judicial dirigida contra el culpable”, se interrumpe la cadena, pues la actuación judicial es un hecho tal, que hace necesario, para volver a

ginas 279.

47.—Citado por César Camargo Hernández, la Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949.

48.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 630.

49.—Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito, páginas 668.

delinquir, un nuevo propósito. Lo mismo sucedería cuando por cualquier "actuación judicial dirigida contra el culpable", se interrumpe la cadena, pues la actuación judicial es un hecho tal, que hace necesario, para volver a delinquir, un nuevo propósito. Aparte de la intervención del Estado, puede además interrumpirse la continuación por "obstáculos de cualquier naturaleza" (en sentido lato), que tengan la fuerza suficiente para obligar al agente a modificar el proyecto primitivo recurriendo a otros medios de ejecución.

b).—Otro de los elementos para que se produzca la figura del delito continuado es la Pluralidad de acciones u omisiones.

La acción como hemos visto en capítulos anteriores es el medio para la actuación de la voluntad y, como tal, puede desarrollarse y perfeccionarse en un momento relativamente corto, y estamos en presencia del delito instantáneo (homicidio); puede desenvolverse sin solución de continuidad en forma antijurídica dándose con ello el delito permanente (rapto); finalmente, consistir en una serie discontinua de acciones parciales que mutuamente se integran formando entre todas una sola agresión de conjunto al derecho, y eso sucede con el delito continuado.

Desde el punto de vista jurídico, para el derecho punitivo tiene interés la actividad o acción, siempre y cuando al realizarse produzca consecuencias antijurídicas en el mundo exterior.

Cada acción, de las que constituyen el delito continuado, es perfecta y objetivamente independiente; así pues para que exista la continuidad de la figura es necesario que trate de varias acciones, es decir, que el elemento material sea una iteración. Esto es, que varios actos, aunque cada uno aisladamente considerado puede ser constitutivo de delito, no cons-

tituyen más que una acción y, por lo tanto, sólo producen un único delito.

Por eso se ha intentado dividir las nociones de acto y acción, significando con la primera, al elemento simple del obrar humano, mientras que la segunda, significaría la serie, más o menos prolongada, de actos que entre sí guardan una conexión perfecta, por estar inspirados en la procura de un fin absolutamente inmediato y común a todos, mientras que el acto, como hemos dicho, no es más que un momento de la acción, la parcial actuación de la voluntad criminosa; la acción u omisión viene a ser la actuación completa de la voluntad criminosa en relación con el delito que el agente quiere cometer.

Cuando nos referimos a pluralidad de acciones en el delito continuado, deben entenderse en la acepción genérica que hemos dado a la acción, en consideraciones anteriores. En el término de pluralidad de acciones, quedan incluidas las omisiones; que como tales pueden originar el delito continuado, siempre que se reúnan los otros dos elementos.

c).—Como tercer y último elemento de la figura en estudio, tenemos “Unidad de precepto Penal Violado”. Elemento “indiscutible” llama también a éste, Impallomeni (50), y efectivamente la doctrina italiana parece tenerlo como tal. Se comprenderá por tanto que no lo sea en la doctrina alemana, cuya tendencia objetiva hemos señalado.

En relación con la misma disposición legal debemos entender no solamente aquella que está contenida en el mismo artículo, sino también aquella que resulta de varios artículos, cuando la unificación provenga de la unión o de la referencia de normas secundarias a la principal.

De suerte, que la expresión “misma disposición de la Ley”, no equivale necesariamente al mismo título (el cual resulta de los elementos constitutivos de la especie, y de la par-

50.—Citado por Sebastián Soler, Tomo II, primera reimpre-
sión, páginas 638.

titular sanción aplicable y por tanto menos a "mismo artículo de la Ley").

Manzini (51) sostiene que los hechos deben estar comprendidos en la norma incriminadora principal, siguiendo un criterio extensivo.

Pero no podrá existir nunca delito continuado cuando las normas incriminadoras violadas, aun cuando reprimen el mismo hecho, se encuentren en leyes diversas (ejemplo de robos, el punible al tenor del Código Penal y el otro a tenor del Código Penal Militar) porque en tal caso se tiene diversidad no sólo de disposición, y de ley, sino también de objetividad jurídica.

La continuación queda también excluida cuando las normas violadas se encuentren en diversos libros o títulos de la misma ley, y no tengan el indicado carácter complementario o integrativo de una norma singular incriminadora. Entre nosotros sería el caso del delito de allanamiento de morada y lesiones (arts. 285 y 288 del Código Penal de Distrito y Territorios Federales).

La continuación no puede existir tampoco en el caso en que se haya violado diversas disposiciones de ley contenidas en el mismo capítulo del Código, cuando se trate de incriminaciones esencialmente diversas.

Por nuestra parte, nos afiliamos al criterio seguido al respecto por Mezger (52) y Jiménez de Asúa (53) quienes sostienen que existe unidad de violación cuando las conductas se refieren al mismo tipo legal, esto es a la misma figura delictiva de descripción típica.

2.—Tema de gran interés y de relevancia suma, que ha absorbido el tiempo a todos los estudiantes del Derecho Penal, es el relativo a la Unidad y Pluralidad de Sujetos Pasivos.

Carrara (54), subraya enfáticamente que "es indiferente la Unidad de Sujetos Pasivos" en el delito continuado.

51.—Manzini, Tomo III, páginas 447.

52.—Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, páginas 319.

53.—Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito, páginas 670.

54.—Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Tomo II, páginas 344.

Lucchini (55), sostiene que no es compatible la existencia del delito continuado con pluralidad de sujetos pasivos. Por su parte admiten la pluralidad de sujetos pasivos, con exclusión contra los delitos cometidos en la persona o bienes personalísimos, **Impallomeni, Alimena y Liszt (56) Maggiore**, opinan que este problema es más de hecho que de derecho. Excluye a priori la identidad del designio, en cuanto se afectan bienes personalísimos.

Pillitu indica, en forma más expresiva, "que el delito continuado puede darse tanto en los delitos contra la propiedad como en los delitos contra las personas, sea con unidad o pluralidad de sujetos pasivos". (56 bis.)

Así podríamos enumerar una larga lista de opiniones al respecto, resaltando evidentemente la diferencia de criterios en cuanto al tema de referencia.

Por lo tanto, consideramos que el planteamiento del problema de los sujetos pasivos del delito continuado puede presentarse en la siguiente manera:

a).—Quienes estiman que puede existir unidad o pluralidad de sujetos pasivos.

b).—Quienes sostienen que únicamente debe existir la unidad de sujeto pasivo.

c).—Los que atienden solamente al bien jurídico lesionado con base de un procedimiento de exclusión, considerando que no es posible la existencia del delito continuado cuando se lesionan bienes eminentemente personales.

Estamos de acuerdo con los que opinan que, en el delito continuado, no es necesaria la unidad del sujeto pasivo, excepto cuando sean lesionados bienes jurídicos de materia eminentemente personal, tales como la vida, la integridad corporal, la honestidad, la libertad, libertad sexual y el honor.

Admitir de modo absoluto la teoría de la pluralidad de sujetos pasivos, no creemos que tenga justificación por esti-

55.—Lucchini, citado por César Camargo Hernández; La Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949.

56.—Citados por Sebastián Soler, Tomo II, primera reimpresión, páginas 340.

56 BIS.—Pillitu, *Il reato continuato*, páginas 106. Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949.

marla contraria a los sentimientos que hacen posible la convivencia social, pues mientras al que hurta le suele ser indiferente la persona del propietario o propietarios, al homicida no le son indiferentes sus víctimas.

Lucchini, afirma que tanto en los delitos contra la persona como en los que se dirigen contra el patrimonio, es condición indispensable la unidad del sujeto pasivo. Si bien es cierto en cuanto hace referencia a aquellos delitos que tienen por objeto bienes jurídicos eminentemente personales, no podemos decir otro tanto de los cometidos contra la propiedad.

En resumen, habiendo revisado las posturas que existen con relación al problema de los sujetos pasivos en el delito continuado, es oportuno exponer nuestro punto de vista al respecto. Consideramos que la tesis, que exige la unidad de sujetos pasivos, es inconsistente por unilateral, pues en realidad el problema planteado se resuelve satisfactoriamente sosteniendo un sistema mixto, habida cuenta que unos casos es necesaria la unidad del sujeto pasivo, sobre todo para quienes aceptan que el delito continuado puede recaer sobre bienes personalísimos, y en otros casos, esta unidad es indiferente, pudiendo aceptarse la pluralidad eventualmente.

3.—La consumación de todo delito tiene importancia, pues constituye un presupuesto para la solución de otras cuestiones, como son la prescripción, la participación, el encubrimiento, la validez temporal y espacial de la Ley Penal, entre otras.

En consecuencia, es necesario tener un concepto de lo que debe entenderse por consumación de un delito y en especial del delito continuado, pues como veremos en seguida existen diversas tesis para centrar y resolver el problema de la consumación en el delito a estudio.

Carrara ha expresado que se ha consumado el delito cuando ha alcanzado su objetividad jurídica.

Cuello Calón estima que el delito está consumado cuando se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico objeto de la protección penal, (57) agregando, que existe delito consumado cuando habiéndose ejecutado todos los actos propios y característicos del delito, se realiza el resultado directo e inmediato de la conducta.

Por su parte **Jiménez de Asúa** sostiene que el delito consumado existe cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad; sin embargo reconoce que siendo el delito perfecto cuando la previsión del tipo legal se convierte en realidad concreta, hay que acudir a cada tipo penal concreto para averiguar en cada uno el momento de su consumación. (58)

Con lo anterior consideramos que el delito queda consumado cuando se integran todos los elementos del tipo; tesis que en México ha sido sostenida por **Celestino Porte Petit**. (59)

Como hemos asentado, de acuerdo con la tesis subjetivo-objetiva el delito continuado consta de tres elementos:

- a).—Unidad de propósito.
- b).—Pluralidad de acciones; y
- c).—Unidad de lesión jurídica.

Ahora bien debemos de entender por “integración de los elementos del tipo”, la ejecución de todas las fases y momentos de la conducta descrita por el tipo penal; de suerte que con esto, la consumación del delito en estudio debe considerarse consumada cuando se integran los elementos del tipo del delito y cuando además se dan los elementos de la continuidad señalados en las letras a), b) y c).

Nótese que, respecto a la consumación del delito continuado, existe un elemento de relevante consideración como es la pluralidad de acciones, concepto que deberemos tener muy en cuenta para las argumentaciones que subsiguen.

57.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 642.

58.—Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, páginas 617.

59.—Porte Petit, apuntes taquigráficos tomados en clase.

Existen tres tesis con relación a la consumación del delito continuado:

1a.—Que el delito continuado no tiene una consumación propia, es decir, que existen tantas consumaciones particulares, propias de cada uno de los actos delictuosos que constituyen el delito continuado; de tal manera, que habrá tantas consumaciones como delitos, con unidad de propósito y de identidad de lesión jurídica.

Pillitu sostiene que: a).—“El delito continuado carece de evento propio como también de un momento consumativo propio. . . Carece de un evento propio, porque el delito continuado consta de una pluralidad de violaciones de la norma jurídica y por consecuencia, de pluralidad de eventos. . . b).—Si en el delito continuado no existe un evento propio, falta todo fundamento para que pueda plantearse la cuestión de la existencia de una continuidad propia”. Y agrega: “Un delito dicese consumado cuando se ha verificado el evento; ahora ya que el delito continuado carece de un evento propio, no se podrá decir jamás por eso consumado. Lo más se podrá hablar, como hace Manzini del momento en que se produce o se agota el delito continuado”. (59) bis.

Rocco (60), manifiesta: “en el delito continuado se tiene un momento consumativo y no una consumación propia. Ahora, ya que el delito continuado consta de una pluralidad de eventos, se tendrá que serán tantos los momentos consumativos de cada figura del delito, cuantos son los delitos ejecutados en continuación”.

2a.—El delito continuado se consuma hasta el momento en que se realiza el último acto delictuoso querido por el agente.

Esta tesis nos parece errónea, porque riñe con la naturaleza del delito continuado, o sea con los elementos de la continuidad. En otros términos, uno de los elementos del de-

59 BIS.—Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, páginas 428.

60.—Rocco, Il reato continuato esposizione della dottrina de la continuazione secondo, codice penale, páginas 110 y 111.

lito continuado es la pluralidad de acciones; ¿cómo es posible que se entienda la consumación no desde el momento que exista esta pluralidad sino hasta el término de la pluralidad?

3a.—La consumación del delito continuado comienza desde el momento que existe pluralidad de acciones, a virtud de que se entiende como consumación cuando se integran los elementos del tipo, y precisamente existirá aquella desde el momento que hay unidad de propósito, identidad de lesión jurídica y pluralidad de acciones, desde la segunda realizada totalmente; de otra manera, aceptar la consumación en forma diferente, sería desentenderse de los elementos que integran el delito continuado. (61)

61.—Celestino Porte Petit, apuntes taquigráficos tomados en clase.

CAPITULO IV

DISTINCION ENTRE EL DELITO CONTINUADO CON OTRAS FIGURAS AFINES

SUMARIO: 1.—Concepto.—2.—Distinción entre el delito continuado y los concursos real e ideal.—3.—El delito continuado y el delito único.—4.—Distinción entre el delito continuado y el permanente.—5.—El delito continuado y el complejo.—6.—Características del delito continuado y de la reincidencia.—7.—Importancia de la diferenciación.

1.—Una de las definiciones que han tenido más aceptación entre los autores italianos, (62) es la de Pessina, para quien "el delito continuado es una repetición de actos criminosos constitutivos del delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso". Florian recoge esta definición en su obra. (63)

Esta definición, a nuestro parecer, tiene el inconveniente de no suministrar los elementos necesarios para evitar confundirlo con el delito único, realizado también mediante una repetición de actos.

Entre las definiciones dadas por los autores alemanes citaremos la de Franz Von Liszt, para quien el delito continuado es "la realización interrumpida y en veces reiterada del mismo hecho delictuoso".

62.—Pessina, Elementos de Derecho Penal, páginas 334.

63.—Florian, obra cita, páginas 745.

Este concepto, como todos lo que sólo tienen en cuenta los elementos objetivos, no diferencia el delito continuado de algunos casos de concurso real de delitos. (64)

Entre los autores españoles destaca, por su precisión y claridad, Cuello Calón, que dice que la figura del delito continuado se integra "cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales aunque integren la figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito". (65)

De lo enunciado en párrafos y en capítulos anteriores dejamos ya asentado que son tres los elementos esenciales del delito continuado: a).—Pluralidad de acciones (conducta), b).—Unidad de propósito y c).—Unidad de tipo penal violado.

Por lo tanto, es indispensable la concurrencia de los tres elementos para la integración del delito continuado, de tal modo, que la ausencia de cualquiera de ellos, da lugar a que se esté en presencia de otro género delictivo. Estimamos pues, que el delito continuado se produce, cuando con unidad de propósito y en distintos momentos, mediante varias acciones u omisiones, se constituye una violación del mismo tipo penal con unidad del bien jurídico tutelado.

Para llegar a determinar cuáles son los elementos que hemos precisado, séame permitido mencionar la hipótesis de alguna persona que como administrador de determinada unidad agropecuaria, se propone menoscabar el patrimonio de su propietario, mediante la ejecución de pluralidad de acciones, que se traducen en la alteración de documentos, omisión de pagos, ejecución de robo de animales y objetos inherentes a la propia unidad económica. De esto es de apreciarse que bien puede tratarse de un caso típico de delito continuado.

2.—Ha saltado a la vista, en lo que hemos expuesto hasta ahora, el hecho de no existir criterio uniforme por lo que

64.—Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, páginas 150.

65.—Eugenio Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 628.

se refiere a este delito en la doctrina jurídica, siendo por lo consiguiente indispensable hacer un distinguo con las figuras afines al mismo, para evitar posibles confusiones, tomando como partida el concepto que ya hemos dado de él.

Pues bien, habiendo examinado doctrinariamente los distintos elementos que se encierran en la estructura jurídica del delito, el cual representa un episodio de la conducta humana, puede ocurrir que ella se repita una o más veces, dentro de una serie siempre continua del a misma, resultando así, el problema denominado en la doctrina como concurso de delitos, actualmente muy debatido por los tratadistas.

Los problemas del mismo derivan de la conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de los diversos resultados obtenidos a virtud de ella. La teoría del concurso se ocupa única y exclusivamente de la pluralidad de enjuiciamientos frente a distintas acciones.

Actualmente ya no se estudia la teoría del concurso de delitos en relación con las circunstancias agravantes de la pena, sino en forma de hechos punibles. (66)

De esto, resulta justificada la afirmación que en algunas ocasiones han hecho los tratadistas respecto a determinados preceptos, los cuales originan confusiones. Efectivamente cuando se han realizado acciones plurales puede ocurrir que las mismas, lejos de excluirse con otras se confundan, por la complejidad de los elementos que las constituyen, la diversidad de doctrinas elaboradas en torno de su concepto y por la semejanza que presentan en su configuración delictiva; por ende, trataremos en el presente capítulo de analizarlas comparativamente con la figura en estudio, estableciendo sus diferencias.

En tales circunstancias empezaremos a tratar lo relativo a la clasificación hecha en la doctrina penal del concurso, en real e ideal.

66.—Rafael Montesilla Riquelme, Revista de Derecho Penal 1946.

Tomando en consideración que cuando se han realizado acciones plurales con fines distintos, y originando una pluralidad de resoluciones o lesiones jurídicas; entonces se está en presencia de diversos delitos que realizan el concurso real o material.

A más de la pluralidad de acciones y de resultados, el concurso material, que da lugar a la acumulación, requiere:

a).—**Unidad de Agente Activo.**—Este elemento contribuye a dar precisión al concepto porque lo distingue del concurso de delinquentes que origina otros problemas.

b).—**Una o varias acciones independientes con finalidades distintas.**—Característica que establece su diferenciación con el concurso ideal, en el que es requisito indispensable, la unidad de acción.

c).—**Varias lesiones.**—Las cuales deben producir varios delitos, para la existencia del concurso real.

d).—**Ausencia de sentencia firme sobre todas las infracciones acumulables.**—Elemento importante, para precisar si nos encontramos frente a un caso de concurso real, o si, por el contrario, se trata de una hipótesis de reincidencia. (67)

De lo enunciado en párrafos anteriores, podemos concluir que la nota que señala principalmente la diferencia entre el delito continuado y el concurso real es la “unidad de propósito”, y la unidad u homogeneidad del tipo penal esenciales en el primero e inexistente en el segundo, ya que la pluralidad de acciones y de sujetos pasivos es nota común de ambas formas delictivas.

La regla tiene sus excepciones en atención a la lesión del bien jurídico del sujeto pasivo, es decir, puede existir pluralidad de acciones, unidad de propósito y unidad de lesión jurídica, pero sin que pueda hablarse de delito continuado, ya exista unidad o pluralidad de sujetos si se lesionan bienes personalísimos.

67.—Artículo 20 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y 19 del Anteproyecto de 1949.

Existe concurso ideal cuando con una sola acción se violan varias disposiciones penales susceptibles de ser violadas en esa forma. Por ende, el concurso ideal está constituido por una sola acción, causal de varias lesiones jurídicas, produciéndose diversos resultados criminosos. De donde resulta evidente su diferencia con el delito continuado, teniendo en cuenta que éste está formado por varias acciones que violan un mismo tipo penal, a través de una unidad de propósito. Un ejemplo de concurso ideal está en la imprudencia del automovilista, produciendo la destrucción de un cristal y las lesiones a un transeunte. La acción en estos casos también es una sola, los resultados plurales, la sanción debe ser por ello agravada.

3.—En tratándose del delito único en relación con la figura que examinamos, los tratadistas parecen dividirse cuando plantean el tema de referencia. Al respecto se han elaborado las doctrinas objetiva y subjetiva.

La primera, sostenida por Carrara, quien después de advertir que la unidad de tiempo no tiene un carácter absoluto humanamente considerada, nos dice, que con una aparente anfibología, habrá que encontrar el criterio distintivo de la continuación en la "discontinuidad"; y así: "si los actos son materialmente continuados, con más facilidad se dirá que fueron continuados jurídicamente; que constituyen diversos momentos de una sola acción criminal, y que entonces tenemos el delito único. Si, por el contrario, son materialmente discontinuados los actos, de modo que haya un intervalo que represente interrupción de la acción criminal, se podrá más fácilmente aceptar la idea, no sólo de varios actos, sino hasta de varias acciones distintas, y excluir así al delito único para reconocer varios delitos, cuando existieran diversas resoluciones; o el delito continuado, si existió la unidad de determinación". (68)

68.—Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Tomo I, páginas 345.

Los partidarios de la teoría subjetiva, encuentran el elemento diferenciador en la voluntad del agente.

Pillitu dice: "es fácil la diferenciación, si se piensa que en el delito único, con pluralidad de actos, tenemos una unidad de designio y de voluntad criminosa, mientras que en el delito continuado hay una unidad de designio y una pluralidad de resoluciones criminosas". (69)

De lo anterior podemos deducir que las dos posiciones lejos de excluirse se complementan, en virtud de no ser posible encontrar, en la voluntad, el elemento diferenciador entre el delito único y el delito continuado, pues existe, a juicio de los partidarios de esta teoría, la dificultad de prueba, a no ser que, mediante actos anteriores, se traduzca claramente la interioridad psíquica del agente. Por lo que estimamos que sería mejor como utilidad práctica hacer nota común de ambos.

4.—En la doctrina ha despertado gran interés el problema de distinguir el delito continuado del permanente.

Cuello Calón, (70) expresa que el delito permanente "es aquel en que, después de su consumación continúa ininterrumpidamente la violación jurídica perfeccionada en aquélla".

Teniendo en cuenta el elemento utilizado para la diferenciación, podemos agrupar las distintas posiciones sustentadas en "el tiempo", "número de acciones", "número de violaciones a la ley", "resultado".

Dice **Manzini**, que cuando los varios delitos idénticos sean cometidos contemporáneamente, no puede surgir confusión entre el delito continuado y el permanente, porque los delitos en continuación tendrán forzosamente que ser instantáneos. (71)

"El delito continuado está constituido por una pluralidad de acciones, mientras que el permanente lo está por una sola". (72)

70.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 291.

71.—Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, páginas 432.

72.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 627.

69.—Pillitu, Ilreato continuato, páginas 64.

El ilustre Maestro de Pisa, manifiesta que es el número de violaciones a la ley lo que distingue a la figura en estudio, para quien "la prosecución del delito que supone el permanente, si bien puede mostrar la persistencia del ánimo perverso, no desarrolla, empero, ulteriores violaciones a la ley. la prosecución consiste en mantener vivos los efectos del primer delito, de un modo casi negativo, antes de que con una renovación de la acción en la cual, verdaderamente, hay una segunda infracción a la ley". En el delito continuado hay tantas violaciones del mismo precepto como acciones. (73)

Alimena nos dice que el delito permanente está constituido por una sola consumación, que no se agota en un instante, sino que se prolonga; y se prolonga, no de un modo discontinuo como en los delitos continuados, sino de un modo continuo, manifestando gráficamente su pensamiento comparando el delito continuado con una serie de puntos y el permanente con una línea ininterrumpida. El punto identifica al delito instantáneo. (74)

La definición que acepta la Legislación Mexicana respecto del delito permanente, ha originado arduos problemas de interpretación.

A nuestro juicio radica esta confusión en la denominación adaptada, pues en principio se habla de delito continuo para referirse al permanente, mas sus reformas fueron las que cambiaron su esencia, como lo hizo el Código de 1929 (75), que para apreciar la continuidad indicó que se debería tener en cuenta la intención del agente lo que hizo confundirle con el delito continuado.

Sin tratar de seguir la crítica en cuanto a la denominación y acierto del articulado de posteriores Códigos, por ser tema de siguientes capítulos, diremos que en nuestros días el delito permanente es considerado en el Código Penal como constituido "por la existencia de una acción u omisión,

73.—Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Tomo I, páginas 335.

74.—Alimena, Principios de Derecho Penal, Tomo I, páginas 511.

75.—Código de 1929 en su artículo 31, párrafo segundo.

la cual se prolonga sin interrupción y por más o menos tiempo". (76)

Sin restar méritos a cada una de las posturas antes mencionadas creemos que una sola por sí no puede establecer palmariamente la naturaleza del delito permanente, de suerte que sería mejor complementarse una con otra. A pesar de ello resulta evidente la diferenciación, entre el delito continuado y permanente, con todo lo relatado.

5.—Conocido el concepto del delito continuado y sabiendo que el delito complejo es "el constituido por la infracción de diversos bienes jurídicos mediante hechos distintos, cada uno de los cuales constituye por sí un delito". (76) bis

De donde resulta que podamos encontrar entre estas dos figuras delictivas las siguientes diferencias:

a).—En el delito continuado se unifican delitos de la misma naturaleza, mientras que el complejo está constituido por delitos de naturaleza diversa.

b).—En el complejo las distintas violaciones que lo componen, fundiéndose, dan lugar al nacimiento de una figura delictiva diferente de los elementos componentes, lo que no ocurre en el delito continuado que es el resultado de una serie de violaciones de un mismo precepto penal.

c).—En el delito complejo es suficiente un resultado único para considerarlo consumado.

d).—En el delito complejo el elemento psicológico puede ser único, mientras que en el delito continuado es múltiple, unificándose los distintos delitos en virtud de la unidad de propósito.

6.—Entre las características específicas del delito continuado y la reincidencia, observamos que: tratándose del delito continuado constituye un caso "suigeneris" de concurso de delitos, mientras que la reincidencia es una circunstancia agravante.

76.—Ejemplos: Rapto, asociación ilícita, privación ilegal de libertad.

76 BIS.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, páginas 291.

Para que pueda apreciarse la reincidencia es imprescindible que antes de que el culpable comience a ejecutar los hechos posteriores sea condenado en sentencia firme por los anteriores; en el delito continuado, cuando entre las distintas acciones se interpone una sentencia, se interpone el nexo de continuación, dejando de existir el mismo, siendo necesario un nuevo propósito o designio para la realización de hechos posteriores.

También para apreciar la reincidencia basta con que los distintos delitos estén comprendidos en el mismo título del Código; criterio que no es suficiente para poder apreciar la unidad del precepto penal violado o de la lesión jurídica indispensable al delito continuado.

7.—Como hemos visto existen opiniones múltiples para diferenciar el delito continuado con respecto a determinadas figuras afines al mismo.

Desde luego su diferenciación tiene una norma de capital importancia, tanto para el derecho sustantivo como para el derecho adjetivo, resolviendo una serie de problemas en relación a la naturaleza de los mismos, y nos sirve de base fundamental y decisiva para desentrañar problemas de índole tan delicada como son los relativos a la consumación, participación, encubrimiento, prescripción y todos aquellos referentes a la aplicación de la ley penal en el espacio y en el tiempo.

Concretamente en todo lo relacionado con los problemas del concurso, el delito continuado impide la acumulación de la pena y tratándose de los delitos de hábito, complejo y reincidencia su diferenciación es de interés respecto al delito continuado para evitar con éste la agravación de la pena.

A mayor abundamiento, es oportuno recordar el pensamiento de Sebastián Soler al tratar esta cuestión. Nos indica que la división entre delitos instantáneos y permanentes

es de gran valía entre otros casos para decidir sobre la procedencia de la legítima defensa.

Al efecto expresa "en el delito permanente será posible la legítima defensa antes y después de la consumación, pues todos los momentos subsecuentes son igualmente antijurídicos, en el delito instantáneo, claro está, ello no sería posible" después de consumado el acto. (77)

77.—Sebastián Soler, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, páginas 266.

CAPITULO V

EFFECTOS QUE PRODUCE EL DELITO CONTINUADO

SUMARIO: 1.—Efectos del delito continuado: Antes de dictarse sentencia y después de dictarse sentencia firme.—2.—Penalidad en el delito continuado.—3.—El delito continuado ante nuevos tipos, abolición y nuevas modificativas de tipos.—4.—La culpa en el delito continuado. 5.—Tentativa en el delito continuado.—6.—La prescripción y el delito continuado.—7.—Delitos que pueden cometerse en forma continuada.

1.—Hasta ahora se ha visto lo que es el delito continuado, y los elementos que lo integran, pero con ello no se agota el examen de éste. Cuando se comete un hecho delictivo, para sancionarlo, para imponer una pena o una medida de seguridad al delincuente, es necesario que se siga una determinada secuela que implica, desde luego, un sistema de garantías procesales. Esto entraña, por consiguiente, una conexión entre el resultado delictivo y la persona determinada a la que se estima autora de ese resultado. Por tanto, la punición del delito continuado debe estar condicionada a los efectos jurídicos que produce tal conducta en sus peculiares características.

Sabemos que el delito continuado se configura con la pluralidad de acciones, unidad de propósito y unidad de lesión jurídica. Sin embargo, pese a la pluralidad de conductas que lo constituyen, el continuado se considera como un solo delito,

siendo necesario analizar si esa unificación ha de mantenerse en todo caso o sólo para determinados efectos.

Sobre el particular, cabe estudiar las posturas diversas que sostienen los distintos tratadistas.

Entre los que consideran que el delito continuado es único, sólo para los efectos de la sentencia, tenemos a **Manzini** (78), quien nos dice: "la continuación debe mantenerse sólo para efectos de la sanción", o bien, "sólo para los fines de la pena" como lo afirma **Bettiol**. (79)

Pillitu (80), por su parte sostiene que "es absurdo indagar si tal unificación tiene eficacia con respecto a la sanción, o a la pena, y bastará decir que tiene eficacia, siempre que las normas del concurso material de delitos imponga al reo, restricciones de su libertad, contrarias al sentimiento de justicia por el que el legislador creó el instituto de la continuidad". Este autor termina afirmando que "por lo tanto, debe considerarse como único el delito continuado, no sólo para los efectos de la pena, a la que debe su origen, y también a los efectos de la aplicación de reincidencia, de la habitualidad y de la profesionalidad en delinquir".

La doctrina alemana, por el contrario, entiende que el delito continuado ha de ser único con todas sus consecuencias y efectos. Así lo afirma terminantemente **Von Liszt** (81), quien considera que "la unidad debe ser considerada y tratada como tal, en todas las relaciones jurídicas".

Por nuestra parte creemos que la unificación en el delito continuado debe ser para todos los efectos, sin dejar de admitir que a la pena debe su origen el delito continuado, ya que constituyendo una realidad social, debe tomarse en cuenta para todos los efectos procesales y legislativos.

Con lo anterior es oportuno esclarecer o delimitar los efectos que produce el delito continuado, antes de dictarse sentencia firme.

78.—Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, págs. 420.

79.—Bettiol, Diritto Penale, parte general, páginas 413.

80.—Pillitu, Il reato continuato, páginas 45.

81.—Von Liszt Tratado de Derecho Penal, Tomo II, páginas 450.

La actuación de la conducta ilícita, manifestada en forma continuada, origina el ejercicio de la acción penal, a moción del representante de la sociedad, al tenor de los extremos del texto Constitucional, y la Ley Penal en vigor.

Podemos afirmar que toda la actividad del titular de la acción persecutoria se encuentra encaminada a garantizar el ejercicio de la acción, provocando la actividad jurisdiccional para que se produzca el resultado que persigue. El titular de la facultad jurisdiccional lleva como mira el ejercicio de esa facultad, que realizada producirá las consecuencias de derecho que sean aprovechables para la determinación del delito, de la responsabilidad y de la participación del agente activo.

En suma, el juez, el agente del Ministerio Público, el defensor, el procesado y el ofendido, ejecutan determinados actos, unos voluntarios y otros impuestos por la Ley, que producen determinadas consecuencias de derecho. Todo ese conjunto de actividades diversas constituyen el proceso.

Concluida la cadena procesal antes mencionada, por los cuales atraviesan las partes, llega el momento de definir la situación jurídica del procesado y, a la vez, la determinación de los derechos del ofendido, mediante el pronunciamiento de una sentencia.

Los efectos que produce el delito continuado en los distintos estadios procesales, deben considerarse como semejantes a los que produce un delito único, a virtud de haberse considerado el delito en estudio como único también, para todos los efectos legales.

Problema diferente es el hecho de que se produzcan actos que no son constitutivos del delito, por inimputabilidad del actor, debido a su edad, y posteriormente, repitiéndose esos actos similares, continuados, cuando esa inimputabilidad ha desaparecido en el momento de cometerse la última infracción.

La situación que presenta el delito continuado después de dictada sentencia firme, es también idéntica a la de un delito único, respecto a la declaración de responsabilidad por el juzgador, de la aplicación de la pena, y de la reparación del daño.

2.—La trayectoria doctrinal considera que las penas no pueden pronunciarse de un modo fijo e invariable, sino por el contrario deben individualizarse en atención a la conducta concreta del reo a quien se tratan de aplicar. Todas las penas, en tanto su naturaleza lo permita, deben ser determinadas e individualizarse por el jugador no para ciertas categorías de delinquentes, sino para todos sin distinción.

Sobre la penalidad que debe imponerse al delito continuado los estudiosos del derecho no se han puesto de acuerdo. Mientras unos estiman que debe aplicarse la pena que corresponde al concurso real, otros piensan que debe ser la del delito único. Así lo hace **Cuello Calón (82)**, inspirándose en alguna corriente germánica, al decir que "el delito continuado denota mayor peligrosidad que el delito de acción única, por la insistencia de la conducta criminosa y por la deficiencia de los poderes inhibitorios en el agente", por lo que debe darse al juez arbitrio para imponer una mayor sanción.

Sebastián Soler, sobre el particular manifiesta, "no es corriente, sin embargo, encontrar formulada de una manera especial en los Códigos, la previsión del delito continuado debido a las dificultades que algunos de sus requisitos han levantado en la jurisprudencia. Pueden al contrario, considerarse excepcionales aquellos que la contienen de un modo adverso a la teoría de la continuación, y se propone una substitución por los principios que rigen en materia de concurso ideal y de la reincidencia. Pero en Leyes que, como la nuestra, no contienen una explícita previsión, las dificultades no se suprimen, sino que, en cambio aumentan. Esa teoría, en efec-

82.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 629.

to, responde tanto a la realidad de los hechos, que aun callando la ley, la jurisprudencia debe reconocerla y entonces surge el problema de juzgar cual es la pena adecuada". (83)

En México, si bien es cierto que nuestra codificación no ha previsto de modo expreso el delito continuado, la jurisprudencia ha reconocido no obstante su existencia y nuestros penalistas han expuesto ya diversos criterios tendientes a fijar su naturaleza y aceptación como observaremos posteriormente al hablar de la reglamentación que sobre la materia hace el anteproyecto de 1949.

De lo expuesto, entendemos que lo justo será punir el delito continuado con la sanción correspondiente al delito único, facultándose al juzgador para que, en vista de las particulares circunstancias que concurran, pueda imponer a su libro arbitrio la pena correspondiente a ese único delito pero agravada y habrá de tenerse también presente que la pena así computada deberá necesariamente, ser inferior a la que resultaría de la aplicación de las normas del concurso material de delitos; y esto por razones de lógica y de justicia.

3.—El delito continuado, como se ha dicho, no se consuma en un momento determinado, a virtud de los elementos que lo constituyen; de donde fácilmente se comprenderá la serie de problemas que pueden presentarse en los diversos cambios que sufre la conducta en el derecho legislado; al efecto distinguiremos los siguientes supuestos:

a).—Tipos delictivos nuevos.

b).—Abolición de tipos delictivos y,

c).—Disposiciones modificadas.

a).—Puede ocurrir que, tras la consumación del delito continuado y estando juzgándose al delincuente, se introduzca legislativamente un nuevo tipo delictivo por el cual tendría que dejar de considerarse la continuidad dentro de la inicial figura típica y estarse al concurso de delitos. En este caso,

83.—Sebastián Soler, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, páginas 338.

estimamos que rige con carácter absoluto el principio de la irretroactividad, ya que no puede ser punido ningún hecho que no está previsto como delito por la ley anterior a su perpetración. La doctrina unánimemente lo acepta así. La legislación mexicana también ha hecho suyo el anterior principio, consagrándolo en la Constitución Política, en su artículo 14 Constitucional y en la ley común en sus artículos 56 y 57 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales.

La Ley penal es aplicable a todos los delitos cometidos desde el momento de su vigencia; mira al porvenir, no al pasado; por tanto los hechos realizados antes de entrar en vigor, no caen bajo sus preceptos.

En la especie, cuando el agente ha realizado, en forma continua, hechos que no estaban previstos como delitos, en caso de subsistir la intención delictiva con el mismo propósito, los actos ejecutados en un principio no constituyen delito alguno por anticipidad y los actos posteriores a la vigencia del tipo, si se realizan reiteradamente, sí pueden integrar una continuación y castigarse como tal.

b).—Determinada conducta prevista como ilícita en la legislación, puede perder ese carácter por abolición del texto en donde estaba consagrada la tipicidad. Así que cuando todos los actos hubieran tenido lugar durante la vigencia de la ley derogada y aunque esos actos se encuentren juzgados y se haya dictado sentencia firme no habrá lugar a pena alguna, por aplicación al principio de que se estará a lo más favorable al reo.

c).—El legislador puede crear disposiciones modificativas para punir la conducta delictuosa. En efecto, puede suceder que la ley prohibitiva por lo que hace concretamente a la penalidad de cierto delito, incluya una "ley más severa", para juzgar a los delinquentes. En este caso, al procesado no se aplicará con efecto retroactivo dicha ley, ya que es regla de

derecho estar siempre a lo más favorable para el reo, y, por tanto, no podrá tener aplicación para la conducta ilícita continuada que se agotó con anterioridad a su vigencia. Pero cuando, dictada la ley antes del proceso las acciones en continuación hayan sido realizadas en parte, con anterioridad a la vigencia de la nueva ley más severa y en parte después, entendemos que en todo caso ha de ser aplicada la más benigna en virtud de la indivisibilidad del ilícito.

Ahora bien, cuando el legislador ha incluido en el texto positivo una nueva ley con carácter de benigna para juzgar una conducta ilícita, será aplicada ésta, en virtud del principio de retroactividad beneficiosa, tanto si el hecho delictuoso continuado se proyectó y agotó con anterioridad a su vigencia, como cuando se ha proseguido con posterioridad su ejecución, cuando del conjunto de disposiciones resulta algún beneficio para el reo y esto aunque en el primero de los casos ya se hubiera dictado sentencia y esté declarada su firmeza.

4.—En la doctrina jurídica, algunos autores como Von Liszt admiten ampliamente la continuación en delitos culposos. (84) Esto es discutible pues el hecho de afirmar que el designio criminoso se refiere a la conducta y no a los resultados, es inexacto. Si bien en el delito culposo la ausencia de intención se refiere a la producción del resultado y no al acto originario que es voluntario, este acto debe ser lícito y por lo tanto, mal podrá ser ejecutado con un propósito criminoso.

Otros autores entienden que podrá haber continuación en el delito culposo, cuando el agente no hubiere advertido los primeros hechos.

En opinión de Cuello Calón (86) la continuidad en los delitos culposos no es admisible por ser requisito indispensable de ésta la unidad de intención, como es sabido, no puede concurrir en aquellas infracciones.

84.—Liszt, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, pág. 151. Cita el ejemplo del automovilista que corriendo imprudentemente de noche atropella sin darse cuenta a una persona y poco después a otra, y el del cocinero que emplea reiteradas veces una cazuela de cobre mal esfañada causando por su negligencia varios envenenamientos.

86.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 628.

No es nuestro ánimo analizar todos los problemas habidos y por haber que despierta este problema. Sin embargo, es preciso externar nuestra opinión. Desde luego creemos que no es concebible el delito continuado culposo, si admitimos la tesis subjetivo objetiva, precisamente porque los diversos resultados no son queridos, ni aceptados, pues desde luego la identidad del propósito es incompatible con infracciones culposas.

5.—En la vida del delito concurren varios momentos. Primero, en la conciencia del agente se representa un objeto ilícito; después viene la manifestación de la idea que tiende a realizarse en el mundo exterior; a continuación, se prepara el delito por medio de actos materiales; posteriormente, se realizan los actos de ejecución del delito, aunque no se efectúen todos por causas ajenas a la voluntad del agente o por voluntad propia; o bien se ejecutan todos los actos que deberían producir el delito, no consumándose por causas ajenas a la voluntad del agente, y finalmente con la consumación.

Por el ordenamiento jurídico genral y el principio Nullum Crimen, Nulla poena sine lege, es obvio que no es punible la mera inmoralidad individual, ni la voluntad delictuosa, que no haya ocasionado un evento contrario al derecho penal; tal como las manifestaciones exteriores puramente simbólicas, cuando las mismas no hayan producido o concurrido a producir el hecho contrario al Derecho Penal.

Sin embargo, cuando la voluntad delictiva se exterioriza violando un precepto penal, aun sin llegar a su consumación, mediante un hecho exterior y material contrario al orden jurídico penal, que constituya un comienzo de ejecución típica, debe castigarse, conociéndose esta figura como TENTATIVA.

Ahora bien, la tentativa se divide en tentativa propiamente dicha o innacabada y en tentativa acabada o frustración.

La primera contiene los siguientes elementos: a).—Manifestación de cometer un delito; b).—Un comienzo de ejecución y c).—La no realización de los actos que lo consuman por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa acabada o frustración abarca los elementos siguientes: a).—Manifestación de cometer un delito; b).—Realizar todos los actos de ejecución que debían producir el delito; c).—La no consumación de éste por causas absolutamente extrañas a la voluntad del delincuente, aunque subjetiva u objetivamente haya hecho todo lo que esté de su parte para consumarlo.

Cuando los actos de ejecución y consumación no se terminan por causas propias del agente, estamos frente al desistimiento de la voluntad, dejando por lo tanto de ser punible. Por el contrario, la inacabada por causas ajenas a la voluntad del agente y la acabada o frustración, si son punibles y a ellas nos referiremos para establecer que es posible la continuación.

La existencia de la tentativa en el delito continuado es problema no exento de dudas y controversias. Sin embargo, la bibliografía penal, aunque escasa en este capítulo, nos ofrece criterios de depurada perfección técnica que pueden servir de inspiración para los fines que nos proponemos.

La tentativa es una forma accesoria que siempre hay que referir al tipo principal. Este comienza a violarse desde que se ejecutan los primeros actos, no afectando a la subsistencia de esta violación el grado mayor o menor de intensidad de la misma.

Carrara nos dice “para que haya delito continuado basta que exista la repetición subjetiva, sin que sea preciso la consumación objetiva”. Después de optar por la primera solución, advierte que la tentativa constituye un delito punible en sí mismo y un cierto modo completo en su propio género, que

tiene su objetividad en el derecho atacado con el peligro corrido, como el delito perfecto tiene su objetividad en el derecho violado. Así cuando se hayan repetido varias y diversas tentativas del mismo delito, se podrá muy bien encontrar en los sucesivos conatos (cuando no se compenetren en una única acción) la tentativa continuada.

Sin que aceptemos como cabal y exacto todo lo enunciado por el maestro de Pisa, debemos manifestar que hace consideraciones que trascienden a la esfera de los estadios penales y pone de relieve, varios problemas.

En efecto el mencionado tratadista expone las siguientes hipótesis:

- a).—Consumación seguida de tentativa.
- b).—Tentativa seguida de consumaciones.
- c).—Continuidad entre tentativas.

El primer caso no presenta ninguna dificultad; se han realizado varias acciones constituyendo una perfecta violación del mismo precepto penal, y después el autor, en prosecución del mismo propósito, intenta repetir el hecho sin llegar a conseguirlo. Entonces debe estimarse que hay continuidad hasta la tentativa inclusive. Decir lo contrario, sería estimar tales actos como delitos independientes, con todas sus consecuencias.

b).—En el segundo supuesto, es necesario comprobar que la voluntad ilícita se haya exteriorizada por la concurrencia de varias acciones delictivas y con los demás caracteres de la continuidad, y habrá que concluir que hay continuidad desde las tentativas inclusive hasta la primera consumación.

Aclaremos lo expuesto con un ejemplo tomado de Carrara. Un ladrón intenta entrar en una casa ejerciendo fuerza en una verja de hierro, pero como no lo consigue, al día siguiente vuelve con una llave falsa, no logrando tampoco su objeto; por lo que días después, provisto de una escala consigue penetrar a la casa por una ventana y apoderarse del dinero que

en ella sabía se encontraba. En el presente caso aparecen tres acciones distintas, de las que las dos primeras no alcanzan el grado de consumación, pero sí la tercera. En éste caso se puede establecer perfectamente la continuación. De lo expuesto podemos afirmar que son los medios empleados, para integrar las tentativas y cierta interrupción en el tiempo o discontinuidad, lo que hace posible la continuidad delictiva.

c).—En el tercer supuesto la reunión de varias violaciones ilícitas inacabadas deben considerarse encadenadas tratadas como acciones completas, como hemos afirmado anteriormente, a fin de constituir la continuidad.

Lo anterior puede aclararse con ejemplos del ilustre Maestro de Pisa quien dice: No habrá delito continuado, sino una única frustración cometida por aquel que intenta matar a otro con un disparo y al no conseguirlo dispara, a continuación otra vez; y así sucesivamente, varias veces, sin lograr su propósito; “pero si antes intentó matar con veneno y no tuvo éxito, después con arcabuz y tampoco lo consiguió, esos actos no son momentos de la misma acción y podrán imputarse dos tentativas, y reuniéndose ficticiamente, cuanto sea posible para la actuación criminal continuada”.

6.—De la misma manera en que prescriben los derechos, las obligaciones, las propiedades y las acciones civiles, se estimó de justicia y de interés social, que las acusaciones y las penas deben correr la misma suerte, es decir, que también son susceptibles de prescribir, en beneficio de aquellas personas que un momento dado ponen en peligro y trastornan el equilibrio y tranquilidad social al ejecutar determinados actos ilícitos. No debiendo pasar por alto el hecho que, para algunos tratadistas, la prescripción reviste mayor relevancia, ya que se pone en juego el honor, la libertad y la vida de los ciudadanos, valores humanos que están por encima de los derechos patrimoniales, considerados como secundarios.

La prescripción es una de las formas que extingue tanto el EJERCICIO DE LA ACCION PENAL, COMO EL DERECHO A CASTIGAR POR EL ESTADO, por el solo transcurso del tiempo, ya que con ella se obstaculiza la pretensa punitiva, exclusiva facultad de éste.

La prescripción en materia penal ha sido criticada lo mismo que defendía ardientemente, por preclaros estudiosos del derecho. Sin ser materia de nuestro tema, me concreto a dar mi opinión en el sentido de que los argumentos que pueden darse en favor de la existencia y finalidad de la prescripción penal, son claros y justificados, ya sea que se refieran a la acción penal o a la pena, dado que, sobre todas las cosas está el interés de la Sociedad, única que recibe las ofensas como resultado de la comisión de delitos. Por lo mismo, dicho interés social debe ser objeto de estudio en cada caso, para determinar el grado en que ha sido perturbada la armonía social por la ejecución del delito; y la posibilidad de la restauración del orden y la tranquilidad social.

En cuanto al delito continuado, la prescripción ha tomado carta de naturalización, pues la mayoría de los autores en la materia están de acuerdo con su aplicabilidad y efectos.

La doctrina muestra una relativa unanimidad, al afirmar que la prescripción comienza a correr hasta el momento en que se ha realizado el último acto de los que integran la continuación. Así **Cuello Calón (87)** nos dice, que la prescripción comienza desde que se ejecuta el último acto. **Von Liszt (88)**, expresa: "la serie de actos singulares que el derecho considera como un delito único, debe ser considerada como una unidad respecto del comienzo de la prescripción". Así pues, en el delito continuado la prescripción comienza a correr al terminar la actividad delictuosa. Para **Mezger (89)** "en los delitos continuados comienza la prescripción con el último acto".

87.—Cuello Calón, Tratado de Derecho Penal, Undécima edición, páginas 714.

88.—Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, páginas 150 y 410.

89.—Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Págs. 336.

Por lo que hace a la prescripción de la pena, unos estiman que debe correr a la extinción de todos los delitos o del delito a que ha dado lugar la pena base.

Nosotros creemos por el contrario, a este respecto que la pena que prescribe es la que corresponde a este delito como unidad, es decir, como un solo delito.

El Código Penal vigente en su artículo 102 expresa: "Los términos para la prescripción de la acción penal, serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado; desde que cesó, si fuere continuo, o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución, si se tratase de tentativa.

Del texto del artículo 107 del Código que se comenta, apreciamos la regla especial en tratándose de delitos continuos que sólo pueden perseguirse por queja de parte, "la acción penal prescribirá en un año, contados desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente".

Resulta notorio que en ambos preceptos de nuestra Legislación sustantiva vigente no resuelve el problema de la prescripción en el delito continuado, siendo en el anteproyecto de 1949 donde se resuelve satisfactoriamente este problema.

7.—Por regla general podríamos sentar que todas las infracciones pueden revestir la forma continuada, evidente en unas y poco clara en otras figuras delictivas atendiendo al bien jurídico protegido. Sin embargo, algunos autores como Alimena (90) exceptúa aquellos "en que en la continuación es, por decirlo así, natural"; estimamos que este autor se refiere a delitos, como el denominado de hábito, en los que la multiplicidad de acciones constituyen un elemento del tipo penal.

90.—Alimena, Principios de Derecho Penal, páginas 507.

En relación con este mismo problema es pertinente enfocar el tema de la continuación delictiva en los delitos que lesionan en forma directa intereses de carácter eminentemente público. Así por ejemplo, en tratándose de los delitos fiscales, en los cuales el bien jurídico tutelado lo constituye el Erario Público. ¿Cabría aquí acaso por razones de benignidad o por fines utilitarios admitir la continuidad delictiva?

Pensamos nosotros que en delitos de este tipo la tutela penal de por sí enérgica de los intereses estatales debe preponderar sobre cualquiera otra atenuante en cuanto a la punición, especialmente en determinados delitos como el de contrabando, en los que el Erario Público resulta seriamente dañado y los autores de los mismos rebelan una máxima peligrosidad.

En estos casos, somos del criterio de que cuando no puedan individualizarse plenamente los diversos delitos para aplicarle las reglas del concurso, debe admitirse la continuación delictiva, pero la pena que se imponga deberá tener en cuenta las circunstancias de agravación.

Además, es visible la comisión de este ilícito en los delitos en contra de las personas en su patrimonio, tales como robo, fraude, el específico robo de energía eléctrica, etc.

Es de notarse que en éstos, como en los delitos fiscales debe mediar un menoscabo patrimonial definitivo; así mismo, estimamos que esta figura existe en tratándose de los delitos de adulterio, injurias, difamación, calumnia, etc.

Si bien es cierto que nuestra enunciación no es limitativa, sí demuestra la posibilidad de existencia de la conducta ilícita manifestada en forma continuada dentro de nuestra ley sustantiva; por ende, debe estarse en favor de la previsión legal de esta figura o forma delictiva, como acertadamente lo hicieron los autores del anteproyecto de 1949.

CAPITULO VI

EL DELITO CONTINUADO EN LA LEGISLACION MEXICANA

SUMARIO: Antecedentes: a).—Legislación Mexicana.—1.—Código de 1871.—2.—Código de 1929.—3.—Código de 1931.—4.—Anteproyecto de 1949.—5.—Códigos Ibero-americanos que reglamentan el delito continuado.

El derecho penal no puede ser ajeno a las constantes transformaciones que día a día experimenta la sociedad. Las inquietudes de tipo social que se actualizan dentro de la convivencia colectiva, precisan la necesidad de que el derecho las regule y encauce hacia metas de mejoramiento material y espiritual, creando seguridades para los miembros de la sociedad, elevando su nivel de vida y dirigiendo su propia actividad hacia el acatamiento de la ley, como norma suprema, base y cimentación de todo conglomerado social.

La legislación penal mexicana no ha permanecido al margen de esto; por el contrario, ha hecho suyo el estudio de la conducta ilícita, acogiendo las diferentes doctrinas abrigadas al calor de las épocas; de tal modo, que podríamos decir de aquélla, que es producto de la tradición y del conjunto de las nuevas corrientes doctrinales.

Los movimientos económico sociales han provocado cambios del mismo tipo, dejando firmes las ideas que los impulsaron, formando por otra parte pueblos con costumbres y tradiciones propias, reflejándose inclusive en todo el universo como lo fue la revolución francesa.

En nuestro medio, desde la Junta de Zitácuaro hasta las discusiones del Constituyente de 1857, se desarrollaron movimientos sociológicos dentro de los cuales descollaron hombres de honda sabiduría y acendrado patriotismo, que dieron término a la Constitución Política de 5 de Febrero del mismo año; código fundamental que fija la suerte de la Nación y sirve de base indestructible al grandioso edificio de nuestra sociedad.

Con los movimientos revolucionarios llegaron a un punto álgido los problemas sociales existentes y algunos de ellos se convirtieron en males endémicos de los que adoleció la Revolución durante muchos años. Entre ellos se pueden contar: la vagancia, la inseguridad de los caminos y más tarde las deserciones del ejército. Los autores de nuestro movimiento ideológico-revolucionario fijaron en conjunto las primeras bases de nuestra Legislación. Penal, recogidas principalmente en el Código de 1871, que absorbió las corrientes doctrinarias de esa época.

Dentro de los conceptos que encierra tal ordenamiento, encontramos el que se consigna en los extremos del artículo 28, cuyo texto estimamos no tiene antecedentes legislativos en nuestro medio y cuya importancia no se había revelado hasta el anteproyecto de 1949. La extraordinaria parquedad textual del citado artículo 28, su escaso desarrollo doctrinal y su aplicación práctica, cabe atribuir las, por una parte, a una construcción notoriamente defectuosa y, por la otra, a la falsa o equivocada apreciación por el foro mexicano.

Analizando las notas características que encierra tal artículo, estimamos pertinente realizar un juicio crítico sobre el mismo, en relación con las opiniones de los más destacados penalistas.

El citado artículo 28 establece la siguiente definición: **“llámase delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo la acción o la omisión que constituyen el delito”**. De lo asentado en el precepto saltan a la vista dos notas características, a saber: una acción o una omisión; la prolongación ininterrumpida de ellas.

Los anteriores elementos nos demuestran que dentro de ellos se presupone una acción o una omisión ininterrumpidamente realizada en el tiempo, que motiva un resultado antijurídico, subsumible en un determinado tipo delictivo, lo que implica la permanencia de la antijuricidad de la conducta, elemento esencial e imprescindible del delito permanente.

Armando Hernández Quiroz ha escrito al respecto: “el artículo 28 del Código Penal de 1871, entendió por delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo la acción o la omisión que constituyen el delito. Nótese el error de suponer una sola acción prolongada en el tiempo ininterrumpida, cuando en verdad se trata de pluralidad de acciones cómodamente distinguibles en su principio y en su fin, por entero identificables una por una, Adviértase también que este precepto de la vetusta legislación mexicana provoca arduos problemas de interpretación. Más del mismo modo, convéngase con José Angel Ceniceros y Luis Garrido, en el extraordinario mérito que encierra al convertirse en bases objetivas”.

Es criticable el pensamiento de Hernández Quiroz, pues insistimos en que el artículo 28, hace alusión al delito permanente o continuo, como lo sostiene la mayoría de los comentaristas mexicanos. No puede haber el error que indica



Hernández Quiroz, al suponer una acción proyectada en el tiempo sin interrupción, porque precisamente esa acción ininterrumpida corresponde a la esencia del delito permanente. Lo que en verdad sucede, es que dicho autor estima por confusión que el contenido del delito continuo debe ser el del delito continuado.

Por tanto, ha tenido razón **Juan P. Ramos** al decir que la denominación de delito continuo, adoptada por la mayor parte de los autores, presenta equívocos, derivados de la confusión que puede producirse entre delitos continuos y continuados.

Ceniceros y Garrido, (91) comentando el Código de 1871 en su artículo 28, utilizan indistintamente el término continuo o continuado, sin darnos una noción exacta, de lo que dichos autores entienden por este último, por lo que resulta poco firme el criterio doctrinal sustentado por ambos penalistas.

En conclusión, opinamos que los redactores del Código de 1871, aquilataron con lealtad las condiciones del medio social y corrientes doctrinarias imperantes en esa época, supeditando con firmeza todo criterio personal. Se sirvieron de la doctrina para hacer la ley lo mejor posible, técnicamente, y si bien no lo lograron, dejaron los cimientos para conseguirlo.

En consecuencia, tuvo acierto el legislador de 1871 por lo que hace a la reglamentación del delito permanente, pese a que los comentaristas o tribunales hayan interpretado su concepto en forma inaceptable. Tal acierto consiste en haber plasmado las doctrinas sobre el delito permanente, en el texto del artículo 28 que se comenta, cuyos elementos corresponden a los de la concepción doctrinal, aunque en el texto se le dé el nombre de continuo.

91.—**Ceniceros y Garrido**, la Ley Penal Mexicana, páginas 82 y 83.

CODIGO DE 1929

Un nuevo intento de reglamentación a la conducta ilícita lo encontramos en el Código llamado Almaraz, el cual transcribió en el artículo 31 fracción I que el delito continuo es "aquel en que se prolonga por más o menos tiempo la acción o la omisión que constituyen el delito" y que "para apreciar la continuidad se deberá tener en cuenta no sólo las acciones materiales, sino la intención del delincuente".

Este ordenamiento se caracteriza por haber sido dictado con gran afluencia de la escuela positiva, entonces dominante. Contenía tal número de defectos, que si vigencia fue fugaz, y Jiménez de Asúa hace el siguiente juicio sobre él: "Vieja estructura técnica y pretendida modernidad, que no se logra porque en contados artículos se haga la declaración verbalista del fin defensivo de la pena y del criterio básico de peligrosidad del agente, pues estas frases se desmienten y contrarían a cada paso con el dilatado camino de los artículos. Profundo error de la técnica jurídica. Casuismo extremo, definición en faseta positiva y negativa. Extensión insólita". (92)

Como se ve, el legislador de 29 en la nueva redacción del artículo 31, incurrió en el equívoco de no establecer la diferencia entre el delito continuo y continuado, pues en realidad solo da una definición del primero, añadiéndole un elemento subjetivo.

Resulta acertada pues la crítica hecha sobre dicho ordenamiento por Jiménez de Asúa, pues como podemos apreciar en el caso concreto se destruyó la labor técnico-jurídica elaborada por el Código que le antecedió al enlazar un delito correctamente configurado con un elemento de otra conducta ilícita de naturaleza distinta.

92.—Códigos Ibero-americanos, páginas 78.

CODIGO PENAL DE 1931

Este cuerpo legislativo ha regido la vida jurídica penal mexicana, de 31 al presente. No se hizo ni para satisfacer a los clásicos ni a los positivistas; trata de ser simplemente un cuerpo acorde con la realidad mexicana, ya que se estimó que ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar íntegramente la estructuración de un código penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática o sea práctica y realizable. (93)

Ahora que en cuanto al tema de este trabajo, observamos que el legislador de 1931 adoptó digamos íntegramente la definición del delito continuo que consagraba el Código Penal de 1871, suprimiendo el elemento intención que emplearon los redactores del código de 1929.

Se han suscitado variadas polémicas en torno al verdadero sentido del artículo 19 del Código vigente, ocasionando la consiguiente divergencia en la aplicación procesal de dicho precepto derivada de la confusión reinante.

Ceniceros y Garrido, (94) Carrancá y Trujillo (95) y González de la Vega (96) han hecho una interpretación del párrafo II del artículo 19 de nuestro Código vigente, que en nuestra opinión es errónea, pues dichos juristas han estimado que dicha disposición legal hace referencia al delito continuado.

Por su parte Mariano Jiménez Huerta (97), corrige un criterio anteriormente expuesto por él, en el mismo sentido de los penalistas antes indicados. Ultimamente dicho autor sostiene, como lo había anticipado Porte Petit en México (98), que la verdadera esencia del precepto comentado es la de encerrar el concepto de delito permanente, criticando la Anfibología que implica la expresión delito continuo empleada por la Ley.

93.—Exposición demotivos del Código de 1931.

94.—Ceniceros y Garrido, *La Ley Penal Mexicana*, Págs. 83.

95.—Carrancá y Trujillo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, páginas 282 y 283.

96.—Francisco González del a Vega, *El Código Penal Comentado*, páginas 382.

97.—Mariano Jiménez Huerta, *Panorama del Delito*, Págs. 65.

98.—Celestino Porte Petit, *Conferencia dada ante la Academia Mexicana de Ciencias Penales*.

El Código de 1931 volvió a la definición objetiva que sobre el delito continuo consignaba el Código de 1871 teniendo en cuenta la dificultad de comprobar el factor "intención".

ANTEPROYECTO DE 1949

Las diversas concepciones realizadas sobre el tema de nuestro trabajo, desde el remoto pasado se han venido sucediendo, transcribiendo parcialmente sus conceptos en nuestros códigos que han regido los destinos de la conducta ilícita, respecto al concepto del delito continuado parecen substituirse por ideas y nociones nuevas cada vez más científicas, técnicas y razonables de más contenido humano para la convivencia social, a quien van a aplicarse como puede advertirse en el texto del artículo 18 del anteproyecto de 1949.

Dicho ordenamiento reglamenta certeramente el delito continuado en su artículo 18 párrafo II, preceptuando que es "aquel en que el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal".

No podemos exponer en detalle todas las alabanzas y críticas enderezadas en torno de dicho concepto, pues ello sería labor interminable. Nos contentaremos con estampar en estas líneas una síntesis de ellas.

Jiménez de Asúa al opinar sobre la parte general del anteproyecto de reforma del Código Penal Mexicano, empieza por decir: "No todos los errores del Código de 1931 se han corregido; pero muchos sí aparecen enmendados". En relación con nuestro tema de estudio manifiesta: "El capítulo quinto se ha modificado totalmente, y en vez de hablar de acumulación, se denomina con más exacto epígrafe: "curso de delitos", definiendo el real e ideal y dando nuevo concepto del delito continuado".

Celestino Porte Petit que fue uno de los redactores del anteproyecto que estudiamos, refiriéndose a la opinión anterior, anota lo siguiente: "El problema de la unidad y pluralidad de delitos fue objeto de la mayor atención. Nadie desconoce que al fijar la naturaleza del delito continuado se enfrentan dos teorías: subjetiva-objetiva y objetiva pura, sostenidas a su vez por penalistas de valía. El acuerdo de la comisión prevaleció a favor del primer criterio, sin dejar de observar que la redacción actual del artículo 19 inadecuada, puesto que si uno de los elementos del delito continuado es la pluralidad de acciones, hay que buscar su naturaleza, como lo señaló Francisco Carrara, en la discontinuidad de acción, o sea lo contrario precisamente de lo que establece el referido precepto cuando dice "delito continuo es aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo la acción u omisión que lo constituye". Estimo, como lo expresé en diciembre de 1948 en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, con motivo de la "exposición doctrinal" del anteproyecto del Código Penal de 1949", que el párrafo in fine del artículo 19 se refiere al delito permanente, recordando, que es "aquel en que después de su consumación, continúa ininterrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquella, o sea la permanencia de la antijuricidad. Y en cuanto al elemento de la unidad del sujeto pasivo, aun cuando se estima por juristas distinguidos como nota característica del delito continuado, no se incluyó al definirlo, en virtud de que no siempre se requiere o es necesaria la unidad del sujeto pasivo: en ciertos casos se impone esta unidad y en otros no". (99)

Eugenio Cuello Calón comentando el anteproyecto de 1949 en cuanto al tema de nuestro estudio expresa lo siguiente: "En el concurso de delitos se establecen normas mejor sistematizadas y se adopta una terminología más cien-

99.—Celestino Porte Petit, La Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949, páginas 146.

tífica: Concurso real, delito continuado. Se elimina el llamado por el Código en vigor "delito continuo", "aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituye (Art. 19), que es el comúnmente denominado delito permanente, y cuya inclusión en el concurso de delitos no tiene justificación posible por estar dicho "delito continuo" constituido por una sola acción. El delito continuado se define en el anteproyecto certeramente como "aquel en que el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto y con la violación del mismo precepto legal". (100)

El jurista español César Camargo Hernández refiriéndose también a la acertada definición que nos brindan los autores del anteproyecto del Código Penal Mexicano de 1949 sobre el delito continuado expresa, "que en dicha definición que se inspira en la corriente subjetiva-objetiva, están contenidos sus elementos esenciales a saber: a).—Pluralidad de acciones u omisiones; b).—Unidad de resolución; c).—Unidad de precepto penal violado; aunque advierte que al no adoptarse una posición definida en lo tocante a la unidad o pluralidad de los sujetos pasivos se da margen a que se susciten en la práctica graves dudas, como ocurre en otros países y reconoce finalmente que la definición dada por el anteproyecto es una de las más perfectas entre las contenidas en los Códigos Americanos. (101)

Como hemos observado por el comentario hecho por penalistas de renombre, gracias a la meritoria labor desarrollada por los autores del anteproyecto que se comenta, se ha venido a borrar la confusión reinante por lo que hace a la denominación técnico-jurídica del delito continuado que nuestra legislación vigente no reglamenta, adoptando a virtud de los elementos que constituye la continuidad de la conducta

100.—Cuello Calón, La Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949, páginas 153.

101.—César Camargo Hernández, La Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949, páginas 385 y siguientes.

ilícita la teoría objetiva-subjetiva, sostenida por tratadistas de valía y que a nuestro juicio es la más completa, toda vez que en la misma quedan comprendidos tanto la pluralidad de acciones, unidad de propósito y unidad del bien jurídico tutelado, quedando perfectamente definidos dichos elementos propios.

Del anteproyecto se han propuesto varias reformas en relación con el artículo que consigna el delito continuado, tales como lo relativo a los sujetos pasivos, prescripción, etc., los cuales en capítulos anteriores hemos tratado.

A continuación y para terminar transcribimos la reglamentación dada por algunos códigos Ibero-Americanos sobre el delito continuado, todos ellos siguiendo una orientación subjetivo-objetiva en la concepción de éste, misma que como hemos dicho se acepta en el anteproyecto.

C O L O M B I A

La Ley Sustantiva Penal de 14 de septiembre de 1936, en el artículo 32 dice que "se considerará como un solo hecho penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio, pero la sanción deberá aumentarse una sexta parte a la mitad".

C O S T A R I C A

En el artículo 50 del Código Penal de 21 de agosto de 1941 se dispone, que "se considerarán también como un solo delito la infracción repetida de la misma ley penal, cuando revelare ser ejecución de un designio único y tal repetición podrá ser apreciada como circunstancia agravante".

C H I L E

El Código vigente de 10. de marzo de 1875 contiene la siguiente disposición en su artículo 451: "En los casos de reiteración de hurto a una persona, o en una misma casa a distintas personas, el tribunal hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos substraídos y la impondrá al delincuente en su grado superior".

C U B A

Código de defensa social de 9 de octubre de 1938 preceptúa en el artículo 23 apartado C: "Se considerará como un solo delito...C.—"la pluralidad de infracciones de un mismo precepto en tiempos distintos, constituirá un solo delito o una contravención de carácter continuado si al ejecutarlo hubiere obedecido el agente a una sola determinación criminal genérica común a todas las infracciones; pero la sanción se aumentará de una cuarta parte a la mitad a juicio del tribunal, teniendo en cuenta la peligrosidad del agente demostrada por el número de infracciones y por las circunstancias concurrentes a las mismas".

CONCLUSIONES :

PRIMERA.—El delito es un fenómeno de carácter jurídico, que debe estudiarse con método rigurosamente jurídico.

SEGUNDA.—El delito continuado no es un tipo, sino únicamente una modalidad de la conducta ilícita.

TERCERA.—Debe reglamentarse el delito continuado dentro de la Legislación Penal Mexicana por constituir una realidad social, recogida y aceptada por el orden jurídico y convertida así en realidad jurídica y no en ficción. Las ficciones jurídicas ocurren cuando el Derecho con fines utilitarios se ve obligado a tergiversar o trastocar una realidad existente por otra imaginaria, cosa que no existe en el delito continuado.

CUARTA.—La continuidad de la conducta del acusado será castigada con la pena correspondiente al delito cometido en continuación, facultándose al juzgador la aplicación del arbitrio judicial dentro del caso concreto.

QUINTA.—La jurisprudencia de la Corte de la Nación no sustenta un criterio definido, sobre el problema del delito continuado.

SEXTA.—Sugerimos que se adicione el artículo 19 del Código vigente con la definición del delito continuado, basada en la teoría subjetiva-objetiva, pues con ello se llenaría la laguna que existe en nuestra Ley a ese respecto y que se sustituya la denominación del Capítulo V del Código vigente "acumulación" por la de "unidad y pluralidad de delitos", que nos parece más técnica.
