

102
217



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO CONTINUADO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CYNTHIA CASTAÑEDA MELENDEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA,

1997

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



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.

**A TI GRAN MADRE
TE DOY LAS GRACIAS POR
HABERME PERMITIDO ESTAR
SIEMPRE A TU LADO Y POR EL
GRAN EJEMPLO QUE ME DISTE, QUE
FUE TU PROPIA VIDA, EL CUAL ME
ENSEÑO A LUCHAR Y A SEGUIR
SIEMPRE ADELANTE POR DIFICIL
QUE FUERA EL CAMINO.**

**A MIS PAPAS
POR EL APOYO QUE SIEMPRE ME
BRINDARON Y QUIENES HICIERON
POSIBLE QUE CULMINARA LO QUE
EN UN MOMENTO COMENZO COMO
ILUSION Y QUE AHORA SE
CONVIERTE EN REALIDAD.**

**A MI HERMANA
AUNQUE SIEMPRE CALLADA, ME
DABA EL APOYO Y CORAJE PARA
CONTINUAR**

**A TI MICHIS
POR SER, SIN QUERER, EL ORIGEN
DE TODO**

**A MI MAESTRO Y AMIGO
LIC JUAN CARLOS RAYO MARES
POR TODOAS SUS ENSEÑANZAS.**

**A MI AMIGO Y JEFE
LIC. ALFREDO DAVID ROSALES
CASTRILLO
POR SU COMPRENSION Y APOYO
DURANTE TODO ESTE TIEMPO.**

**A TI...
A QUIEN SIEMPRE HE AMADO Y A
QUIEN HASTA HACE POCO EL
DESTINO PUSO EN MI CAMIO.**

A MI ALMA MATER

INDICE	1
---------------	----------

INTRODUCCION	4
---------------------	----------

CAPITULO I

1. Unidad de Hecho o Unidad de Acción.	7
2. Concurso Real y Delito Continuado.	15
3. Génesis del Delito Continuado.	20
4. Diversas Teorías sobre la naturaleza del Delito Continuado.	25
Teoría de la Ficción;	25
Teoría de la Realidad Jurídica; y	28
Teoría de la Realidad Natural.	29
5. Concepto del Delito Continuado.	41
6. Requisitos legales para la existencia del Delito Continuado.	50
a) Pluralidad de conductas o hechos.	50
Lapso entre conducta y conducta.	53
b) Unidad de propósito.	56
Delito Continuado Culposo?	65
c) Identidad de lesión jurídica.	69
Consumación del Delito Continuado.	75
d) Unidad o pluralidad de sujeto activo.	80

7. Requisitos doctrinales adicionales a los legales para que se de el Delito Continuoado.	92
a) Unidad de bien jurídico.	92
b) Aptitud del bien jurídico para ser objeto de lesión gradual.	97
c) La naturaleza del bien jurídico.	99
d) Proximidad temporal y espacial de las conductas.	104
8. Punibilidad.	107

CAPITULO II

1. Hipótesis de integración del Delito Continuoado.	114
a) Consumación entre tentativas.	114
b) Tentativa seguida de Delito Continuoado.	115
c) Consumación seguida de tentativas.	116

CAPITULO III

1. Delito continuoado de delitos permanentes.	118
2. Delito continuoado y delito único.	121
3. Delito continuoado y delito de hábito.	124
4. Delito continuoado y el complejo.	125

PROPOSICIONES	127
CONCLUSIONES	129
BIBLIOGRAFIA	132

INTRODUCCION

La regulación del delito continuado está en nuestro país, en la mayor parte constituida por la Doctrina y la única base que se encuentra en la ley, es en la fracción III del artículo 7° del Código Penal; y con el objeto de encontrar algunas soluciones a determinadas necesidades surgidas en la práctica, por ejemplo, al momento en que el Ministerio Público va a consignar el ilícito, o cuando el Juzgador va a dictar su auto de formal procesamiento, o bien al momento de dictarse resolución definitiva y puesto que al ser ésta una de las figuras jurídicas menos estudiadas es por lo que existen grandes dificultades para quienes no se han adentrado al análisis de la misma, ya que suele ser confundida con otras, como lo son el delito masa y en muchas de las veces con el llamado concurso real.

Razón por la cual la investigación del presente trabajo tiene como objetivo el estudio de la estructura del delito continuado, así como la disimilitud y semejanza con otras figuras y de esta manera compenetrarnos en el, algunas veces, complicado delito continuado.

Considerando que la Doctrina ha mantenido su preocupación en el delito continuado desde su aparición en los glosadores y posglosadores, así como en los prácticos italianos, por el fin de benignidad que se pretendía con su aplicación, en los casos en que el enjuiciado era sentenciado -tras haber cometido el tercer hurto- y evitar así la pena de muerte.

El estudio de este tema se encuentra dividido en tres capítulos en los cuales se analizan sus elementos constitutivos, los requisitos legales y

doctrinales, algunas hipótesis de integración, así como sus semejanzas y diferencias con algunas otras figuras jurídicas.

El capítulo I es el más extenso dentro de nuestro estudio, el cual se encuentra dividido en seis partes fundamentales; esto es, se analiza en su primera parte las generalidades del delito continuado empezando por establecer su unidad, la diferencia que hay en relación al concurso real, su génesis hasta llegar al concepto, en donde haremos referencia a algunos autores quienes según su experiencia dan su concepto de lo que es en su opinión del delito continuado, parte en donde también nosotros proponemos nuestro propio concepto. Continuamos entonces con los requisitos que establece nuestra Ley Sustantiva Penal, los cuales se tienen que acreditar para afirmar que estamos en presencia de un delito continuado; nos referimos a la pluralidad de conductas o hechos; establecer también el tiempo que debe transcurrir entre una conducta y otra; de igual forma se tiene que acreditar la unidad de propósito delictivo, mismo que es exigido por nuestra norma penal. Haciendo un paréntesis en los requisitos legales tratamos de resolver el siguiente cuestionamiento, si se puede dar el delito continuado de forma culposa. Continuando después con la identidad de la lesión jurídica y la consumación.

Posteriormente, analizaremos algunos otros requisitos, esta vez establecidos por la Doctrina, los cuales son adicionales a los antes mencionados para que se de el delito en estudio, destacando algunos problemas que se suscitan en relación a la unidad y naturaleza del bien jurídico, a la aptitud del bien jurídico para ser objeto de lesión gradual, la proximidad temporal y espacial de la conducta, y también entre los bienes

disponibles y los indisponibles. Estableciendo de igual manera si el sujeto debe ser único o puede haber pluralidad del mismo.

En el capítulo II se analizan algunas hipótesis de integración del delito continuado, como lo es la consumación entre tentativas, tentativa seguida del delito continuado, consumación seguida de tentativa y consumación de conductas que integran el tipo penal básico y el tipo complementado.

El capítulo III se encuentra constituido por cuatro puntos en los que se pretende establecer las diferencias y semejanzas más importantes que existen entre el delito único, el delito masa y el concurso de delitos con el continuado y también analizar si se puede dar un delito continuado en delitos permanentes o bien en grado de tentativas.

En el apartado de las conclusiones se asientan varias opiniones en relación a todos los puntos estudiados, dando algunas sugerencias para el mejor estudio del delito continuado; esto es, para que sea su análisis más accesible para aquellos que solamente basan sus opiniones en la práctica, dejando de lado a la Doctrina, o para aquellos que no les gusta profundizar en temas como el nuestro por pensar que son poco prácticos.

Por todo lo anterior, esperamos que el presente trabajo, aunque somero sirva para que la figura del delito continuado sea más entendida y en caso de estar ante un injusto cometido de esta forma, es decir, continuado, no se confunda con alguna otra aunque sea muy semejante, ya que el ilícito que nos ocupa tiene sus propias características.

UNIDAD DE HECHO O UNIDAD DE ACCION

Es necesario, en primer término, plantear la problemática que suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aplicables aparentemente a un hecho, cuando sin embargo, sólo una debe aplicarse. Obligando a decidir cuando concurre Unidad o Pluralidad de Hechos o de Acciones a distinguir dos clases de delitos: el concurso ideal y el concurso real de delitos. Pero, es preciso establecer cuando concurre un hecho y cuando varios, ya que de esto depende la clase de concurso de delitos: cuando concurren varios hechos que dan lugar a varios delitos se habla de "concurso real", mientras que cuando un solo hecho constituye dos o más delitos tenemos un "concurso ideal". Nuestro Código Penal parte también de esta disposición cuando somete a un tratamiento distinto, diferenciando los casos en que "existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos" y "existe concurso real cuando con varias conductas se cometen varios delitos" (artículo 18). Es necesario entonces, entender la importancia de la diferenciación entre unidad o pluralidad de delitos.

JIMENEZ HUERTA ¹ señala que los problemas de la unidad y la pluralidad de delitos dependen de la forma en que la cuestión ha sido planteada y resuelta por las legislaciones. En Alemania, por ejemplo, puede hablarse de unidad de acción y pluralidad de lesión jurídica (o unidad de ella). No ocurre lo mismo en ciertos países en donde, en vez de acción se habla de "hecho" y se contraponen, nos referimos a Argentina y Venezuela.

¹ JIMENEZ HUERTA. La Ley y el Delito. Segunda Edición. Editorial Hermes, Buenos Aires 1954, pág. 565

En el caso de México, parece que el legislador tiene sobre entendido que quien ha ejecutado una acción, sólo debe cargar con una pena, también cuando esta acción lesiona varias leyes penales (caso del concurso ideal); quien, en cambio, ha ejecutado varias acciones independientemente de las cuales cada una constituye un delito, sea o no de la misma naturaleza, debe sufrir tantas penas como acciones ha ejecutado (caso concurso real). Una observación superficial muestra que es posible dividir cualquier acción en innumerables actos aislados y que, igualmente, es fácil desde algún punto de vista, reunir un sinnúmero de actos aislados en una unidad.

La acción se compone de los siguientes elementos: decisión de voluntad, manifestación de voluntad y resultado. A una pluralidad de decisiones de acciones; lo mismo que tenemos una pluralidad de decisiones si una decisión de voluntad se traduce en varias manifestaciones que llevan a varios resultados: la voluntad de matar a dos personas se realiza de modo que por cada una de ellas se hace un disparo. En cambio, en la unidad de decisión de voluntad se da una acción, tanto cuando la misma manifestación produce varios resultados (un solo disparo mata a las dos personas), cuando varias manifestaciones de voluntad acarrear un resultado (una persona es lesionada de varias puñaladas). La unidad del resultado está condicionada por la identidad de la víctima en la lesión de bienes jurídicos personalísimos.

Varios son los criterios que se han propuesto para determinar la unidad de acción. Desde luego, hay que descartar la posibilidad de atender exclusivamente a datos naturalísticos, sería absurdo pretender que los innumerables movimientos musculares que llevan a accionar un arma de fuego -por ejemplo- sobre una persona, constituyan varios hechos en el sentido del Derecho Penal, si el disparo causa la muerte de la víctima

hablaremos de una sola acción homicida. El concepto de unidad de acción, es pues valorativo, en el sentido de que depende de una determinada valoración sobre la cual varios movimientos musculares deben complementarse como conformando una unidad. La Doctrina tiene opiniones separadas a la hora de decidir qué punto de vista es el que decida dicha valoración.

En Alemania, un importante sector de la doctrina y la práctica acuden al criterio de la concepción natural de la vida. La valoración de cuando varios movimientos corporales constituyen una sola acción, quedaría confinada al punto de vista de la sociedad, según los usos normales. Dos elementos serían importantes al respecto: la unidad de propósito y la conexión espacio-temporal. Según ello, la pluralidad de partes componentes del concurso de un suceso externamente separables constituyen una unidad de acción cuando los distintos actos parciales se hallan conducidos por una resolución de voluntad unitaria y se encuentra en una conexión temporal y espacial tan estrecha que se siente como unidad por un espectador imparcial. Pero la fórmula de la concepción natural de la vida no ofrece mayor ayuda, sino que oculta las verdaderas razones de la estimación de unidad o pluralidad de acciones. Ni existen unidades de acción sociales que proceden al Derecho y puedan subsumirse bajo los conceptos jurídicos sin más como medida fija, ni tampoco puede resultar decisiva la unidad del plan del autor, ya que de una resolución criminal pueden proceder muchos actos parciales que por razones de justicia no cabe unir en una unidad de acción (el robo del arma, homicidio de la víctima, robo de un vehículo para huir). La distinción tiene que decidirse, por el contrario, con arreglo únicamente en el

sentido de los tipos legales en cada caso vulnerado que quepa deducir mediante la interpretación, afirma JESCHECK².

Esta es la solución preferible, puesto que existen distintos puntos de vista posibles para decidir socialmente la presencia de un solo hecho y es lógico que el Derecho Penal elija de entre ellos el que es propio. La descripción típica opera, dice MIR PUIG ³, "como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho".

La terminología que se emplea de "unidad de hecho", tiene la ventaja sobre la de "unidad de acción", que permite vincular la unidad típica sin desconocer que el tipo, a menudo, describe varias "acciones": toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos, pero lo único que importa para decidir si existe un concurso real o un concurso ideal, y por tanto, si varios delitos se hallan constituidos por varios hechos o por uno solo, es la unidad de hechos y no la de actos.

Ello no supone, viceversa, que siempre que exista unidad de hecho, debe concurrir un solo tipo y un solo delito. Ya se ha indicado líneas arriba que la propia ley admite que un solo hecho puede constituir al mismo tiempo

² JESCHECK. HANS HENRICH. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1982 Págs. 996 y 997.

³ MIR PUNIG. SANTIAGO. Derecho Penal. Parte General. Edit. Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona. 1985. pág. 591.

un delito, desde el punto de vista de un determinado tipo. La unidad de hecho se da en cuanto la conducta pueda realizar un tipo, con independencia de que además realiza otros tipos. Así ZAFFARONI nos dice que el número de resultados, no tiene nada que ver con el número de conductas y, por ende con el número de delitos ⁴.

Resultando entonces, que la unidad de hecho depende de la descripción típica, se plantea la cuestión de qué elementos del tipo deben tomarse en consideración. En relación a esto, la Doctrina dominante atiende a la conducta típica, mientras que rechaza el punto de vista del número de resultados, afirmándose que realiza un solo hecho quien causa la muerte de varias personas mediante una sola conducta de colocación de una bomba, aunque existan tantos delitos de homicidio como tantas víctimas se produzcan porque la conducta típica es sólo una, teniendo lugar entonces, un concurso ideal de injustos.

Por otra parte, si se acoge el punto de vista de descripción típica, nos encontramos con otros problemas, ya que los tipos no sólo describen conductas, sino que ello sólo sucede en los delitos de mera actividad, los tipos de resultado material exigen incorporar éste como elemento a la unidad de hecho de que se trate. Bien es cierto que la delimitación del tipo sólo puede operar sobre la realidad empírica, por lo que la concurrencia de varias unidades típicas presupone necesariamente una realidad empírica plural y no sólo la lesión de varios bienes jurídicos; así, dice MIR PUIG ⁵, que el

⁴ ZAFFARONI. EUGENIO RAUL. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Reimpresión. México, 1991, pág. 659.

⁵ Op. cit. pág. 592.

matar a un agente de la autoridad no puede constituir más que un solo hecho porque en este caso, tanto la conducta como el resultado empíricos son únicos, aunque se produzca la lesión (ideal) de dos bienes jurídicos distintos (la vida y la función pública). Pero cuando el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su comportamiento externo tiene el sentido, tanto subjetivo como objetivo, de realización en el mundo empírico de varias causaciones, cada una de las cuales supone un hecho típico distinto, pues la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso, se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio, irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación. Por lo que podemos afirmar que la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos, mientras que constituirá un solo hecho la lesión ideal de varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento.

Se ha mencionado con antelación que no deja de existir un solo hecho por la circunstancia de que el tipo realizado describa varios actos. Ocurriendo esto, en los delitos de varios actos y en el delito permanente; por lo que se habla de unidad de acción en sentido estricto, aunque sería preferible hacerlo de unidad de hecho en sentido estricto. También existen casos de unidad de hecho en sentido amplio, otros supuestos en que el sujeto sólo formalmente realiza varios hechos típicos: los casos inmediatamente sucesivos y los de realización progresiva del tipo. Ejemplo del primer grupo de casos sería el tomar varias cantidades de dinero en distintos viajes inmediatamente sucesivos o injuriar a otro repetidamente en un breve espacio de tiempo. La realización progresiva del tipo se refiere a

casos en que el sujeto se aproxima a la consumación del tipo pasando por fases anteriores ya punibles (tentativa) o en que la ejecución se divide en dos o más partes por sí solas ya típicas. Ello tiene lugar en los casos contemplados porque la repetición o progresión aumenta sólo cuantitativamente la gravedad objetiva del hecho y no varía la situación motivacional del autor. Aunque la doctrina habla en estos casos de "unidad natural de acción", la unidad depende de la interpretación del tipo y no sólo de una valoración prejurídica. La valoración social unitaria de varios actos contiguos no opera por sí sola, sino como criterio del que puede partir la interpretación del tipo.

Para el régimen legal del concurso de delitos son concebibles en teoría tres sistemas: la absorción, la acumulación jurídica y la acumulación material. Con el sistema de la absorción, en el caso de una multiplicidad de violaciones de la ley penal cometidas por una misma persona, se aplica la pena establecida para la infracción más grave (poena maior absorvet minerem, la pena mayor absorbe a la pena menor). El sistema de acumulación jurídica implica la aplicación de la pena más grave con un aumento correspondiente, no a la suma de las otras penas, sino a una razonable cuota fijada por la ley. Las penas por consiguiente, quedan siendo tantas, cuantos son los delitos cometidos, pero sufren una reducción a causa de su aplicación simultánea. En el sistema de la acumulación material, el culpable queda sujeto a tantas penas cuantas son las infracciones cometidas, o sea, que de las distintas penas se hace la suma aritmética: tot delicta, tot poenae.

Finalmente, hay todavía dos figuras jurídicas que permiten tratar una pluralidad de delitos de la misma naturaleza, como unidad, en el derecho

material y procesal, a pesar de que cada uno de ellos haya concretado como una acción propia (pero no independiente). La primera es creación de la misma ley, la segunda ha sido creada *praeter legem*, por la teoría, a consecuencia de las necesidades prácticas. Tenemos por una parte, el delito colectivo que nació de la costumbre y por otra, el delito continuado, al que dedicaremos nuestro estudio.

CONCURSO REAL Y DELITO CONTINUADO

Toda vez que, al menos en su aspecto material u objetivo el Delito Continuado, es un caso especial de concurso de delitos, creemos que es pertinente y necesario distinguirlo de una de las formas de concurso de ilícitos, con la cual tiene gran semejanza y misma con que es confundido en muchas ocasiones, nos referimos por supuesto al concurso Real o Material.

Nuestro Código Penal señala que el concurso real es cuando "con pluralidad de conducta se cometen varios delitos" (artículo 18). Esto es, estamos ante el concurso real cuando un mismo sujeto, mediante dos o más acciones, comete dos o más delitos que son juzgados en el mismo proceso penal. Se trata pues, de una pluralidad de acciones de un mismo sujeto, cada una de las cuales constituye una infracción penal, que se juzgan en un mismo proceso.

Los varios delitos que el sujeto comete pueden ser de la misma naturaleza y pueden estar sancionados con pena de la misma naturaleza y pueden estar penados con pena igual o distinta. Ninguno de ellos debe haber sido juzgado con anterioridad, en esto se diferencia el concurso real de la reincidencia en la que también un solo sujeto realiza mediante varias acciones una pluralidad de delitos, pero su apreciación requiere que el delito o delitos cometidos con anterioridad al que se juzga hayan sido ejecutoriadamente sancionados en el momento de cometer el último.

JIMENEZ HUERTA señala que "la pluralidad de actos independientes queda, por ende, una pluralidad de delitos, constituye lo que se denomina

concurso real”⁶. Siendo que para que exista la figura del concurso real es necesaria la existencia de varias acciones cada una de las cuales debe representar por sí misma una ofensa a la ley.

Ahora bien, los requisitos indispensables para que se de el Concurso Real son, para SAINZ CANTERO:

- a) Pluralidad de acciones cometidas por un mismo sujeto;
- b) Que cada una de las acciones de lugar a un delito;
- c) Que todos esos delitos se juzguen en un mismo proceso o, al menos exista la posibilidad, por su conexión, de que así sea;
- d) Que por los imperativos legales o jurisprudenciales, no esté obligado el juzgador a considerar como un único delito la pluralidad de acciones a que de lugar cada una de ellas.

Ahora bien, distinguir el delito continuado del concurso real es asunto fácil, volviendo la mirada a los principios constitutivos del delito. Para excluir la pluralidad es necesario antes que todo, que se trate de varias violaciones a una misma ley. Por lo tanto, la identidad o unidad de la ley violada es el primer requisito para descartar la posibilidad de una pluralidad de delitos. Cuando varios actos violan diversas leyes, es evidente que, a causa de la multiplicidad de los objetos, hay que imputar más de un delito excepto que se unifiquen mediante una relación de medio a fin.

Mas no basta la unidad de la ley. Todo delito deriva su esencia de un elemento moral (intención) y de un elemento fisico (acto externo). Cuando nos hallamos ante una pluralidad de actos externos violadores de una misma ley tenemos una multiplicidad de elementos fisicos, pero para que haya

⁶ Op. cit. Pág. 572

pluralidad de delitos será necesario también la pluralidad del elemento moral. Y esa pluralidad no existe en el delito continuado, por una razón evidente. Cuando se imputa la primera acción, se imputa el elemento físico A, mas el elemento moral B, constituido por la determinación criminosa.

Cuando se procede a imputar la segunda acción, se imputa el elemento físico C, distinto del elemento físico A, y se imputa de nuevo el elemento moral B, porque siendo única la determinación, el elemento moral que se une con los elementos físicos A y C, es siempre el mismo elemento B.

Por consiguiente, si damos una imputación integral a cada una de las dos acciones, caemos en injusticia, porque volvemos a imputar dos veces el mismo elemento moral B, cuya primera imputación ya habria sufrido el acusado.

La nota que señala principalmente la diferencia entre el delito continuado y el concurso real de injustos es la unidad de propósito, esencial en el primero e inexistente en el segundo ya que la pluralidad de acciones es característica común en ambas formas delictivas y la unidad de precepto penal violado puede darse también en algunas de las formas del concurso material; por consiguiente, si hay pluralidad de acciones pero a un mismo tiempo hay unidad de ley violada y de resolución criminal, no podrá admitirse pluralidad de delitos, pues ésta sólo se podrá aceptar cuando exista pluralidad de acciones y de resoluciones, así las leyes violadas sean una misma o sean diversas.

Habida cuenta de lo anterior, podemos concluir que para que se pueda hablar de un concurso real de delitos cometidos en diversas ocasiones por

distintos hechos cada uno, no deben de estar -los delitos- unidos por el mismo propósito de realización por parte del agente, o bien, como se le denomina en el delito continuado, por la unidad de designio criminoso.

Ahora bien, podemos establecer de igual forma que, para que se de el concurso real, no es necesario que se trate de la comisión de delitos de la misma naturaleza, ya que bien puede darse, sin ningún problema, con injustos de naturaleza totalmente diferente, esto es, que protejan bienes jurídicos desiguales, como puede ser por ejemplo concurso real de los ilícitos de Violación, Robo, Homicidio; situación que no puede darse en el delito continuado puesto que la misma ley sustantiva en su artículo 7º fracción III refiere como requisitos para que pueda darse esta figura delictiva, primero que exista una pluralidad de conductas; segundo, que se trate del mismo precepto penal violado y tercero, que todas las conductas se realicen sobre el mismo sujeto pasivo, lo anterior a diferencia México de otros países, en los que puede existir el delito continuado aún cuando se trata de injustos semejantes, como el hurto, la estafa, el robo, que protegen el mismo bien jurídico (vgr. Patrimonio).

Por su parte, FONTAN BALESTRA señala que la diferencia entre el concurso material y el delito continuado resulta de la dependencia de los hechos entre si.

Puesto que cada uno de los hechos constitutivos del delito continuado es en sí mismo una acción típicamente antijurídica y culpable, sólo la dependencia puede dar a ese conjunto de hechos la naturaleza jurídica del delito continuado.

Resultando en consecuencia que la regla de distinción, que dejamos expuesta, tiene una excepción en el caso de que sean lesionados bienes de naturaleza eminentemente personal y sean varios los sujetos pasivos pues entonces nos encontramos con varias acciones, unidad de precepto penal violado y, en algunos raros casos, se da también la identidad de designio o propósito, y sin embargo, constituye un supuesto de concurso material o real, cuando es este caso de lesión de bienes eminentemente personales, se exija la unidad de sujeto pasivo para que pueda producirse la continuación. En estos supuestos el criterio diferencial estaría en la unidad o pluralidad de sujetos pasivos; se trata de casos verdaderamente excepcionales, pero lo corriente es la existencia de tantos designios como delitos y entonces nos encontramos ya dentro de la regla general.

Por lo que podemos concluir que las diferencias que existen entre el concurso real o material y el delito continuado son:

1. Que en el primero no existe la unidad de designio criminoso y en el segundo si (siendo ésta la diferencia fundamental).
2. Que en el concurso real se trata de diversos injustos y por el contrario en el delito continuado se trata de uno solo.
3. Que los ilícitos que constituyen el concurso material pueden ser diferentes o de igual naturaleza, y en los que constituyen el delito continuado necesariamente deben ser de la misma naturaleza.
4. Que la ley exige que haya unidad de sujeto pasivo en el delito continuado y en el concurso material no.

GENESIS DEL DELITO CONTINUADO

Muy discutida ha sido la cuestión de si el delito continuado era o no conocido por el Derecho Romano, no faltando pasajes en el Digesto en que apoyen sus afirmaciones los que opinan en una u otra forma. Los que se inclinan por sí afirmativa citan: D. XLVII. 2. 67 (69). Parágrafo 2.- Celsus, de furtis.- "El que estaba en la edad de la infancia cuando fue hurtado, y poseyéndolo se hizo adulto, como del que estaba en la edad de la infancia, y con todo es sólo un hurto; por lo que se obliga al duplo de lo que valió más el tiempo que lo tuvo en su poder. Pero sólo se le puede pedir una vez, ¿qué importa la cuestión propuesta?. Ciertamente si se le hubiere hurtado al ladrón y después lo recuperare del segundo que lo hurtó, aunque cometió dos hurtos, sólo se le puede pedir contra él una vez por la acción de hurtos; y dudo que convendría que se apreciase como adulto y no como infante ¿qué cosa hay tan digna de risa como creer que la continuación del hurto hace mejor la condición de ladrón?.

D. XLVII.2.9.pr.- Pomponius. Libro VI ad Savinum.- "El que tiene acción de hurto, aunque el ladrón continúe llevando de cosa hurtada, no adquiere mayor acción, ni aun por lo que se aumentare la cosa hurtada".

En sentido contrario, se hace referencia a los siguientes pasajes:

D. XLVII.2.46 (47) parágrafo 9: De Furtis.- "Si la cosa hurtada vuelve a su señor, y segunda vez se vuelve a hurtar, compete otra acción distinta de hurto".

D. IX.2.32. párrafo 1.- Ad Edictum provinciale.- "Si uno hiere a un siervo, y después él mismo le matare, será responsable por las heridas y por la muerte, porque son dos delitos; lo contrario se dice si a un mismo tiempo uno matare a otro causándole muchas heridas, porque entonces sólo será responsable por la muerte".

D. XLVII.1.2. pr.- Ulpianus. Libro XLII ad Sabinus.- "Aunque concurren muchos delitos, esto no hace para alguno quede sin castigo, porque la pena de un delito no se disminuye por otra".

Examinando detenidamente estas fuentes, podemos ver que el primero de los pasajes citados se refiere a un caso de delito permanente y no continuado, como pudiera creerse a la vista solamente de la expresión de si la pena del hurto se aplicará teniendo en cuenta el valor del esclavo en el momento de ser hurtado, cuando estaba en la edad de la infancia, o en atención a su valor siendo adulto, a cuyo estado llegó encontrándose en poder del que le hurtó, aconsejando lo segundo a causa de no existir más que una sola actio furti.

Mayores dudas infunde el segundo de los textos del Digesto que hemos citado, debido a POMPONIO, cuando hace referencia a que el ladrón continúe llevando la cosa hurtada; pero, pensando un poco, se llega a la conclusión de que el texto se refiere a que el ladrón siga teniendo la cosa en su poder después de haberla hurtado, y no a que se apodere de la misma sucesivamente y en distintas ocasiones; así lo hace suponer la última parte del texto cuando dice que no se adquiere mayor acción ni aún por lo que se aumentare la cosa hurtada.

Los siguientes textos que citamos, y que son a los que generalmente hacen referencia los autores que sostienen que la figura del delito continuado no fue conocida por los jurisconsultos romanos, nos demuestran, el primero y el tercero, como dice MANZINI, "que el complejo de hechos que consideramos como delito continuado, los romanos los calificaron como concurso material de delitos"; el segundo, se refiere en el primer supuesto a dos diferentes, y el siguiente a un solo delito, cuyo resultado se obtiene de una pluralidad de actos integrantes de una sola acción, y no de un caso de concurso. Si a esto se añade la existencia del rígido principio *quot delictatot poenae*, imperante en el derecho romano en esta materia según se deduce de un gran número de pasajes del Digesto, podemos afirmar que de acuerdo con la inmensa mayoría de los autores, que esta institución fue extraña al Derecho Romano; pues en cualquier fragmento que vemos un delito que nosotros calificaríamos de continuado, encontramos siempre aplicada la regla del concurso material de delitos; por lo que no puede dejar de reconocerse es que del estudio que posteriormente se hizo de estos textos, al comentarlos y glosarlos, se configuró el delito continuado aunque fuera erróneamente interpretado o desvirtuado el sentido de los textos romanos.

En el Derecho Germánico con relación al concurso de delitos no mantenía un criterio uniforme, ya que se aplicaba el criterio de la absorción para los delitos sancionados con las penas más graves, mientras que para aquellos a los que correspondían penas leves aplicaba el criterio de la acumulación, manteniéndose, por lo tanto, dentro del campo del concurso de delitos sin llegar a conocer la institución del delito continuado, tal y como lo afirman algunos autores, sin embargo, a pesar de tal opinión, otros opinan que el delito continuado no tiene origen cierto ya que otros creen que fue una importación germánica.

El antiguo Derecho canónico, siguiendo la teoría de la acumulación material de penas del derecho romano con una gran rigidez, desconoce la figura del delito continuado.

El delito continuado, como unidad delictiva no aparece en su origen histórico fundamentado en su naturaleza jurídica, es una forma de manifestarse la reacción de los componentes de un grupo social entre una ley excesivamente severa, reacción que pueden experimentar también los encargados de administrar justicia, y en tal medida, que tengan por más justa la aplicación del criterio que resulta de fórmulas jurídicas más o menos afortunadas en la interpretación legal, que le indica la hermenéutica que conduce a la conclusión más severa. Tal fenómeno de defensa fundado en el sentimiento de humanidad, se manifiesta, según la mayoría de los autores, a través de los prácticos italianos de los siglos XV y XVI, citándose en particular a JULIO CLARO y a PROSPERO FARINACCIO, quienes se propusieron soslayar la pena capital prescrita por las leyes italianas de la época para quien hubiera cometido el tercer hurto. Con la tesis de la continuidad, fue posible sostener y admitir la imputación de un solo hurto, cuando se habían cometido dos o más en determinadas condiciones, especialmente de lugar, tiempo y finalidad.

Sin embargo, en el delito continuado hasta los orígenes son discutidos. La mayoría de los autores, entre los que se pueden citar a CARRANZA, FERNANDEZ CARRASQUILLA, MARIA T. CASTIÑEIRA y ANTOLISEI, acuerdan en que esta figura fue creada por la benignidad de los prácticos, especialmente por FARINACCIO con el piadoso fin de evitar la muerte al tercer hurto. Así dice el práctico italiano: "No hay varios hurtos, sino uno solo,

cuando alguien robara de un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente una o más cosas". No hay exigencias de unidad de resolución, sino más bien de ocasión. Tal fin se conservaría luego en la tradición del delito continuado, viéndolo realizado en su elusión de la acumulación de penas propia del concurso real de delitos. La figura del delito continuado, afirma ANTOLISEI⁷, surgió con la idea de mitigar el severísimo trato establecido por la Legislaciones Comunales para los delitos de la misma índole varias veces repetidos; por su parte, GRAF ZU DOHNA⁸ señala que nació de la oportunidad; ahí la característica de ser cometido como si fuera profesión (negocio o costumbre) es lo que decidió al legislador a fijar para el caso una pena sensiblemente más grave.

⁷ ANTOLISEI, FRANCESCO. Manual de Derecho Penal. Parte General, Octava Edición. Editorial Temis Bogotá-Colombia. 1988, pág. 371.

⁸ GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER. La Estructura de la Teoría del Delito Abelardo-Perrot. Buenos Aires. 1958, pág. 104.

DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA DEL DELITO CONTINUADO

La discusión en torno a la naturaleza del delito continuado se centra en determinar si esta figura constituye una ficción o una realidad jurídica. Las diferentes opiniones de los autores sobre la naturaleza jurídica del delito continuado podemos agruparlas fundamentalmente en las tres teorías que a continuación exponemos:

- a) **TEORIA DE LA FICCION.-** La concepción del delito continuado como una ficción jurídica parte de la base de que se trata de varios hechos delictivos que por determinadas razones (de política criminal generalmente), variables en cada ordenamiento, son tratados como si constituyeran un solo delito. No existe, según esta concepción, una realidad que pueda calificarse de delito continuado, sino que ante una realidad delictiva plural el derecho actúa como si se hallara ante un delito único.

Ampliamente aceptada en Italia, esta teoría sostiene que el delincuente supone realmente una pluralidad de hechos que darían lugar a un concurso de delitos si no fuera porque socialmente se tiene como una ficción jurídica, esto es, de que existe un solo delito, con objeto de evitar la acumulación de penas. La acción se apoyaría en la unidad de designio.

Esta teoría va ligada al origen histórico de la figura del delito continuado, que se debe fundamentalmente a los prácticos italianos de los siglos XVI y XVII, para evitar la pena de muerte que en el Antiguo Régimen se imponía al tercer hurto. Esta teoría, de acuerdo con el origen histórico de

la institución, ven 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 "diseño criminoso", para evitar la acumulación de las penas por la aplicación de las normas del concurso real de delitos. En una palabra, los distintos delitos se consideran uno solo mediante una ficción jurídica apoyada en la identidad de propósito, resolución, diseño o pensamiento.

Como dice MANZINI, si la ley no hubiere asignado al elemento "mismo diseño 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. "La Voluntad del Estado", que impone considerar como un solo delito una pluralidad de delitos, sobre la base de una excepcional apreciación del diseño criminoso, ha dado conscientemente una noción en sí misma no verdadera (delito único) de un estado de hecho exactamente conocido (pluralidad de delitos); ha creado, esto es, como decimos, una ficción jurídica.

Esta teoría ha sido sostenida por CARRARA, siendo la preponderante en Italia, donde entre otros ilustres juristas, la defienden: LEONE, BETTIOL, PILLITU, DELITALIA, PAOLI, ROCCO, SALTELLI y ROMANO DI FALCO, DEL GUIDICE, VANNINI. Esta posición también es admitida por los siguientes tratadistas españoles: CUELLO CALON, FERRER SAMA y DEL ROSAL.

Al considerar al delito continuado como una ficción, es preciso indagar las causas en vista de las cuales el derecho aprecia como un solo delito esta

pluralidad de infracciones que constituyen el delito continuado, entre estas razones podemos encontrar las siguientes:

- 1) **En la benignidad.-** Esta tendencia históricamente la encontramos en los prácticos italianos y especialmente en FARINACCIO con el fin concreto de impedir la imposición de la última pena al autor del tercer delito de hurto. Hoy, en abstracto, tiene por objeto evitar la excesiva pena resultante de la aplicación de las normas correspondientes al concurso real de delitos; entendiéndose aquí, creemos la palabra equidad en el sentido de la sequitas-benignitas del pensamiento cristiano.
- 2) **En la utilidad o conveniencia práctica.-** Esta razón es la generalmente admitida por los autores alemanes. Se basa en los casos de continuación, la mayor parte de las veces se presentan constituidos por un gran número de acciones singulares -cada una de las cuales es por sí constitutiva de delito- siendo generalmente imposible determinar cuántas sean estas infracciones, así con casi todos los elementos necesarios para individualizarlas; mediante la figura del delito continuado se resuelven todas estas dificultades. Para algunos autores ofrece además, la ventaja de evitar nuevos procesos cada vez que se descubra una nueva actividad, comprendida en la continuación, después de dictada sentencia, ya que se invocaría la excepción de cosa juzgada. Sostiene este criterio la mayoría de los autores que apoyan la teoría en cuestión, quienes indican que en esta materia las consideraciones teóricas deben ceder a las exigencias de la práctica.
- 3) **En la disminución de la culpabilidad.-** Se inicia esta idea en el fundamento de que la continuidad esté 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 delincuente, siendo, por lo tanto, la voluntad criminosa menos intensa y grave que en el concurso real, ya que una vez realizado el primer hecho es mucho más fácil la realización de los sucesivos, lo que produce una disminución en la intensidad de la resolución criminal, equivalente a una sensible disminución de la culpabilidad; lo anterior toda vez que se afirma que el fundamento del delito continuado está en su propia realidad.

Todo cuanto dejamos expuesto sobre el fundamento de esta institución, es aplicable desde el punto de vista de que el delito continuado sea una ficción jurídica; pues aceptando que se trata de una realidad, ya sea natural o jurídica, el fundamento estará o en su propia realidad o en la ley, respectivamente.

b) TEORIA DE LA REALIDAD JURIDICA.- En segundo lugar existe una postura intermedia, llamada Teoría de la Realidad Jurídica, la cual es más cercana a la ficción que a la realidad natural, considera que del delito continuado es una realidad jurídica.

El delito continuado supondría una unidad real de acción en cuanto los actos parciales responden a un solo designio criminal (unidad subjetiva) y producen una sola lesión jurídica (unidad objetiva). Que la resolución criminal se actúe en una o varias veces afectaría solo a los modos de ejecución.

La teoría de la realidad jurídica, defendida en Alemania, admite que el Delito Continuado es una creación del Derecho, que cuando no se halla

prevista en la ley (como en Alemania y antes en España) ha de fundarse en el derecho consuetudinario. No requiere de unidad real, no precisa acudir a la idea de la ficción basada en la unidad de designio, sino que cree suficiente su admisión jurídica (aunque sea consuetudinaria), debido a las razones de utilidad práctica y con independencia de que beneficie al reo. La noción del delito, ya sea éste simple o compuesto, se debe a la voluntad legislativa. En el delito continuado en cada acción existe una declaración distinta de voluntad no habiendo, por lo tanto, unidad de dolo y casi nunca de designio.

Entre esta teoría y la de ficción son muy escasas las diferencias pues ninguno de los partidarios de la segunda niega que el delito continuado deba a la voluntad del Derecho su existencia, o sea que no niegan su realidad jurídica; pero sí afirman que esta realidad del derecho no coincide con la natural y de aquí la ficción: *fictio numquam conveint cum veritate*.

Como dice PILLITU el hecho mismo que el legislador imponga esta realidad jurídica es la prueba más evidente de la naturaleza ficticia que se quiere demostrar en la institución de la continuación. El legislador puede efectivamente mediante un determinado supuesto jurídico atribuir un carácter de la ficción.

Esta teoría de la realidad jurídica ha encontrado eco entre algunos autores italianos como MASSARI, BATANGLINI y ANTOLISEI; estando también muy difundida entre los autores hispanoamericanos.

c) TEORIA DE LA REALIDAD NATURAL.- Ahora bien, si por el contrario se califica al delito continuado de realidad natural y se acude al elemento

subjetivo como medio de unificación, las diversas acciones aparecen ante el derecho como un todo unitario.

Para esta teoría las distintas acciones, aun constituyendo cada una por sí un delito, no son más que una parcial realización del resultado total por haber sido realizadas en virtud de una única resolución. El delito continuado es una unidad real y natural.

ALIMENA sostiene que es un delito único, tanto subjetiva como objetivamente; lo primero porque la resolución es una sola, uno y continúa diciéndonos el autor que del delito continuado esta constituido por dos elementos necesarios: la intención, es decir el dolo, y la lesión jurídica, mientras que la acción no es más que el medio. La pluralidad de acciones (si la acción es un medio) no puede dar lugar, por sí misma, a una pluralidad de delitos. No quedan más que la intención es única, porque es única la resolución pues es criterio que el delito es siempre el más, aún cuando queriendo ejecutarlo todo en un momento, se delibere después subdividirlo; por 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 prudencia y no por cada una de las cosas sobre las que materialmente rehace el delito, por cada uno de los momentos durante los que la agresión se desarrolla y se ejecuta; luego cuando se obra en virtud de una sola resolución es igual realizar el hecho en varias veces que en una sola.

En parecidos términos se expresan otros autores cuando dicen que la continuación de un delito presupone una pluralidad de actos que se han cometido en tiempos diversos; pero que atendida la especie de la

determinación de la voluntad que está en el fondo de las mismas, forman un todo jurídico, de tal modo que únicamente puede admitirse un solo delito.

Pero no es posible atribuir al delito continuado el carácter de realidad natural y sustantiva. La concurrencia del dolo es necesaria para que una acción constituya delito y la figura del delito continuado requiere como presupuesto fáctico una pluralidad de acciones. En consecuencia, siempre que concorra el presupuesto fáctico del delito continuado (la pluralidad de acciones) concurrirá también necesariamente dolo en cada una de ellas, puesto que ha de tratarse de acciones penalmente relevantes. Por esto, la teoría de la realidad natural sólo es admisible si se reduce la esfera de aplicación del delito continuado a un pequeño número de los supuestos en que hoy se aplica: los casos en que realmente concurre unidad de dolo. Sin embargo, de reducirse la eficacia del delito continuado a los supuestos en que concurre unidad de dolo constituirá una institución superflua, ya que no estaría entonces ante una pluralidad de delitos sino ante un delito único.

En cambio, la consideración de que el delito continuado constituye una ficción se confirma por la frecuencia con que se utiliza para resolver problemas procesales y por el hecho de que en muchas ocasiones el elemento subjetivo (la unidad de dolo) se presume; esto es, parece demostrar que no sólo la figura en su totalidad es una ficción sino que el elemento subjetivo también es ficticio.

Esta teoría no es la predominante, cuenta con numerosos partidarios, entre los que podemos citar a los siguientes: FLORIAN, MANFREDINI, PESSINA, DE MARISCI, PILAPIA, AMPALLOMENI, BRUSA y BERNER.

Cabe también mencionar que para otros autores constituye más bien una circunstancia agravante, o bien, una causa de atenuación de la pena; pero el solo hecho de que sea posible profesar dos opiniones antitéticas en esta cuestión, demuestra la falacia de una y de la otra; y desde el punto de vista jurídico la continuidad no es ni una agravante, ni una atenuante, si bien es una forma distinta, compleja de delito.

No ha faltado, por último, quien sostenga que el delito continuado es una presunción. Estableciendo las diferencias entre la presunción y la ficción se verá claramente cuán ajena es la primera a la naturaleza del delito continuado. En primer lugar, a la presunción es consustancial el ser fruto de un razonamiento lógico de deducción (razonamiento que pudo haber sido hecho por el legislador, encontrándonos entonces con la presunción legal) fundado en la manera normal de producirse los casos, lo que es contrario a la naturaleza de la ficción; en segundo lugar, la presunción es un medio de suplir la prueba directa, pero se permite la prueba de la existencia del hecho contrario, o sea de que la realidad es contrario a lo que se presume, presunción *iuris tantum*.

La presunción *iuris et de iura*, creada por los glosadores, es contraria a la esencia de la figura y enlaza íntimamente con la ficción.

Si embargo, como hemos señalado, la teoría por la que nosotros nos inclinamos, al igual que el general de la doctrina es por la teoría de la ficción, toda vez que es la más apegada a los fines para los cuales fue creado el Delito Continuado.

Cierto fue lo de FARINACCIO y CLARO, pero su construcción no podía apelar a una ficción, pues siempre ha estado vedado al intérprete desfigurar una realidad legal con ficciones extralegales; empero, esta doctrina fue expresamente reconocida por el Código de Zanardelli, pese a que esta figura había sido abandonada en el proyecto preliminar del Código de Rocco, pero fue restablecida en el Proyecto Definitivo, a consecuencia de las insistencias y vivas preocupaciones que se habían manifestado por el excesivo rigor a que hubiera dado lugar la supresión de ella. Tratándose de un comentario a la ley vigente, y no de la mera proposición de adopción de una reforma o de una nueva ley, la tesis de los prácticos no pudo inspirarse en una ficción, sino en una realidad a la que la ley no era precisamente aplicable. FARINACCIO y CLARO desvirtuaron a la ley vigente, haciendo que tres hurtos fueran uno, sino que impidieron la injusticia de que se aplicase literalmente la norma al que en verdad sólo había cometido un hurto en tres o más fracciones.

La idea original, como se asentó líneas arriba, no es de los prácticos, cuya tarea consistió en elaborar el instituto, más no en su concepción, ya que estos se basaron en los textos, muchos años anteriores, de los glosadores y posglosadores, especialmente BARTOLO DE SASSOFERRATO (1314-1357) y BALDO DE UBALDI (1374-1400) en el siglo XVI, o sea, dos siglos antes de los prácticos. Según BARTOLO, el delito es unitario, aunque los hechos fueren varios, cuando todos estos tienden al mismo fin y a un mismo resultado. La tesis de la ficción de que la glosa se refiere a varios delitos que deben castigarse como uno solo sin comprender debidamente que aquel plural no es más que la designación del hecho injusto, que era lo que entonces se llamaba delito, en lo que hoy atañe

a la culpabilidad se decía a la sazón que correspondían al reo (*primus de re quam reo*).

La teoría de la continuación se haya reproducida en el artículo 69 del Código Penal Italiano, no es una creación toscana, pues tiene su fundamento en la Ley 25 del Tit. De Furtis, y en la Ley 7 artículo 5 del Tit. De injuriis, del Digesto, la segunda de las cuales es explícita en materia de ataques a las personas. ULPIANO supone el caso del individuo que varias veces ha agredido a un adversario suyo, pero unas de palabra y otras de obra, y dice que *Marcellus secundum Neratii sententiam boc probat, congendum injuris, quas simul passus est, coniungere*, esto es, que Marcelo siguiendo la opinión de Neracio acepta que se han de acumular las ofensas sufridas a un mismo tiempo. Ciertamente en el ejemplo propuesto por ULPIANO existía la continuidad de la acción; pero la glosa y BALDO la extendieron también al caso en que hubiera transcurrido un intervalo de tiempo, suponiendo unificada la acción por la unidad de determinación.

Puede asegurarse, sin descartar el fin humanitario, que el delito continuado no nace por imposición de la necesidad real sobre el temor literal de la Ley, esto es, por el reconocimiento de una realidad unitaria de la acción humana que no podía verse con ojos más primitivos, atendidos a la apariencia que al ser, y más a lo material que a lo espiritual.

También se le asigna al delito continuado el fin unitario de resolver algunas dificultades probatorias y procesales, basándose el delito continuado también en razones de utilidad; porque la teoría jurídico-penal ha de encaminarse a servir a la administración de justicia y resolver las necesidades de la práctica, o se disuelve en academismos y bizantinismos.

Sucede que en una acción compleja, no siempre resulta expedito demostrar cada uno de los varios actos de que consta o en que se ha desarrollado.

Pero si de los varios actos acreditados se desprende la existencia de aquella unidad superior de la acción, necio sería pretender que la inquisición se agote inútilmente en la prueba de actos aislados que poco o nada van a agregar.

FERNANDEZ CARRASQUILLA nos da un ejemplo al efecto: si ya se sabe que Pedro robó mil en varios o múltiples actos de una misma acción, no es indispensable conocer cuántos fueron los actos parciales, ni cuándo se ejecutó cada uno de ellos, pues todos quedan subsumidos en el resultado final y común en que se inspiraron al que atendieron y en el que terminaron. Lo anterior facilita el desarrollo del proceso penal, pero el reconocimiento de la figura no ha de supeditarse a la existencia de esas dificultades probatorias, que pueden existir o no. De esta manera, el delito continuado no es un expediente para resolver dificultades que de otra forma conduciría a una absolución total o parcial, sino para evitar pesquisas inútiles y análisis fragmentarios, que sean un modo de sacar adelante imputaciones totales, que de otra manera permanecería sólo en una parte de los hechos, esta necesidad no es más que una razón político-criminal.

Pero esto sólo es aplicable a las modalidades del delito unitario, jamás al concurso de delitos ⁹.

⁹ FERNANDEZ CARRASQUILLA. JUAN. El Delito Continuado Frente al Código Penal. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1984, págs. 15 y ss.

Existe un tercer fundamento que es la realización de la justicia material o sea, el de una mejor adecuación de la pena a la gravedad del injusto concretamente realizado. Si el delito continuado no debe grabar injustamente al autor, su rechazo no debe privilegiarlo arbitrariamente o inequitativamente. A este respecto FERNANDEZ CARRASQUILLA señala que el que realiza un delito en varios actos no sólo es responsable por las partes, sino también y en primer término por el todo. El que hurtó mil en diez actos parciales de una misma operación criminal, ¿por qué habría de responder por diez hurtos leves de cien y no por el de mil que en realidad cometió culpablemente?¹⁰; verdad es, con todo, que la adecuación mayor de la pena a la gravedad del injusto sólo juega en los delitos cuya pena depende de la cuantía, pues en los demás casos obra como criterio dosimétrico de la pena o no obra en absoluto, sin desplazar la educación típica de una figura a otra. Ya dependerá de cada legislador que la agravante por continuidad sea en realidad más benigna que la resultante de aplicar las reglas de punibilidad en el concurso.

En todo caso, si la pena depende legalmente de la cuantía y dado que las cuantías parciales se suman en el delito continuado por efecto de su unidad (suma que no es imperiosa para los sostenedores de la teoría de la ficción) el instituto de la continuidad si habilita un tratamiento más justo e impide que el propio delincuente planee el escape a una pena severa fraccionando la ejecución del injusto. Si tal agravante no está prevista en la ley, el efecto sería impedir el incremento propio del concurso. Pero en ambos casos la exigencia en la de aplicar la pena del tipo respectivo, no la que resulte de cálculos favorabilistas.

¹⁰ Ob. cit. pág. 17.

Que en un caso esta pena sea necesariamente inferior a la del concurso y en el otro pueda ser superior, depende de la ley y sus criterios de retribución, no del intérprete y sus preferencias personales. Que normalmente la pena de un delito unitario sea inferior a la de un concurso del delito, es casi una verdad evidente. Pero que la pena de un delito grave resulte, como debe ser, mayor que la de varios delitos leves, es ya una cuestión de justicia que depende de la previsión en la ley, de una escala superior para tales supuestos. No se ve, pues, en qué forma pueda administrarse la réplica de MARIA TERESA CASTIÑEIRA, en el sentido de que la variedad de las respuestas concretas impide la relación de fin propuesto ¹¹. Sobre todo hay en esta réplica un notable salto lógico, pues en un caso se compara la pena de un delito con el de una pluralidad de delitos y en el otro solamente con el de otra figura delictiva unitaria de mayor gravedad legal y social.

Los fundamentos de esa doctrina los asentaron los glosadores, que distinguieron cuando el hurto es uno solo (*furtum est unum*), como en el caso de que un individuo roba muchas cosas en un mismo contexto de acción (*facta diversa propuno computantur rationis continuationis*).

La continuidad no es, en manera alguna, una circunstancia agravante, pues produce el efecto de disminuir en la misma medida en que la imputación que se atribuye por un solo delito (aumentado por la continuación) difiere de la imputación de la primera violación, sumada a la

¹¹ CASTIÑEIRA, MARIA TERESA. Delito Continuado. Barcelona. Editorial Bosch. 1977. pág. 23.

imputación de la segunda, tercera y así sucesivamente según los casos. La continuación jamás puede producir el efecto de infringir a los diversos hechos que se continúan, no hay varias y diversas determinaciones criminosas, sino una sola. Siendo innegable que debe tenerse como más criminal al que varias veces se ha determinado al delito y no al que se ha determinado a él sólo una vez, como consecuencia se deberá castigar más a éste que a aquél.

Concibiéndose así al delito continuado como un medio de adecuar la pena a la gravedad del delito cometido. El fundamento de la mencionada figura sería entonces la realización de la justicia material. La jurisprudencia, en el caso de España, ha recogido también esta fundamentación superponiéndola en algunos casos a la justificación procesal y concibiéndola en otros con total independencia de aquella. El delito continuado se convierte así en un recurso para sancionar adecuadamente hechos, que por su número, gravedad y, sobre todo, por constituir partes o fragmentos de un plan más amplio, resultarían más castigados si se aplicaran las reglas generales con una pena desproporcionada a su gravedad. La pena que a tales hechos correspondería aplicando las reglas del concurso sería demasiado leve.

Ante la evidente desproporción que en algunas ocasiones se produce entre la gravedad de unos hechos y la pena que a los mismos corresponde, los juzgados, en virtud de la labor de realización de justicia que tienen encomendada tratar de conseguir una mayor adecuación entre gravedad del hecho y pena mediante la figura del delito continuado. Pero el delito continuado no es una figura idónea para cumplir la función que le asigna la corriente jurisprudencial expuesta porque su aplicación no tiene como

consecuencia una mayor adecuación de la pena a la gravedad de los hechos enjuiciados. La pretendida sanción más adecuada es una pena inferior a la resultante de aplicar las normas del concurso, cuando la pena no se señala con arreglo a criterios cuantitativos; en caso contrario, es decir, cuando la pena a imponer se hace depender de cantidades o duración, aquella puede ser indistintamente mayor o menor que la que correspondería si se atendiera a las reglas generales para el caso del concurso.

En síntesis, el delito continuado se habría inspirado en los siguientes fundamentos: a) imposición de la necesidad del primado de la realidad sobre el tenor literal de la ley ("argumento ontológico"); b) fin unitario, para impedir con ello que el tenor literal conduzca a una falsa apreciación de la realidad por las apariencias físicas, evitando de este modo la pena propia del concurso, regularmente menos benigna que la del delito unitario (salvo si la pena de éste depende de la cuantía); c) hacer más expedita la administración de justicia penal en tales supuestos, impidiendo que el proceso se desvíe y frustre en la búsqueda o concreción espacio-temporal de fracciones innecesarias frente a la comprobación de la totalidad; d) hacer concordar la pena con la justicia material, al obstaculizar el beneficio justo de quienes la ejecutan, por comodidad o conveniencia, el delito por cuotas o fragmentos; e) moderadamente, por prevalencia de los tipos particulares sobre valoraciones generales de carácter dogmático (principios de especialidad y consunción). Resulta entonces válido concluir que es posible que el delito continuado se haya desarrollado para evitar el rigor punitivo del concurso real o material así como en los comienzos lo desarrollaron los prácticos para evadir la pena de muerte por la segunda reincidencia en el hurto. Pero hoy, es la teoría del concurso real homogéneo y sucesivo, también llamado mototípico, la que pretende burlar las penas más severas

de los especiales tipos de cuantía, escamoteando así la especialidad de la ley.

Si el agente ofrece siempre con repetidas violaciones una misma ley penal, entonces parece que el fin de las diversas violaciones se unifica por lo menos, desde el punto de vista genérico, la unificación del fin parece que debe concluir a unificar también el delito. Tal es la sutilísima teoría de la continuación, cuyo origen esta en la benignidad de los prácticos, quienes no ahorraron esfuerzos en hacer menos frecuente la pena de muerte que se infringía para el tercer robo.

CONCEPTO DEL DELITO CONTINUADO

La noción del delito continuado por lo menos en el sentido en que siempre la entendieron los prácticos italianos presupone la representación de varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta violación a la ley penal. Cuando el delincuente persevera en los conciliábulos rebeldes, en el goce de la posesión usurpada, en la misma injusta retención del ciudadano, en el abuso doloso de la cosa ajena, tal prosecución del delito, y si bien puede demostrar la persistencia del ánimo avieso no produce, sin embargo, anteriores violaciones de la ley. Por esto dice CARRARA "no puede surgir aquí la duda de que se trate de más de un delito, pues la prosecución consistente en mantener vivos los efectos del primer delito en una forma casi negativa, antes que una renovación de la acción en que exista deberas una segunda infracción de la ley" ¹².

Algunos Códigos como por ejemplo el de Honduras, Venezuela, Cuba, Paraguay, Panamá y Costa Rica, adoptan la definición más clásica basada en la Unidad de Resolución. Según estos textos de Delito Continuado consiste en "varias violaciones de la misma ley o disposición penal, cometidas en el mismo momento de acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal (o con el mismo designio o con una sola determinación genérica común. Por su parte el Código Penal de Brasil, más influenciado por la doctrina alemana adopta criterios más objetivos y dice que se da el delito continuado cuando "por las condiciones

¹² CARRARA, FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I, Edit. Temis, Bogotá-Colombia. 1988, págs. 345 y 346.

de lugar, tiempo, manera de ejecución y otras semejantes deben ser tenidos los delitos subsiguientes como continuación del primero”¹³.

Los requisitos del delito continuado en la mayor parte de estos Códigos son:

- 1) Violación de la misma disposición legal;
- 2) Pluralidad de hechos en fechas distintas;
- 3) Una misma resolución criminal; y
- 4) Examen del problema de la unidad o pluralidad del sujeto pasivo.

El Código Penal Colombiano define al delito continuado en los siguientes términos: "Se considera como un solo hecho la violación repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte de la mitad". Sin embargo, la definición más común en nuestro país es la que cita nuestra Ley Sustantiva de la Materia que a la letra dice: "...Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto penal. (Artículo 7° fracción III).

Cabe destacar que cada uno de los autores, tanto europeos como americanos, lo han definido de manera diferente, pero no sin tomar en consideración todos los elementos indicados al señalar el concepto que de este injusto dan los códigos iberoamericanos, antes mencionados, influenciado en gran parte por la corriente alemana; sin embargo, cada uno de los autores lo definen según su propio criterio. Así, por ejemplo,

¹³ JIMENEZ HUERTA. Ob. cit. pág. 568.

CASTELLANOS TENA ¹⁴ expresa: "que en este ilícito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la acción". A este respecto afirma CARRARA que la continuidad de este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste:

- 1) Unidad de resolución;
- 2) Pluralidad de acciones (discontinuidad de ejecución); y
- 3) Unidad de lesión jurídica.

Según ALIMENA, en el delito continuado las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola; mientras para SOLER este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa en forma análoga al violar la ley.

Para MARIA TERESA CASTIÑEIRA el "delito continuado puede definirse como una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente, que son objeto de una misma valoración jurídica unitaria" ¹⁵.

ANTON ONECA, por su parte refiere que "el delito continuado está constituido por dos o más acciones u omisiones separadas por un cierto tiempo que, no obstante integrar cada una de ellas por separado la misma

¹⁴ CASTELLANOS TENA. FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Décima Séptima Edición. Edit. Porrúa. México, 1982, págs. 138 y 139.

¹⁵ CASTIÑEIRA. Op. cit. pág. 15.

figura fundamental de delito, se violan como uno solo en razón a la homogeneidad de sus elementos" ¹⁶.

Por otro lado, RODRIGUEZ DEVESA nos dice que "el delito continuado se caracteriza porque está formado de varios actos cada de los cuales, estimado aisladamente reúna todas las características de un delito consumado o intentado, pero que se clasifican globalmente como si constituyeran un solo delito" ¹⁷. Sigue diciendo, que la institución del delito continuado se estructura en torno a tres elementos: 1) Pluralidad de acciones u omisiones, cada una de las cuales individualmente considerada ha de constituir delito o falta; 2) Infracción del mismo tipo por cada una de las acciones y omisiones; 3) Un elemento de carácter subjetivo, que se ha interpretado de formas muy diversas e incluso se ha reputado innecesario.

En este sentido FONTAN BALESTRA lo define "como una pluralidad de hechos típicamente antijurídicos y culpables, dependientes entre sí, y constitutivos en conjunto de una unidad delictiva" ¹⁸.

CREUS ¹⁹, dice que en el Derecho Penal se presenta una hipótesis de pluralidad de hechos en la que la punibilidad se establece como si fuese un

¹⁶ ANTON ONECA. Delito Continuado en N.E.J., 1954, pág. 15.

¹⁷ RODRIGUEZ DEVESA. Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, 1976, pág. 728.

¹⁸ FONTAN BALESTRA. CARLOS. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires, 1975, pág. 498.

¹⁹ CREUS. CARLOS. Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires, 1988, pág. 240.

hecho único. Y señala que es el delito continuado, constituido por hechos plurales (discontinuos, lo que aleja el supuesto de la permanencia), que son dependientes entre sí. Tales hechos plurales, considerados autónomamente, tienen todos ellos idoneidad típica, lo cual significa que, de no conjugarse en el delito continuado por su dependencia, podría constituir una hipótesis de concurso real. Sin embargo, para que los plurales hechos resulten independientes, tienen que asumir un determinado grado de homogeneidad, referido a la tipicidad, lo cual implica homogeneidad de bienes jurídicos afectados y homogeneidad de las formas del ataque a ellos, es decir, de las distintas acciones.

Considerándose entonces que en realidad el delito continuado constituía un concurso material de infracciones que sólo por virtud de la excepción introducida por la teoría de la ficción se trataba como un delito unitario.

El delito continuado -señala SAINZ CANTERO- se da cuando un sujeto en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realiza una pluralidad de acciones y omisiones homogéneas, en distinto tiempo pero en análogas ocasiones, con las que infringe el mismo o semejante precepto penal ²⁰.

Sin embargo, una de las definiciones que han tenido mayor aceptación entre los autores italianos -entre otros la coge FLOIRAN- es la de PESSINA,

²⁰ SAINZ CANTERO, JOSE. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1990, pág. 854.

para quien "el delito continuado es una repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso"²¹.

Entre las definiciones dadas por los autores alemanes, la del que fue profesor de la Universidad de Berlín FRANZ VON LISZT, según el cual, el delito continuado consiste en "la realización interrumpida y a veces reiterada del mismo hecho criminoso"²².

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

Para nosotros y de entre los que nos ofrecen los autores españoles destaca, por su precisión y claridad, la del Profesor CUELLO CALON, que dice que se da esta figura jurídica "cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito"²³.

²¹ PESSINA. Elementos de Derecho Penal (traducción española). Madrid, 1822, Parte Primera, pág. 344.

²² VON LISZT. Tratado de Derecho Penal (traducción española). Tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 150.

²³ CUELLO CALON. Derecho Penal. Parte General. Novena Edición. Bosch. Barcelona, 1948, pág. 567.

CAMARGO HERNANDEZ al hacer el estudio del delito continuado y de haberlo comparado con otras formas de concurso de delitos, estableciendo semejanzas y diferencias, lo define de la siguiente manera: "es el que se produce cuando, con unidad de propósito y en distintos momentos, mediante varias acciones u omisiones, cada una de las cuales constituye una violación del mismo precepto penal, se lesionan bienes jurídicos pertenecientes a una persona, o a varias siempre que estos bienes sean de naturaleza eminentemente personal"²⁴.

Ahora bien, nosotros definimos el delito continuado de la siguiente manera: se presenta esta clase de injusto cuando existe pluralidad de conductas (que integran perse una figura delictiva), con unidad de precepto penal violado, identidad de sujeto pasivo y el elemento unificados de carácter subjetivo que es la unidad de propósito delictivo.

Permitiéndonos concluir que la ley, refiriéndonos al caso de México, señala, como requisito para que se integre el Delito Continuado:

- a) **Unidad de propósito delictivo;**
- b) **Pluralidad de conductas;**
- c) **Identidad de lesión jurídica; y**
- d) **Unidad de sujeto pasivo.**

²⁴ **CAMARGO HERNANDEZ, CESAR.** El Delito Continuado. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1951, pág. 32.

Sin embargo, la Doctrina refiere que además de los elementos antes mencionados se necesitan:

- e) Aptitud del bien jurídico para ser objeto de lesión gradual;
- f) Proximidad temporal y espacial de las conductas; y
- g) Unidad del bien jurídico.

Con respecto al concepto del delito continuado, existen las siguientes jurisprudencias:

"Cuando está acreditado en el proceso que los apoderamientos, con ánimo de apropiación por parte del sujeto activo, tienen pluralidad de parte ofendida, pero unidad de ofensa, la reiteración de tal comportamiento configura el delito continuado" (Boletín de Información Judicial, X, pág. 86).

"Si existe pluralidad de acciones, de coautores y de resultados materiales aparentes, pero ligados por la unidad anímica fraudulenta del inductor, se está en el caso de un delito continuado, cometido con la falacia de hacer creer a los pasivos su próxima entrada a los Estados Unidos de Norteamérica como braceros, mediante el atractivo título de una supuesta o real organización de aspirantes a braceros y empleados por los agentes para lograr el propósito de hacerse ilícitamente de numerario" (Boletín de Información Judicial, XI, pág. 221).

"Acreditados en el proceso los apoderamientos ilícitos con ánimo de apropiación realizados por el mismo agente y contra la misma parte ofendida a pesar de la diversidad de momentos de la acción delictiva, como es el resultado, el que se toma en consideración para los efectos de la sanción

aplicable, se configura el llamado delito continuado, que se caracteriza por la posibilidad de reunir en una misma unidad jurídica varias acciones en sí independientes, utilizando al efecto el criterio de la conexión continuada, esto es, cuando existe homogeneidad en las diversas acciones. En este caso no procede, por regla general, un castigo de varios robos, sino de uno solo, razón por la cual no deben aplicarse las sanciones siguiendo las reglas de la acumulación" (Boletín de Información Judicial, X, pág. 441).

"Ni desde el punto de vista subjetivo, o sea de la unidad de intención, puede asegurarse que se esté en presencia de un delito continuado, si fueron diferentes los actos de voluntad llevados a cabo por el procesado, al hacer cada uno de los disparos en diferentes direcciones, razón por la cual, hubo de lesionar con cada uno de los ofendidos" (Semanao Judicial de la Federación, CVII, pág. 1992).

"Doctrinalmente, es delito continuado, aquel en que los ejecutores realizan una pluralidad de acciones con unidad de propósitos y siendo uno el sujeto pasivo" (Boletín de Información Judicial pág. 13, 1959).

"Esta figura delictiva se caracteriza porque hay reiteración de la conducta del sujeto activo, homogeneidad de ejecución y carácter unitario del bien jurídico violado. Así pues, cuando el agente del delito comete varios apoderamientos antijurídicos contra una misma persona, existe conexión continuada de dichos actos constituyendo una sola unidad, esto es, un solo delito para los efectos de la penalidad aplicable, ya que tratándose de esta figura delictiva vienen en consideración todos los diversos momentos de la actividad" (Boletín de Información Judicial, 1960, pág. 712).

REQUISITOS LEGALES PARA LA EXISTENCIA DEL DELITO CONTINUADO

a) PLURALIDAD DE CONDUCTAS O HECHOS

La pluralidad de conductas o hechos constituye el primer elemento del delito continuado. Solamente cuando se haya constatado la existencia de las varias conductas o hechos puede plantearse la aplicación de aquél. Las conductas -por una parte-, cuya pluralidad se exige, no son físicas o en sentido natural, sino conductas humanas consideradas como acciones en el ámbito del derecho penal, es decir, acciones típicas. La situación fáctica a la que se aplica el delito continuado es idéntica a la que da lugar a la aplicación de las normas del concurso real; con ello se quiere poner de relieve que lo que realmente se está exigiendo cuando se habla de pluralidad de acciones, es una pluralidad de delitos.

La existencia del primer elemento del delito continuado implica según MARIA TERESA CASTIÑEIRA "una pluralidad de conductas humanas regidas por la voluntad y orientadas a un determinado resultado"²⁵ y requiere además que cada una de estas acciones reúna las características de un delito completo, es decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Ya CARRARA señala que "la noción del delito continuado presupone la realización de varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta violación a la ley"²⁶. Este elemento "pluralidad de acciones", si bien

²⁵ CASTIÑEIRA. Op. cit., pág 150.

²⁶ CARRARA. Op.cit., parágrafo 517.

resulta imprescindible no puede nunca refutárselo suficiente. Debe tenerse en cuenta que pueden darse muchos casos de pluralidad de acciones en los que resulta improcedente la aplicación de delito continuado.

Dada la particular estructura del delito continuado, resulta obvio que cada una de las distintas acciones que lo integran debe constituir delito o falta. El delito continuado representa la unificación de una serie de acciones delictuales y no cabe bajo ningún concepto incluir en este conjunto de acciones, irrelevantes para el derecho penal, porque se trataría de una clara infracción del principio de legalidad, dado que se castigaría entonces a una acción no penada por la ley.

Este requisito es la esencia misma del delito continuado. Para que exista este ilícito no debe haber continuidad entre los hechos, entendiendo bien el sentido de esa discontinuidad, ya que no sería suficiente que se realizaran varias acciones, entendiendo este vocablo en el sentido de los hechos simples de la vida, sino varios hechos se deduce precisamente de la discontinuidad²⁷.

Ahora bien, si el delito continuado presupone una reiteración de violaciones del mismo precepto penal realizadas con unidad de propósito, se ve claramente que es consustancial a su naturaleza el estar constituido por una pluralidad de acciones pero no de actos; pues varios actos, aunque cada uno aisladamente considerado puede ser constitutivo del delito, no constituye más que una acción y por lo tanto sólo produce un delito único.

²⁷ Idem.

En contra del criterio expuesto, que es generalmente admitido, se muestra LEONE ²⁸, porque para él puede producirse el delito continuado en una sola acción u omisión, cuando de la misma derive más de una violación del mismo precepto penal; pero en esta hipótesis no se trata de un supuesto delito continuado, sino un concurso ideal de delitos.

Pero si el delito continuado está constituido por una pluralidad de acciones perfectas y objetivamente independientes, violadoras del mismo precepto penal, la acción única que da lugar a un solo delito, puede estar formada por una pluralidad de actos, y fácilmente se comprenderá la importancia que adquiere para una perfecta delimitación de la figura del delito continuado la distinción entre el acto y la acción.

El primer elemento consiste en una pluralidad de conductas, ya sea de acciones o de omisiones, cada conducta puede estar constituida, a su vez, por uno o varios actos, los cuales, como expresa PANNAIN, son aspectos y partes de la acción (Manuale di Diritto Penale, pág. 448. Por tanto no hay que confundir el delito continuado con el delito cometido por varios actos).

²⁸ Citado por CAMARGO HERNANDEZ, Op. cit., pág. 53.

LAPSO ENTRE CONDUCTA Y CONDUCTA.

Este elemento que históricamente alcanzó gran importancia, considerado actualmente innecesario y solamente se le tiene en cuenta cuando entre la ejecución de los distintos delitos, unidos por el nexo de la continuación, ha transcurrido un largo espacio temporal. Más en este caso no se le considera por sí mismo, sino es vista de sí durante ese espacio de tiempo se ha podido mantener la unidad de propósito, indispensable para la existencia de la continuación.

Para CARRARA y ALIMENA el criterio de la continuación es necesario inferirlo de la discontinuación: pues "la unidad de tiempo no es una unidad absoluta humanamente posible".

No es una unidad absoluta dentro de las posibilidades humanas por lo cual el criterio de la continuación será necesario deducirlo de la discontinuación, es decir, que se debe indagar si hubo intromisión de actos. Si los actos son materialmente continuados que constituyen diversas fases de una sola acción criminosa, con mayor facilidad se podrá aceptar la idea no sólo de varios actos, sino también de varias acciones distintas, y así se podrá excluir por completo el delito único para descubrir varios delitos, cuando en ello existieron diversas resoluciones, o un delito continuado, si hubo unidad de determinación.

Con más facilidad se dirá que no fueron jurídicamente continuados; por lo que se puede concluir que entre las conductas realizadas, existe un lapso, es decir, hay discontinuidad entre una y otra; son cometidas en tiempos diversos. La necesaria pluralidad de las acciones u omisiones ejecutivas del

mismo proyecto criminoso no es elemento suficiente para hacer punible la figura del delito continuado, cuando la norma violada exija o admita tal multiplicidad de actos en la noción típica del delito, el cual por eso sigue siendo esencialmente único.²⁹

Ahora bien, ¿qué tiempo debe existir entre una conducta y otra? No es posible establecer de antemano un lapso determinado. Claro está, indica SOLER, que cuando las acciones se desarrollan en tiempos muy lejanos o en lugares muy distintos, negaremos la existencia de la continuación porque ello no puede indicar la necesidad de una resolución nueva, por eso es una cuestión de hecho. Lo importante es afirmar que jurídicamente no es necesario que la acción se desarrolle en un tiempo y en un lugar. Por su parte, MANZINI expresa que el proyecto criminoso puede persistir y actuarse a través de un período de tiempo cualquiera aún largísimo y que el intervalo de tiempo que corre entre las diversas violaciones de la misma posición de la ley, no es nunca por sí solo suficiente para irrumpir el nexo de la continuación, precisamente porque la ley de una manera expresa admite este nexo aún cuando los varios actos hayan sido cometidos "en tiempos diversos" sin establecer ninguna limitación, pues todo está en comprobar en los casos singulares concretos, la ejecutiva persistencia del mismo proyecto criminoso a través de todos los intervalos de tiempo que se producen entre las varias acciones u omisiones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que "si un acusado comete delitos de la misma índole en diversas fechas no existe continuidad entre ellos, porque se trata de actos criminosos ejecutados en épocas distintas, y más aún si concurren multiplicidad de hechos delictuosos

²⁹ CORREA. PEDRO ERNESTO. El Delito Continuado. Abeledo-Perrot, Argentina, 1959, pág. 27.

con producción de diferentes resultados, por lo que en este entonces, debe juzgársele conforme a las reglas de la acumulación, imponiéndosele la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse en los términos que señala la disposición legal aplicable, por lo que la consideración que en tal sentido formule una autoridad represiva, no es violatoria de garantías individuales" (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1954, págs. 43-44).

b) UNIDAD DE PROPOSITO

De los elementos fundamentales que sostiene la arquitectura del delito continuado, tal vez el más importante e imprescindible resulte este factor que se desenvuelve dentro de la psiquis del sujeto delincuente. Recordemos aquí que desde el nacimiento de la doctrina hasta su desarrollo actual, todos los autores juristas, salvo los pocos adscritos a la teoría objetiva pura, se encuentran conformes en que el designio criminal, el plan delictual, el programa delincencial, el proyecto delictivo, el propósito, la resolución, el pensamiento, o como quiera que se proponga llamarlo, es lo que caracteriza y nuclea-noción del delito continuado.

Así, recordando su nacimiento, podemos afirmar que los autores habían determinado, dentro de los alcances que se le acordaron a la glosa y a los prácticos, que se debía tener por un solo hurto aquellos que a pesar de su reiteración se encontraban reunidos por una misma fracción de tiempo (24 horas en la mayoría) y por la misma finalidad o efectos.

Modernamente, también es éste el pensamiento que ha de gobernar la institución, ya que exige como elemento sustancial de la figura, siendo, en su consecuencia el elemento unificador de las varias acciones (o actos) las que pierden en su virtud el carácter autónomo que las caracteriza, para reunirse en un solo hecho delictual.

Esta unidad volutiva, que en síntesis no es más que el dolo del delito, es la que como finalismo de la conducta va a presidir todo el hacer y el obrar del agente, lo va a ordenar utilizando el tiempo físico, fraccionando como mero instrumento o medio de la comisión.

Rechazamos aquí el concepto de DELITALA que repulsa la unidad de dolo con resolución criminal basada en que no se puede asegurar que el agente no haya querido tantas acciones delictuales cuantas sean las ocasiones en que ha debido actuar, concepto que no alcanzamos a comprender, claro pues si ello es cierto, nada menos cabe la noción de dolo del delito; el delincuente se propone efectuar un delito y piensa y quiere cometerlo en forma seriada para lograr su mejor comisión, por considerarlo la única forma o para asegurar su impunidad. Para ello adopta la resolución unitariamente concebida desde el principio, de ejecutarlo hasta su perfeccionamiento y así, en cada ocasión en que actúa, tenga o no una especial intencionalidad, lo único que hace es ratificar su dolo primigenio y apositar, a lo sumo, su decisión del momento en continuar el hacer programado, lo que evidentemente nada añade.

No podemos aceptar como conclusión rígida lo que dice el autor que "es aventurado sostener, en ciertos casos, que el agente ha querido un solo hecho delictivo y no tantos cuantas sean las lesiones jurídicas". En este supuesto, de probarse tantos hechos delictivos cuantas sean las lesiones que infiere al derecho, en nuestra opinión, se está frente a un caso de pluralidad de delitos y no a uno ejecutado en forma continuada.

Precisamente, la continuidad dentro de la intermitencia sólo está dada y puede ser concebida por la unidad de dolo o determinación sin que atente contra ella el hecho, supuesto por otra parte, de que en cada acción se ratifique intelectivamente el "designio criminoso" tomando con el concepto de BETTIOL de estar caracterizado por la determinación del elemento

intelectivo como un plan o programa ideado por el agente para su posterior realización.

Entendemos que claro se ve este supuesto de la unidad de dolo pensando en la probable conducta del delincuente, quien piensa y quiere su acto con una programación a desarrollar donde ubica su accionar discontinuo en el tiempo en su propia conveniencia. No piensa si cada ocasión va a tener que querer o no el delito. No piensa si la discontinuidad involucra necesariamente un factor de mayor o menor peligrosidad o persistencia en el dolo; tampoco si ha de ser más o menos severamente penado. A él, ninguna de las cuestiones técnicas le interesan y sólo le importa ejecutar el delito asegurado, en la mejor forma posible, el éxito de su resultado y su impunidad personal, y al efecto usa el tiempo discontinuo como el ladrón usa su ganzúa, el asaltante la pistola o el arma homicida; en suma, como mera herramienta de trabajo, utilería de su obrar.

Para la sirvienta o mucama que quiere apoderarse de diez valiosas perlas del collar de su patrona, le será mucho más fácil y menos llamativo el hecho de apoderarse de una por vez, en ocasiones discontinuas, que cortar o fraccionar la alhaja en una sola operación, que esto -por lo notorio que sería- derivaría en un escándalo con la correspondiente investigación y posible punición para su autora. En cambio, en la primera forma, las sustracciones pueden pasar desapercibidas por lo gradual del hecho, asegurando así su impunidad y, bajo tal enfoque, la discontinuidad no es más que una técnica del operar delictual.

Es por tanto, la valoración de las circunstancias y conveniencias del propio delincuente lo que va a llevar a adoptar la forma de comisión, que el

delito continuado es -repetimos- la de usar la discontinuidad como mero instrumental para asegurar el hecho, es decir, una referencia psíquica a un valor utilitario de conducta, sin parar mientras en cada ocasión, necesita o no pensar y querer específicamente el hecho que comete.

En este elemento de exprofeso hemos omitido la designación de LEONE, quien habla de unidad de deseo, por considerar que este autor ha confundido dos aspectos distintos de la violación: el querer estrictamente voluntario, donde la voluntad se pone al servicio de la idea eligiendo los medios para su concreción, y el simple deseo, que puede caer agotado en el dominio de la imaginación, sin poder ser ejercitado bien por ser neutro al querer (deseado pero no querido) o bien permanecer a un territorio irreal o imposible (vrg. Desear las estrellas). Se puede desear simplemente, sin hacer nada para obtenerlo, se pueden desear cosas inalcanzables o desear y descargarlo ante la presencia de un imperativo ético: desear robar pero no hacerlo por saber que no se debe hacer o por miedo a la pena.

Por ello, el deseo de LEONE no es ilustrativo del elemento que tratamos de perfilar: se desdibuja por impreciso y cae dentro de una vaguedad genérica que no nos sirve para nuestros fines. El deseo puede pertenecer al mundo de lo real pero también a uno irreal, e incluso al pasado. En cambio, el querer efectivo, el voluntarismo dirigido a un accionar, sólo puede pertenecer al futuro como proyección del yo que lo integra, sólo puede pertenecer a un mundo que "tiende a" incorporar realidades y no cae agotado por la contemplación de lo imaginativo; el "querer" quiere en forma efectiva y busca los medios para lograrlo.

También aquí debemos consignar nuestra opinión de que en la búsqueda del término que más adecuadamente pinte o dibuje los datos del hacer psíquico del delincuente en lo que respecta a la concreción de sus acciones y la unidad del propósito, estimamos que el término designio, de antigua data castellana, es en nuestro idioma, conjuntamente con propósito, decisión o resolución, lo que más acabadamente da idea de la confusión -o mejor dicho, de la conjunción o penetración- ideativa-volitiva. Designio, designar, lo define el diccionario "pensamiento o propósito del entendimiento aceptado por voluntad", y a su vez, designación (del latín designatio) como "acción y efecto de señalar o destinar a una persona o cosa para determinado fin"³⁰.

Con él, entendemos que se cointegran los conceptos señalados, significándose no sólo una anticipación mental (intelectiva) sino también la actitud dinámica con una precisa referencia intencional al objeto, que caracteriza al querer impulsivo hacia la realización de su fin.

La unidad de propósito es la existencia de un plan preconcebido o voluntad de aprovechar diversas ocasiones análogas en naturaleza.

Son dos modalidades del delito continuado. Ambas exigen una actitud subjetiva en el autor. La primera un "dolo unitario", de conjunto, que es la voluntad dolosa que ensarta las distintas acciones. La segunda, aprovechamiento consciente de las distintas ocasiones, lo que corresponde al "dolo continuado".

³⁰ Diccionario de Psicología. Espasa-Calpe.

1La más reciente jurisprudencia exige esa voluntad de aprovechamiento, lo que equivale a referir que el aprovechamiento de las diferentes ocasiones análogas haya sido buscado de propósito. El plan preconcebido como el aprovechamiento de ocasiones idénticas "han de tomarse mediante elaboración mental del sujeto o sujetos del delito".

Hay que tener en cuenta que cuando se habla de "dolo unitario" o de "dolo continuado", no se requiere negar a cada una de las acciones que el sujeto realiza tenga su propia resolución criminal, su propio dolo. Aquí nos referimos a la unidad de voluntad que acoge todas y cada una de las acciones dentro de un mismo plan; y por eso la doctrina más antigua, siguiendo a CARRARA, prefería hablar de "unidad de designio".

Algunas de las consecuencias que se desprenden de lo que dejamos expuesto:

- a) Posición de otros autores.- SILVA CORREA partiendo de la base de que "el legislador al organizar un determinado sistema jurídico-penal, comienza necesariamente por elaborar objetivamente la conducta humana, dividiéndola en unidades más o menos específicas que quiere proteger", llega a la conclusión de que lo que el derecho fragmenta y separa objetivamente no puede ser unificado en consideración al "proceso volitivo de agente", y por lo tanto, todo el ámbito de la construcción del delito continuado "habrá de tener como límite la unidad del bien jurídico". En el mismo sentido se manifiestan LEONE y BETTIOL³¹. Más como dice ANTOLISEI, este criterio presenta el inconveniente de

³¹ BETTIOL. Diritto Penale (Parte General) Palermo, 1945, pág. 414.

que el bien jurídico protegido por la norma, en ocasiones, es el mismo en diversos delitos entre los que no puede establecerse la continuación, como por ejemplo, entre el hurto y la estafa o la apropiación indebida, entre el homicidio doloso y culposo.

La unidad del bien jurídico lesionado es también generalmente exigida por la doctrina alemana, pero unida a otros elementos. VON LISZT estima que no sólo es necesaria la tendencia contra el mismo bien jurídico, sino que sobre todo deberá tenerse en cuenta "la similitud en el modo de comisión"³²; para MEZGER es necesaria la unidad del "tipo básico", la del bien jurídico lesionado y la homogeneidad en la ejecución³³; finalmente según MERKEL es necesaria la homogeneidad de actuación, considerando suficiente para que concurra este requisito la violación de una misma idea legal presente en varias disposiciones.

Otros autores consideran que mejor que referirse a la unidad de precepto o a la misma disposición legal es hablar de unidad de objeto jurídico sustancial o de unidad de lesión jurídica.

De todo lo cual podemos concluir: que si por violación de un mismo precepto penal entendemos la del precepto fundamental, la mayor o menor intensidad de la violación no impide esta unidad y, por lo tanto, es perfectamente admisible la continuación entre delitos de la misma especie

³² Ob. cit. Tomo III, pág. 150.

³³ MEZGER. Tratado de Derecho Penal (traducción española). Tomo II. Ed. Revista de Derecho Penal Privado, Madrid, 1935, pág. 321.

consumados en grado de tentativa o frustración al no ser esta unidad cuestión de cantidad o de grado, sino de cualidad, también es concebible la continuación entre los delitos simples y agravados y entre los delitos de la misma naturaleza a los que les esté señalada distinta penalidad, como ocurre con el delito de robo, que se sanciona en relación al valor de lo sustraído.

Con el fin de señalar este segundo elemento se han propuesto diferentes denominaciones, tales como Unidad de propósito, Unidad de resolución, Unidad de plan, Unidad de proyecto, Unidad de programa, Unidad de deseo y Unidad de pensamiento.

Al tratar MEZGER la unidad de propósito, dice que "dicha exigencia ha sido criticada con razón, porque es absurdo otorgar el privilegio de la continuación y por consiguiente, de un solo hecho, a quien ha concebido desde un principio el "dolo total" y se aprovecha cada vez de nuevo de la misma oportunidad para su acción punible, y pone de manifiesto así, una voluntad delictiva especialmente intensa en contraposición con el que cede reiteradamente, a la tentación que se le presenta". Por su parte, CORDOVA RODA anota que "condicionar el delito continuado a la existencia de una finalidad previa al acto inicial, comprensiva de todos los hechos que anteriormente realizan, implicaría el contrasentido de aplicar una institución que originaria y casi ordinariamente tiene el sentido de un beneficio, a un supuesto de pluralidad de hechos que, en atención al elemento subjetivo inicial, encierra un desvalor superior al de los casos de pluralidad de hechos en los que dicha finalidad no concurre".

El delito continuado requiere para su existencia de un previo dolo general, que abarca el querer de todo los delitos, al cual se le ha llamado dolo total, que constituye un presupuesto a cada dolo correspondiente de los delitos cometidos.

¿DELITO CONTINUADO O CULPOSO?

Respecto a los delitos culposos, se trata de averiguar si se debe considerar realizado el delito continuado cuando exista por parte del sujeto activo una reiteración a la violación del mismo deber de cuidado y en tal situación se lesione el mismo bien jurídico protegido.

Lo anterior implicaría una desmesurada extensión del delito continuado al aplicarlo a la culpa, ya que equivale a la afirmación de la posibilidad de continuación entre cualquier clase de delitos imprudentes.

Una amplitud semejante del delito continuado es inadmisibles, ya que no subsistirá entre los diversos delitos una identidad objetiva; esto es, no puede haber delito continuado culposo si se tiene en cuenta que entre los elementos esenciales aparece con carácter de preponderante la unidad de propósito criminosos, con facilidad se comprende lógicamente que es imposible la continuación entre infracciones culposas con cuya naturaleza es incompatible este elemento fundamental.

La consideración de que el delito continuado requiere solo único o conjunto, impide su estimación en los delitos imprudenciales. En estos casos hay una clara incompatibilidad. Si exige para que concurra el elemento subjetivo del delito continuado una unidad de dolo o de propósito delictivo y una de las características de la culpa es la falta de la intención referida al resultado, es evidente que tal elemento no puede concurrir en los delitos culposos. La concurrencia del dolo o propósito determinaría, al margen de la calificación del delito como continuado, la calificación de las diversas acciones como delitos dolosos.

Sin embargo, y pese al anterior punto de vista, hay otros autores que señalan que junto a la interpretación del elemento subjetivo como unidad de dolo o como dolo continuado, existen otras interpretaciones de aquel elemento que permiten un mayor margen de actuación al tratar de incluir los delitos cometidos por imprudencia en la figura del delito continuado. En efecto, el entendimiento del elemento subjetivo del delito continuado como unidad de plan o ideación no excluye la posibilidad de aplicar esta figura a los delitos imprudentes, ya que en tanto no se identifique el elemento subjetivo con el dolo, es perfectamente concebible un delito continuado constituido por una serie de hechos integrantes de otras infracciones culposas.

Es obvio que la unidad de dolo no puede darse en los delitos culposos, como tampoco podría hablarse en tales delitos de la concurrencia de dolos diversos, pero no ocurre lo mismo en los supuestos de unidad de ideación o fin, a no ser que se califiquen previamente como delictivas para cumplir la función de unificación en el delito continuado. Sólo queda excluida a prioridad la imprudencia si se considera que debe tratarse de un plan, por ejemplo de cometer una serie de delitos.

En la imprudencia debe darse también una conducta consciente y voluntaria; la diferencia respecto a los delitos dolosos en que la voluntad del agente no se dirige a la causación de un resultado delictivo, sino a la realización de una conducta ilícita. Imprudencia no significa la ausencia de conocimiento y voluntad, sino voluntad de realizar una conducta lícita, aunque en tal conducta se produzca la infracción de una norma de cuidado.

Ahora bien, si conocemos los elementos del delito continuado y siendo fundamental la unidad de propósito criminoso, es fácil comprender que es imposible la continuación entre infracciones culposas con cuya naturaleza es incompatible con el elemento antes mencionado.

La posición que sostenemos es la generalmente admitida (sostenida por ANTOLISEI, SALTELLI, ROMANO DI FALCO, FLORIAN, PILLITU, GERALD, así como la doctrina constante del Tribunal supremo alemán); pero algunos autores como LISZT y BETTIOL ³⁴, admiten ampliamente la continuación entre delitos culposos; el último de los autores citados hace constar que el designio criminoso se refiere a la conducta y no a los resultados que de la misma puedan derivarse. Con relación a este criterio es de hacer notar que 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 ha de ser lícito y, por lo tanto, mal podrá ser ejecutado con propósito criminoso.

Otros autores entre los que se encuentran MANZINI ³⁵, aún reconociendo que en materia de delincuencia culposa no es fácil pensar en una forma delictiva continuada porque el resultado no querido hace despertar en el autor la atención, entienden que podrá haber continuación cuando el agente no se apercibiere de los primeros hechos, suele citarse como casos de continuación en delitos culposos, el del conductor que, yendo por la noche a gran velocidad atropella sin advertirlo a una persona y,

³⁴ LISZT. Ob. cit. Tomo III, pág. 151. Nota: BETTIOL, ob. cit. pág. 416.

³⁵ MANZINI. Trattato di Diritto Penale Italiano. Segunda Edición, Tomo II. Torino, 1947, pág. 602.

persistiendo en su conducta imprudente, poco después lo hace con otra, esta posición tampoco puede ser admitida por las razones expuestas.

c) IDENTIDAD DE LESION JURIDICA

Este elemento representa, en la doctrina, otro motivo de arduos debates sin haberse llegado aún a una solución definitiva.

Esfuerzos serios se han hecho en tal sentido, tratando de desentrañar el objeto que resulta vulnerado por la infracción continuada y así, se ha pensado si el lícito hablar de identidad de normas en general, pues ésta, al estar integrada en dos partes al decir de DELITALA, el precepto y la sanción, pueden ser violados en distintos supuestos contenidos en diversos artículos de una ley penal y resulta identidad de violación en cuanto al precepto pero con diversidad en la sanción por ser éstas distintas.

Sobre éste existe ya de parte de MANZINI una tentativa aclaratoria coincidente con la expuesta por MERKEL, quien entiende que la identidad de violación, debe referirse a la "norma incriminatoria principal" en la que deben entenderse comprometidas todas las normas generales o especiales que respecto a ella tienen caracteres integrativos o complementarios de forma, que no sea posible violar una de estas normas sin violar también la primera ³⁶, o sea, diríamos transgredir la misma idea penal expresada en la ley aunque sea en diversas disposiciones o artículos.

Autores hay, entre los que se encuentran FONTAN BALESTRA, ALFREDO MOLINARO y CAMARGO HERNANDEZ, que han propiciado como módulo aclaratorio tomar el concepto de bien jurídico tutelado y así, cuando el acto infrinja o lesione a éste, cualquiera que sea su forma, podrá

³⁶ Cit. por CAMARGO HERNANDEZ, pág. 55.

existir la continuación, criterio que no compartimos, pues basta analizar el supuesto de delitos culposos y dolosos que ataquen al mismo bien jurídico, por ejemplo, la vida. Sostenemos que no es posible la continuación entre delitos culposos y dolosos ya que, como razón principal, entendemos que entre ambos nunca puede mediar la identidad de designio, pues la culpa como infracción a un deber de cuidado, cautela o previsión debe ser considerado como la exclusión de todo designio o programa.

Tampoco nos parece acertado el ejemplo de FONTAN BALESTRA cuando admite la continuación entre hurtos y defraudaciones "no por la posibilidad, que admitimos, sino por ejemplo pues a nuestro entender el caso del empleado que advirtiendo el descuido con que es llevada la contabilidad de su patrón, decide apoderarse de "una suma grande" de dinero que le permita establecerse por su cuenta, es para nosotros un propósito genérico de delinquir contra la propiedad y, así no le interesa el tipo de delito. Al ejemplo proporcionado podemos agregarle que con idéntico propósito el empleado también puede robar con infracción, hacer robos calificados, puede extorsionar al patrón, todos los delitos que son para apoderarse de su dinero, pero entre los cuales, a pesar de herir al mismo bien tutelado "la propiedad", no puede existir continuación por precisar, en cada caso, un nuevo designio criminal ya que no alcanza a satisfacer el espíritu, la idea de la continuidad entre planes y decisiones tan variadas por ser tan distintas las ocasiones en que se ejercitan y las circunstancias que las califican.

Por eso MERKEL exige aquí la homogeneidad de actuación, entendiendo nosotros que con este agregado a la idea del bien jurídico puede ser aceptada como centradora de la esencia de identidad de norma, pues ésta, al ser "idea legal" o norma incriminadora principal, contiene una

cantidad de supuestos cuyas violaciones pueden ser cometidas por continuidad, siempre que la heterogeneidad de comisión no implique, necesariamente, la adopción de un nuevo propósito o decisión.

No se trata, como lo ha querido CARLOS MALAGARRIAGA ³⁷, que sea el mismo artículo y menos el mismo inciso el violado. La identidad de norma o precepto legal se da siempre que el bien jurídico se encuentre afectado por comisiones que, por su similitud, hagan presumir una identidad de designio primigeniamente elaborado y que sea susceptible de encontrarse, en cada acción, la ratificación del dolo primitivo como reactivación del querer.

Como todo, creemos preferible las exigencias de la doctrina alemana, la que, zanjando la cuestión de la identidad del precepto penal violado, no se conforma con el hecho de haberse infringido una misma norma a la tendencia contra un determinado bien jurídico, sino que ello debe ser completado con la existencia de una similitud en el modo de comisión (VON LISTZ) o la homogeneidad de la ejecución (MEZGER). Se añade así, al mero herir de la idea legal, norma incriminadora principal "tipo básico" o bien jurídico tutelado, como quiera llamársele, un aspecto fundamental de esencia fáctica por derivar del hecho propiamente dicho; la similitud en la ejecución delictiva o semejanza en la acción, todo lo cual debe ser compatible con la tendencia del espíritu a pensar como posible la continuidad como transferencia críminosa a través de la pluralidad de acciones.

Uno de los criterios propuestos, tanto por la doctrina "entre los que se encuentran ANTOLISEI, MANZINI, JESCHEK y ANTON, como por la

³⁷ MALAGARRIAGA, CARLOS. Derecho Penal Argentino. Tomo I, Buenos Aires, pág. 382.

jurisprudencia, es la unidad o identidad de norma violada a través de las diversas infracciones. Según esta interpretación, varias acciones constituirán delitos idénticos y será aplicable el delito continuado siempre que la norma violada por cada una de ellas se identifica a la que violan las restantes.

También se ha utilizado la expresión "unidad de ley infringida" para referirse a la identidad objetiva. Tal denominación es totalmente inadecuada, pues cualquiera que sea el contenido que a este elemento se atribuya, es evidente que en ningún caso va referido a la unidad de ley. En efecto, si se interpreta literalmente esta expresión y resulta necesario tan solo que las diversas acciones que se agrupan en un delito continuado infringen la misma ley. El Código Penal es una ley y las fracciones del mismo comprendidas, constituyen infracciones de la misma ley. Siempre que se interprete la palabra ley en un sentido estricto, es decir, como disposición formal emanada del poder legislativo y actos equiparados; decretos leyes.

El único efecto que producirá tal configuración sería excluir la continuación entre hechos previstos en el Código Penal y las leyes penales especiales, pero al mismo tiempo esto daría lugar a una situación absurda: mientras sería posible la continuación entre un delito de violación y uno de robo, previsto en el Código Penal, o en la misma ley especial, debería rechazarse cuando los varios delitos fueran de robo pero estuvieran previstos en distintas leyes.

Empero, la expresión unida de la ley referida al delito continuado no pretende tener un contenido tan amplio, sino que es entendida en un sentido semejante al de unidad de norma o de precepto. Pero resulta más correcto emplear una fórmula que limite con claridad el elemento de identidad

objetiva, como dice MARIA TERESA CASTIÑEIRA, debe llamarse violación del mismo precepto penal, sentido en este caso que las varias acciones serán objetivamente idénticas cuando todas ellas violan el mismo precepto penal.

Las múltiples acciones que han de violar el mismo precepto penal, o sea, que aisladamente consideradas han de ser constitutivas del mismo delito.

Nosotros preferimos la expresión violación del mismo precepto penal a la identidad de norma, pues como dice DELITALA, si toda la norma jurídica consta de dos partes: el precepto y la sanción, las dos normas que prevén, una un delito simple y otra un delito agravado, no podrán decirse idénticas, pues la identidad de precepto no corresponde la misma sanción.

Por unidad de precepto no ha de entenderse de unidad de artículo, como ha sido sostenido, entre otros autores, por AMBROSOL en las labores preparatorias del Código de Zanardelli; pues un mismo artículo puede contener infracciones de distinta naturaleza y en distintos artículos puede estar contenida la misma infracción, que sólo se ha esperado en atención a su menor o mayor gravedad. Tampoco es criterio utilizable el que se fija en la unidad de capítulo o título, pues tanto en uno como en otro, en muchos casos están contenidas infracciones de distinta naturaleza.

Entendemos la unidad de precepto penal violado en el mismo sentido que MANZINI, cuando dice que esta expresión se refiera a la "norma incriminadora principal en la que deben entenderse comprendidas todas las normas generales o especiales, que respecto a ella tienen caracteres

integrativos o complementarios, de forma que no es posible violar una de estas normas sin violar también la primera". De este modo, como dice el ilustre maestro italiano, si los varios delitos concurrentes, unos violan la norma principal y otros una de las integrativas o complementarias conceptualmente comprendida en la primera aunque formalmente separadas, es evidente que todas éstas violan el mismo precepto penal, aunque con distinta intensidad.

En resumen, que para la existencia de tal unidad lo que se requiere es la identidad ¿en la cualidad, y como consecuencia, se infringe el mismo precepto aunque varíe la gravedad de las distintas infracciones?.

CONSUMACION DEL DELITO CONTINUADO

ALIMENA ³⁸, consecuentemente con su posición, entiende que las acciones diversas y sucesivas parten de una sola continuación. Pero esta posición no la estimamos cierta por dos razones: primeramente, a causa de que si el delito continuado carece de un resultado único, mal podrá tener una sola consumación; y en segundo lugar porque, como sabemos, el delito continuado está integrado por una serie de delitos sucesivamente producidos; de forma que cuando se comienza a ejecutar el segundo ya esté consumado el primero, y así sucesivamente, de forma que entre dos acciones nos encontramos en todo caso con un resultado que, como dice PILLITU, no siempre podrá ser transportado a un momento sucesivo.

Dada la estructura del delito continuado, y si como hemos visto, en él se producen tantos resultados como acciones, es lógico que se produzcan tantas consumaciones cuantos sean los delitos unidos por el nexo de la continuación. Luego, si se han realizado todos los elementos que comprende la figura del delito, tantas veces cuantas sean las acciones ejecutadas en continuación, sólo se podrá hablar de un momento consumativo en el delito continuado; o mejor aún, como dice MANZINI, de un momento en el cual se acaba o se agota el delito continuado, pero nunca de una consumación única, pues en el delito continuado existen tantos momentos consumativos como acciones realizadas en continuación; en consecuencia podemos nosotros concluir que el delito continuado presenta un período de consumación discontinua.

³⁸ ALIMENA. Principios de Derecho Penal (traducción española). Tomo I. Madrid, 1915, pág. 492.

Las teorías de la consumación del delito continuado pueden reducirse a tres:

- a) Que el delito continuado carece de consumación propia;
- b) Que la consumación se verifica hasta que se realiza la última conducta; y
- c) Que debe hablarse de un período de consumación discontinuo.

a) PILLITTU, en su interesante estudio monográfico sobre el reato Continuo, sostiene "El delito continuado carece de un resultado propio, como también de un momento consumativo propio.

"a) Carece de un resultado propio porque el delito continuado consta de una pluralidad de violaciones de la norma jurídica y consiguientemente de una pluralidad de resultados.

El resultado, siguiendo la doctrina de JANNITTI, es el efecto lesivo o peligroso de la acción u omisión.

Este efecto lesivo se manifiesta sobre un determinado bien o interés jurídico, protegido por una norma penal; esto es, sobre el bien que constituye la objetividad jurídica del delito. Ahora bien, puesto que en todo delito ha de presentarse siempre necesariamente una acción u omisión y una violación del objeto jurídico del delito, es evidente que en el delito continuado habrá tantas violaciones jurídicas, cuantos son los delitos, por tanto, una multiplicidad numéricamente equivalente de resultados.

Tampoco se puede hablar de un resultado complexivo, como resultante de todos los resultados concurrentes en continuación, porque éste resultado

tendría como antecedente, no una sola acción causa de aquél, sino una pluralidad de acciones de las cuales ninguna sería la causa total del mismo.

Aquellos sostienen la unidad real de delito continuado, se ven obligados a destruir la entidad jurídica de cada uno de los delitos por considerarlos como momentos o actos de aquel delito único que resultaría de la suma de los mismos. Lo cual nos parece contrario a la misma voluntad de la ley que habla de pluralidad de violaciones y por tanto de delitos.

La argumentación parecerá todavía más lógica, si se piensa en la naturaleza jurídica del delito continuado y en los fines de su unificación.

"b) Si en el delito continuado no existe un resultado propio, no hay ningún fundamento para que se pueda presentar la cuestión de la existencia de una consumación propia.

Un delito se dice consumado cuando se ha verificado su resultado; ahora bien, puesto que el delito continuado carece de un resultado propio, nunca se podrá por ello decir consumado. A lo más se podrá hablar, como hace MANZINI, de un momento en que se ejecuta o se agota el delito continuado distinguiendo siempre, sin embargo, cada una de las violaciones de que consta. Por consiguiente, hay en el delito continuado un momento consumativo y no una consumación propia.

Ahora bien, puesto que el delito continuado consta de una pluralidad de delitos y en consecuencia de una pluralidad de resultados, se concluirá que tantos serán los momentos consumativos de esta figura delictiva, cuantos sean los delitos deducidos a continuación.

Sobre este particular, LEONE piensa que si no subsiste un resultado del delito continuado, no es concebible una consumación del delito continuado. Existen dentro de la continuación tantos momentos consumativos, cuantos son los delitos que siguen a continuación; pero no existe un momento consumativo final del llamado delito continuado.

Cada uno de los delitos unificados en la continuación, es en su estructura completo e independiente; y está sujeto como tal a la disciplina normal de cada uno de los delitos. Por tanto, cada delito puede estar amparado por una causa de exclusión de la ilicitud o no punibilidad, o bien ir acompañado por una circunstancia de atenuación o agravación de la pena,

Finalmente, CAMARGO HERNANDEZ considera que "si el delito continuado carece de un resultado único, mal podrá tener una sola consumación; y en segundo lugar porque, como sabemos, el delito continuado está integrado por una serie de delitos producidos sucesivamente; de forma que entre dos acciones u omisiones nos encontramos ante todo caso con un resultado que, como dice PILLITU, no siempre podrá ser transportado a un momento sucesivo" y agrega: "dada la estructura del delito continuado, y si como hemos visto, en él se producen tantos resultados como acciones, es lógico que se produzcan tantas consumaciones cuantos sean los delitos unidos por el nexo de la continuación, sólo se podrá hablar de un momento consumativo en el delito continuado; o mejor aún, como dice MANZINI, de un momento en el cual se acaba o se agota el delito continuado existen tantos momento consumativos como acciones realizadas en continuación"

- b) Esta teoría consiste en considerar que la consumación del delito continuado se realiza hasta cuando se comete el último delito.
- c) Nosotros pensamos que en el delito continuado debe hablarse de un período de consumación discontinuo.

El delito continuado se forma por la concurrencia de tres elementos: 1) pluralidad de conductas; 2) unidad de propósito; y 3) identidad de lesión jurídica. No negamos que en el delito continuado existan varios delitos, pues por tanto, cada conducta origina un delito; pero esto no obsta para que exista un período consumativo en el delito.

Un delito se consuma cuando se integran los elementos del mismo. En consecuencia, existiendo unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, comenzará el período consumativo del delito continuado desde el momento en que existiendo unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, comenzará el período consumativo del delito continuado desde el momento en que exista pluralidad de conductas. En otros términos, dada la especial estructura del delito continuado, el período consumativo será más o menos largo, pero discontinuo, a diferencia del delito permanente en el que existe un período consumativo continuo.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

d) UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETO PASIVO

Uno de los problemas más debatidos es el referente a si es requisito indispensable para que pueda apreciarse la continuación, la unidad de sujeto pasivo, o si por el contrario, se puede apreciar ésta, aunque los sujetos sean múltiples.

Este elemento ha sido también punto neurálgico en la consideración doctrinaria del delito continuado, siendo varias las soluciones propugnadas y los criterios sintetizados en afán comprensivo.

Algunos autores, entre los que podemos contar al célebre maestro pisano, estiman completamente irrelevante considerar la unidad del sujeto pasivo para la existencia del delito. Este puede existir, en unos, siendo necesario para aceptar la continuación, concebir la unidad de sujeto pasivo y en otros supuestos aún dentro del mismo ejemplo, pueden existir pluralidad de sujetos sin que la continuidad, como forma de ejecución, varíe o sufra duda alguna.

Es evidente dentro de esta postura que, en efecto, considerada la vida, suministrando los ejemplos más ricos y variados, podemos encontrar casos en que la unidad de sujeto pasivo sea indiferente o que sea indispensable. Así, si me propongo apoderarme de diez ovejas de una manada vecina a razón de una por noche, siéndome desconocido o indiferente su propietario, el hecho de que éste cambie, por venta de la manada, continúa siéndome indistinto pues el propósito ha sido apoderarme de diez ovejas y no el de empobrecer a una persona determinada, pero este mismo caso varía si en el designio, vigente su primitivo querer, se entera el autor que el nuevo

propietario es su amigo o persona a quien debe gratitud o siente por él afecto. A pesar de que la persona del propietario le era al comienzo irrelevante, para el cometido de su resolución criminal, puede "continuar" su originario propósito sin avisar su primitiva resolución, en virtud del vínculo de amistad o afecto que lo liga al nuevo propietario; si persiste, es en razón de haber adoptado una nueva resolución o designio después de vencer la natural resistencia a un principio ético.

El mismo caso -un ataque contra la propiedad- ofrece la variante de exigir o no la unidad del sujeto pasivo, según sean las calidades o conocimientos que de sus circunstancias y características se tengan.

Pero, por otra parte, existen delitos en los que no se capta la continuidad si no es con la condición de suponer necesariamente la unidad del sujeto pasivo y, en general, podemos presentar en esta especie los delitos de ataque contra los derechos inherentes a la personalidad como, por ejemplo, la integridad física, el honor, etcétera. Aquí, según algunos autores, es muy difícil o imposible concebir la continuidad si la persona pasiva del delito varía o puede variar, pues no se alcanza a comprender como se puede concebir un ataque a un bien personal con prescindencia de la persona y menos continuarlo, con el mismo designio, contra otra, siendo el titular un elemento esencial del propósito.

Esto es lo que ha llevado a otros autores a expresar su exigencia sobre la necesidad de la identidad del sujeto pasivo, sin observar que existe una multitud de delitos que pueden muy bien ser ejecutados con absoluta indiferencia de la identidad del sujeto pasivo, pues muy bien puede cometerse -cualesquiera que sean los ofendidos- en aquellos casos en que

es indiferente el titular del derecho lesionado, como por ejemplo, en los delitos de robo, fraude, etc.

El haber reparado en estas circunstancias es posiblemente lo que ha puesto la tónica en los autores alemanes para quienes debe existir la admisibilidad de una lesión gradual para darse la posibilidad del delito continuado con pluralidad de sujetos pasivos, repugnando la idea de esta pluralidad en todos aquellos casos en que se hieran bienes personalísimos, en los cuales la persona del sujeto pasivo es motivo principal y fundamental de la determinación del designio.

Consideramos que quien más certeramente ha condensado las exigencias de la unidad del sujeto pasivo ha sido ALIMENA para quien, según lo señala SOLER, "la unidad del sujeto pasivo, no es necesaria, mientras al delincuente le sea indiferente uno y otro sujeto pasivo al contrario, ella lo es cuando el delincuente no puede pasar de la ofensa de un sujeto pasivo a la de otro, sin una particular determinación, lo cual se verifica siempre en los delitos contra las personas"³⁹.

Este autor, examinando la exterioridad del continuismo delictual en lo que al sujeto pasivo se refiere, manifiesta: "que no es necesaria la unidad del sujeto pasivo cuando la pluralidad de sujetos pasivos no excluye la unidad de la resolución críminosa y no excluye la unidad objetiva del delito" y al referirse al aspecto subjetivo, a la conciencia criminal del autor en cuanto a la pluralidad de los sujetos pasivos atañe, dice: "que mientras el que con una resolución única decide coger cien cosas, tiene la conciencia de un solo

³⁹ SOLER, SEBASTIAN. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pag. 355.

hurto, ya las tome de una sola vez, y las tome en varias veces y es para él indiferente que las cosas pertenezcan a uno o a otro; el que con una resolución única decide matar a cien personas tiene la conciencia de cien delitos, y para él no es indiferente matar a uno o a otro”.

Estimamos sumamente correcta la afirmación de CAMARGO HERNANDEZ cuando advierte que VON LISZT ha dado una regla de un eminente carácter práctico (y diríamos doctrinario) al manifestar que sólo puede darse delito continuado “cuando el bien atacado por el delito y su titular son separables”. Es esta regla que pretendemos completar aclarando que no es la posibilidad de separar la lesión jurídica y el titular lo que debe averiguarse, sino la efectiva separación hecha por el delincuente en su conciencia, pues en el ejemplo que propusimos (el cambio de dueño de las cosas robadas) vemos que en el mismo supuesto puede separarse o no el bien jurídico y el titular; sólo depende que el autor realmente lo haga. La separabilidad como posibilidad existe, pero en definitiva en el delito continuado, lo que hace abordar la continuación es la unicidad de la conciencia delictiva del agente. Bajo tal aspecto es necesario que, efectivamente, para él la separabilidad exista como posible, al menos.

Las distintas posiciones en que se ha colocado la doctrina en lo que a este asunto se refiere, son las siguientes:

- a) Teoría de la pluralidad de sujetos activos.- El delito continuado puede tener lugar aún cuando sea múltiple el sujeto pasivo.

Esta posición fue sostenida por el Maestro de Pisa ⁴⁰ de una forma absoluta, al decirnos que "es indiferente la unidad o pluralidad de sujetos pasivos" en el delito continuado. En la actualidad es la preponderante en Italia, donde, entre otros muchos, se muestran en este sentido: BETTIOL ⁴¹, para quien "no es cierto que, para que pueda haber delito continuado, sea necesario que el sujeto pasivo del delito sea siempre el mismo. El delito continuado puede ser perpetrado en daño de diversos sujetos". SALTELLI y ROMANO DI FALCO, quienes sostienen que "el delito continuado no es compatible con la diversidad de personas ofendidas", y PILLITU, que en forma aún más expresiva, afirma "que el delito continuado puede darse tanto en los delitos contra la propiedad como en los delitos contra las personas, sean con unidad o con pluralidad de sujetos pasivos" ⁴².

También mantienen esta posición, pero haciendo constar que siempre que no sea incompatible con la identidad de designio criminoso: SABATINI, CRIVELLARI, CASTORI y FLORIAN.

Entre los autores alemanes, MITTERMAIER, DOHNA y HIPPEL siguen esta teoría de la pluralidad de sujetos pasivos a cuyo favor se pronuncia, entre otros CASTEJON al afirmar que "la continuación no desaparece por ser distintos los sujetos pasivos".

⁴⁰ CARRARA. Ob. cit. parágrafos 531 y 532, pág. 344.

⁴¹ Ob. cit. pág. 413.

⁴² Citados por CAMARGO HERNANDEZ, ob. cit. pág. 59.

Ni que decir tiene que la continuación puede verificarse aún cuando el delincuente, de una manera consciente, esté enterado de la pluralidad de sujetos pasivos.

b) Teoría de la unidad de sujeto pasivo.- Esta doctrina fue la preponderante entre los antiguos escritores alemanes, tales como KOCH, EXCHULTZ, EUGAN, SHOTER y PUTTMAN ⁴³ contando en la actualidad con escasos partidarios entre los modernos tratadistas.

En Italia LUCCHINI es, quizás, el único que sostiene esta posición, afirmando que en todo caso -o sea, tanto en los delitos contra el patrimonio- es condición indispensable la unidad de sujeto pasivo para que varios delitos puedan ser considerados en continuación; se basa en que "la intención debe ser considerada objetivamente, esto es, respecto de la objetividad jurídica del delito, y entonces resultarán tantas las intenciones cuantas sean las personas muertas u ofendidas, en relación a cada una de las cuales se da una distinta violación de la ley, un delito completamente agotado".

Si bien estas conclusiones son ciertas en cuanto hacen referencia a aquellos delitos que tienen por objeto bienes jurídicos eminentemente personales, no podemos decir otro tanto de los cometidos contra la propiedad, así por ejemplo: un individuo tiene conocimiento de que en un cercado se encierra por las noches un rebaño y concibe el propósito de sustraer cada dos o tres noches una oveja; este rebaño puede pertenecer a un único propietario, pero también puede que pertenezca a cuatro o cinco personas que han alquilado la citada cerca para el mencionado fin, pudiendo

⁴³ CAMARGO, ob. cit. pág. 60.

darse el caso de que todas las ovejas sustraídas en las diferentes noches sean del mismo dueño o que cada una pertenezca a uno de los distintos propietarios. En el primer caso tendremos, según esta teoría, un delito continuado, en el segundo un concurso real de delitos. Como se ve, así la continuación dependería del azar y esto no es admisible.

- c) Posición ecléctica.- Es la sostenida por la inmensa mayoría de la doctrina que requiere por la necesidad de la unidad de sujeto pasivo cuando sean lesionados los bienes de naturaleza eminentemente personal, admitiendo la pluralidad de sujetos pasivos en todos los demás casos.

En Alemania sostienen esta posición SHOKE, LISZT, MEZGER y BERNER, entre otros, siendo también la que inspira las decisiones del Reichsgericht.

Para MEZGER el bien jurídico lesionado ha de ser susceptible de una lesión gradual para que, con pluralidad de sujetos pasivos pueda darse el delito continuado, más en los ataques personales se requiere la unidad de sujeto pasivo ⁴⁴.

LISZT afirma que con sujetos pasivos diferentes puede tener lugar la continuación, si se exceptúan aquellos que se cometan contra bienes jurídicos que sólo pueden ser lesionados en la persona de su titular ⁴⁵.

⁴¹ Ob. cit. págs. 320 y 322.

⁴⁵ Ob. cit. pág. 151 de T. III.

Para BERNER el delito continuado podrá tener lugar con varios sujetos pasivos "cuando según el carácter del delito, no obstante la ofensa a varias personas, se ha de considerar el efecto como una sola ofensa al orden jurídico". "La regla del delito continuado no es aplicable a todos aquellos casos en los que la acción lesiva tiene por objeto al individuo en su inmediata personalidad: homicidio, lesiones, secuestro, etc.

Según SHONKE la admisión de la figura del delito continuado cuando son lesionados bienes personalísimos, repugna al sentimiento de justicia.

Entre los autores italianos IMPALLOMENI, MIRTO y ALIMENA mantienen esta posición. La doctrina del primero es casi idéntica a la de BERNER y la del segundo también es muy parecida a la del último de los autores alemanes citados.

Especial interés merece la doctrina de BERNARDO ALIMENA, para quien objetivamente "no es necesaria la unidad de sujeto pasivo cuando la pluralidad de sujetos pasivos no excluye la unidad de la resolución criminosa y cuando no excluye la unidad objetiva de delito. Esto establecido, aparece bien claro, cuando hay varias personas ofendidas, no puede hablarse de continuación porque cada una de las ofensas tiene su objetividad propia". Examinada la cuestión, en el aspecto subjetivo, no dice "que mientras el que con una resolución única decide coger cien cosas, tienen la conciencia de un sólo hurto, ya las tome de una sola vez, ya las tome en varias veces, y es para él indiferente que las cosas pertenezcan a uno o a otro; el que con una resolución única decide matar a cien personas tiene la conciencia de cien delitos, para él no es indiferente matar a uno o a otro".

En España se está de acuerdo con la posición de que no ocupa el Profesor CUELLO CALON ⁴⁶, y conjuntamente con él la mayoría de los autores. SILVA CORREA también la acepta.

d) Posición de otros autores.- Las opiniones de estos tratadistas difieren de las expuestas anteriormente en el apartado c), en que no dan valor absoluto al principio de la unidad de sujeto pasivo cuando sean lesionados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal.

Así MANZINI, después de afirmar que la cuestión no puede resolverse a priori, mientras todo dependa de acertar en concreto si, dado el desenvolvimiento y las circunstancias de la empresa delictuosa, el reo ha podido o no mantener la identidad de designio criminoso, afirma, en general "que el delito continuado es inadmisibile todas las veces que el estado tutela el interés público mediante la incriminación, intereses jurídicos personales - privados o públicos-, y que los varios actos delictuosos concurrentes penetran en la esfera jurídica de personas diferentes".

A continuación razona la compatibilidad de delito con la pluralidad de sujetos pasivos en los delitos contra la propiedad; en lo que hace referencia a los delitos contra las personas nos dice que, aunque no siempre, cuando existen varios sujetos pasivos "la pluralidad de los designios y de los delitos se encuentra la mayoría de las veces"; como ejemplo de la excepción cita el caso del que irritado contra una multitud dispara sobre ella varios tiros de fusil hiriendo o matando a varias personas -siempre que de un solo disparo no hiera o matare a más de una persona, pues entonces sería un caso de

⁴⁶ Ob. cit. T. I. pág. 566.

concurso-; o bien el marido que matare al mismo tiempo con acciones distintas, a los adúlteros sorprendidos infraganti ⁴⁷. También sostiene esta posición el profesor de la Universidad de Buenos Aires CARLOS FONTAN BALESTRA ⁴⁸.

Ahora bien, estamos de acuerdo con los que opinan que en el delito continuado no es necesaria la unidad de sujeto pasivo, excepto cuando sean lesionados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal, tales como la integridad corporal, la honestidad, la libertad, etc.

Por lo tanto, observamos, con relación a la teoría que admite de un modo absoluto la pluralidad de sujetos pasivos, que el mantenimiento de la ficción del delito continuado en los casos en que se lesionen los bienes de naturaleza personal a que antes nos hemos referido, no creemos que tenga justificación por estimarla contraria a los intereses sociales y a los más altos sentimientos de justicia. También es de tener en cuenta, sin que con ello se pretenda dar solución al caso con base en la intención del delincuente que mientras el que roba le suele ser indiferente la persona del propietario o de los propietarios, al homicida no le son indiferentes sus víctimas, teniendo razón ALIMENA cuando dice que mientras el que roba objetos pertenecientes a varias personas, en virtud de una sola resolución, tiene conciencia de un solo delito, el que mata a varias personas la tiene de tantos delitos como víctimas. La mayoría de los autores italianos que sostienen esta posición, se basan en la interpretación del artículo 81 del Código Penal de su

⁴⁷ Ob. cit. T. II. págs. 592 y ss.

⁴⁸ Ob. cit. pág. 330.

país. Es indudable que en los ejemplos de MANZINI que anteriormente se citaron, se da la identidad de designio criminoso o de propósito, así como la pluralidad de acciones y la unidad de precepto, por eso entendemos que las escasas hipótesis en las que se pueda producir el delito continuado son esta clase de infracciones las que deben ser tenidas en cuenta, requiriéndose en estos casos, por el legislador o por la jurisprudencia, la unidad de sujeto pasivo.

La unidad de sujeto pasivo es cierta, como ya dijimos, en los delitos contra la persona, pero no en los delitos contra la propiedad, como claramente se puede apreciar en el ejemplo que se expuso y en otros muchos casos que citan los autores; así tenemos que el dependiente que en días distintos toma de la caja, sabiendo que el negocio pertenece a varios propietarios; pero es CARRARA quien más claramente nos hace ver lo inaceptable de esta posición cuando dice: "Si un ladrón que se introdujo en mi casa roba al mismo tiempo varias cosas que me pertenecen en su totalidad, se dijo que era un hurto único, aunque haya recaído sobre varias cosas y resultado de varios actos. Pero si alguna de las cosas era de otro propietario que la hubiera dejado allí, se pretende que el hurto debiera llamarse continuado". Como se ve en este criterio no se consigue otra cosa sino confundir en estos casos el delito único con el delito continuado y todo, como dice CARRARA, por una sutileza que no responde a la justicia.

Y ya dentro de la posición ecléctica a la que nos adherimos, estimamos una de las posiciones más acertadas la de LISZT, que al decir que sólo se puede dar el delito continuado cuando el bien jurídico atacado por el delito y su titular son separables, formula una regla de un indudable interés práctico, además de su valor científico.

En este sentido, PORTE PETITT al hacer el análisis de este elemento del delito continuado se hace el siguiente cuestionamiento: ¿Es necesaria la unidad de sujeto pasivo en el delito continuado? y al mismo responde que respecto a este problema surgen dos posiciones antagónicas: a) la de quienes exigen la unidad de sujeto pasivo; y b) la de quienes admiten la pluralidad de sujetos. En la primera están todos aquellos penalistas que sostienen que debe existir unidad de sujeto, mientras que en la segunda se sostiene que es indiferente la unidad o pluralidad de sujetos.

Señalando finalmente que según su opinión, la solución del problema debe enfocarse en el sentido de que en el delito continuado puede haber indiferentemente unidad o pluralidad de sujetos, con excepción, en uno u otro caso, de que se lesionen bienes personalísimos.

Sin embargo, y terminando con la problemática que surge en relación a la unidad o pluralidad del sujeto pasivo en el delito continuado, nuestra legislación ha establecido como requisito indispensable que exista la unidad de sujeto pasivo, para que se pueda hablar de la existencia del delito continuado (Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de mayo de 1996, con vigencia al día siguiente de su publicación).

REQUISITOS DOCTRINALES ADICIONALES A LOS LEGALES PARA QUE SE DE EL DELITO CONTINUADO

a) UNIDAD DEL BIEN JURIDICO

El bien jurídico considerado como un interés o conjunto de intereses protegidos por el derecho, puede desempeñar un importante papel en la figura del delito continuado.

En primer lugar, el concepto de bien jurídico puede contribuir a esclarecer, o servir para determinar, la identidad objetiva de las diversas acciones. En principio, aparece como un concepto demasiado amplio, ya que puede subsistir la identidad de las acciones. Sin embargo, el concepto de bien jurídico puede actuar como límite a partir del cual ya es imposible plantear la existencia de un delito continuado. Cuando las diversas acciones atacan bienes jurídicos distintos, no cabe hablar de identidad objetiva. La identidad de bien jurídico lesionado o puesto en peligro es condición necesaria pero no suficiente del delito continuado. LEONE interpreta la expresión "Stessa disposizioni di legge" del artículo 81 del Código Penal italiano, como identidad de bien o interés jurídico, o violación de la misma objetividad de la tutela jurídico penal. En el mismo sentido PILLITU el objeto sustancial específico se interpreta, en ambos casos, siguiendo a A. ROCCO como "un bien o interés propio del sujeto directamente ofendido por el delito que, como tal, es particular del singular delito, de forma que cada uno de los delitos en especie, en cuanto ofende un determinado interés, individual o colectivo, tiene un objeto específico, es decir, propio del delito".

Así se explica que la identidad objetiva haya sido entendida, en muchas ocasiones, como identidad u homogeneidad de bien jurídico, exigiéndose de forma adicional la identidad de tipo, o que la lesión o puesta en peligro del bien se haya realizado del mismo modo. La doctrina alemana merece, en este caso, especial consideración; ya que ésta ha configurado la parte objetiva del delito continuado como un todo, y exige, para que pueda admitirse tal figura, identidad u homogeneidad de bien jurídico; homogeneidad de la forma de comisión o realización del mismo tipo de delito y una cierta conexión especial y temporal.

Pero la existencia de identidad de bien jurídico resulta superflua si se requiere además que los actos realicen el mismo tipo, puesto que si las acciones constituyen el mismo delito, necesariamente atacarán un bien jurídico idéntico. Sin embargo, tal objeción no es procedente cuando además del ataque contra un mismo bien jurídico, se exige que la agresión se haya realizado de la misma forma.

Por otra parte, se ha atribuido al bien jurídico un importante papel en la determinación del ámbito de aplicación del delito continuado, tomando en consideración su naturaleza y su capacidad para ser objeto de lesión gradual.

Para apreciar la continuidad delictiva, las sentencias a veces exigen unidad, homogeneidad o identidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. El determinar cómo entiende esto la jurisprudencia no resulta fácil, dado que no todas las sentencias mantienen el mismo criterio de interpretación.

En primer lugar, hay sentencias que exigen únicamente unidad o identidad de bien jurídico lesionado o puesto en peligro, sin emplear otras expresiones para referirse a la identidad objetiva de las diversas acciones.

En base a estas resoluciones es posible pensar que se equipara la identidad objetiva de las diversas acciones a la unidad o identidad del bien jurídico. Sin embargo, esta afirmación no puede generalizarse. Ello se debe, por una parte, a la unidad del bien jurídico para constituir este elemento del delito continuado, y por otra, a la configuración que a nivel jurisprudencial se ha dado a esta figura. Si sólo existe como identidad objetiva, identidad de bien jurídico, se puede afirmar que no existe delito continuado.

En segundo lugar, otras resoluciones exigen además de la identidad de bien jurídico la unidad de ley, norma o de precepto penal violado. Dichas resoluciones pueden ser más expresivas, pero plantean la dificultad de determinar el alcance o sentido de la exigencia adicional de unidad de bien jurídico. Antes se ha destacado el carácter superfluo que puede tener tal exigencia. En efecto, si se entiende aquí el bien jurídico en un sentido genérico, por ejemplo la propiedad, de forma que subsista la unidad aunque la titularidad del mismo corresponda a distintas personas y aunque el ataque contra el mismo se haya realizado de modo distinto, el requerimiento de unidad de bien jurídico se cumplirá en muchos casos en los que no podrá aplicarse el delito continuado, por no concurrir el elemento de identidad objetiva. No es posible, en cambio, la situación inversa que concurra el bien jurídico atacado. La identidad de bien jurídico resulta, necesaria pero no suficiente para considerar existente este elemento.

Cabe también pensar qué unidad o identidad de bien jurídico significa algo mucho más concreto; de forma que sólo concurra la unidad exigida cuando sea al mismo titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Por bien jurídico no se entendería, por ejemplo, la propiedad en general, sino la propiedad de una persona determinada. Dentro de la esfera de protección de la titularidad de una persona determinada sobre "sus" bienes jurídicos, pero no de forma particularizada. Es decir, si bien es indudable que el ordenamiento jurídico protege el derecho de propiedad de A, no lo protege de sí mismo, sino en cuanto al derecho de propiedad representa un valor de la comunidad que se estima digno de protección por el ordenamiento jurídico; de forma que si sólo existiera el derecho de propiedad A, probablemente no estaría protegido.

Es difícil admitir tal restricción del concepto de unidad de bien jurídico, y además, igual que en el caso anterior, esta exigencia supone la repetición de otro elemento. En efecto, si el sujeto pasivo del delito es el titular del bien o interés lesionado o puesto en peligro y "unidad de bien jurídico" significa que siendo éste de la misma naturaleza sea el mismo titular, tal exigencia constituye una forma más complicada de exigir la unidad de sujeto pasivo.

Pero si la referencia a la identidad de titular constituye repetición de un elemento ya exigido, no sucede lo mismo con la identidad de naturaleza del bien jurídico. La unidad de sujeto pasivo concurre cuando una acción de robo y otra de lesiones afectan a una misma persona, en tal supuesto es impropio estimar delito continuado. La razón estriba en que falta la unidad de bien jurídico. El titular del bien jurídico el mismo en ambos casos, pero la naturaleza de aquél es distinta y ello impide que se cumpla el

elemento de unidad de bien jurídico entendido como bien de idéntica naturaleza perteneciente al mismo titular.

La tercera interpretación representa la forma más correcta de entender la unidad del bien jurídico. No se exige la unión de bien jurídico aisladamente, sino que a ella se añade la identidad de la forma de ataque. Se toma en cuenta no sólo el desvalor del resultado, sino también el desvalor de la acción.

Las citadas expresiones: homogeneidad de actos, unidad de conducta, idéntico modo de comisión típica, representan la identidad de acción como complemento de la unidad de bien jurídico, ésta no resulta ni demasiado amplia ni superflua. De la combinación de esta identidad con la forma, necesariamente semejante, en que se realiza la acción delictiva, surge una configuración de este elemento que puede considerarse correcta.

b) APTITUD DEL BIEN JURIDICO PARA SER OBJETO DE LESION GRADUAL.

Se ha tratado aquí el bien jurídico como criterio de interpretación, solo o complementado por otros, para determinar la existencia del elemento de identidad objetiva entre las diversas acciones. Algunos autores, partiendo de la consideración de que es necesario que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por cada una de las acciones sea el mismo, han exigido además para estimar el delito continuado que aquél sea susceptible de ser lesionado de forma gradual. Por lesión gradual se entiende una lesión realizada por etapas, y sólo cuando el bien jurídico protegido puede soportar sin desaparecer las lesiones sucesivas es aplicable la figura del delito continuado.

Sin embargo, sólo cabe hablar de capacidad del bien jurídico para ser objeto de lesión gradual utilizando un concepto de bien jurídico muy restringido. Únicamente si se entiende el bien jurídico en un sentido concreto, como bien perteneciente a una determinada persona, es posible distinguir entre bienes jurídicos que desaparecen al sufrir un ataque que constituya un delito perfecto (consumado) y bienes que, en idénticas condiciones, subsisten. En este sentido, es posible afirmar, por ejemplo, que mientras la propiedad puede ser lesionada poco a poco, a través de sucesivos ataques, no sucede lo mismo con la vida, en cuanto que la realización de un ataque perfecto (la comisión de un delito consumado) contra aquella hace desaparecer el bien jurídico, el cual ya no puede ser lesionado en mayor medida. No se incluyen aquí los supuestos de un ataque realizado poco a poco, por ejemplo, la administración sucesiva de pequeñas

dosis de veneno que sólo en su conjunto pueden producir la muerte, puesto que al constituir un solo ataque quedan fuera del delito continuado.

Pero si se interpreta el bien jurídico en un sentido más genérico y desvinculado del concepto titular de un determinado bien, ya no es posible distinguir entre bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados gradualmente y bienes jurídicos incapaces de soportar una lesión de este tipo. El bien jurídico concreto puede desaparecer pero, en un sentido genérico subsiste el bien jurídico y puede ser nuevamente lesionado.

Se ha planteado más o menos la necesidad de que el bien jurídico sea para ser objeto de lesión gradual, rechazando el delito continuado cuando ha considerado que no era posible una lesión de este tipo.

Se niega la posibilidad de continuación en delitos cuyo bien jurídico protegido sea de carácter personalísimo o a veces en la imposibilidad de lesión gradual del bien jurídico. En relación a los delitos en que se tutelan bienes jurídicos disponibles si se admite la continuación. Pero existen dos corrientes al respecto, una que considera necesario que el bien jurídico protegido pueda ser lesionado gradualmente; y otra que, prescindiendo de esta exigencia, busca otras razones para negar la aplicabilidad de tal figura, o bien, la admite aunque el bien jurídico no es apto para ser lesionado gradualmente.

Sin embargo, nosotros consideramos que únicamente puede aceptarse la posibilidad de la existencia del delito continuado en aquellos casos en que el bien jurídico si es susceptible de lesión gradual, como por ejemplo el caso del patrimonio.

c) LA NATURALEZA DEL BIEN JURIDICO.

El bien jurídico lesionado o puesto en peligro tiene especial importancia en el estudio de la figura del delito continuado. La naturaleza del mismo determina, en algunos casos (cuando éste es de carácter personalísimo), la no admisibilidad del delito continuado o la existencia de requisitos adicionales. El problema se limita a la distinción entre bienes jurídicos de carácter patrimonial y personalísimo, con cierto olvido de que no son las únicas clases de bienes jurídicos.

Bienes jurídicos personalísimos son aquellos intereses de la persona humana, inherentes a su condición de tal. Conviene advertir que los supuestos en los que la jurisprudencia desestima el delito continuado por el carácter personalísimo del bien jurídico, son, en general, delitos contra la vida, la integridad corporal y la honestidad. La figura del delito continuado es incriminación, intereses jurídicos personales, y hechos delictivos concurrentes son perpetrados contra personas diversas, doctrinas aplicables al delito de homicidio, donde evidentemente la pluralidad de sujetos pasivos es incompatible con la unidad de resolución criminal, requisito éste imprescindible para que puedan considerarse varios hechos como un solo delito continuado.

La cuestión de la admisibilidad del delito continuado cuando el bien jurídico es de carácter personalísimo es muy debatida.

Las propuestas de solución son las siguientes:

1. No es posible aplicar el delito continuado cuando los bienes jurídicos son de carácter personalísimo. Opinión mantenida por la mayoría de los autores.
2. Es admisible el delito continuado aunque los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro sean personalísimos, pero entonces es indispensable "la unidad de sujeto pasivo". Opinión mayoritaria en la doctrina española.
3. Es aplicable el delito continuado cualquiera que sea la naturaleza del bien jurídico.

La postura más generalizada consiste en rechazar el delito continuado en infracciones que afectan a bienes jurídicos personalísimos. Pero existen algunas resoluciones referentes a delitos de violación y al antiguo delito de corrupción de menores, que admiten de forma expresa el delito continuado, pese al carácter personalísimo del bien jurídico lesionado, de ahí que no puede afirmarse que se mantenga una doctrina uniforme. La general inaplicación del delito continuado cuando los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro son de carácter personalísimo se debe, unas veces, a la naturaleza del bien y otras a causas distintas a las que se alude en numerosas sentencias.

Por tratarse del supuesto que se plantea en el mayor número de casos, y servir, en cierto modo, de guía para todos los delitos que afecten a bienes jurídicos personalísimos, conviene examinar, como ejemplo detenido, el delito de abusos deshonestos.

La jurisprudencia rechaza siempre la comisión continua en el delito de abusos deshonestos. Pero no se basa, en general, en el carácter

personalísimo del bien jurídico protegido, sino en otras razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, se hace referencia a la falta del requisito de unidad de sujeto pasivo. Se trata, naturalmente, de casos en que las distintas acciones deshonestas afectan a varias personas, aunque en algunos casos falta también otro elemento del delito continuado, la pluralidad de acciones. Resulta lógico que la jurisprudencia no admita en estos casos el delito continuado, puesto que generalmente exige unidad de sujeto pasivo.

En segundo lugar, se hace referencia a la consumación de la ofensa en cada ocasión. Ello significa que cada acción deshonesto representa un delito perfectamente acabado, lo cual impide la aplicación de la teoría de la continuación delictiva. Los hechos no son constitutivos de un solo delito de abuso deshonesto continuado, sino de varios de la misma naturaleza perfecta e independientemente caracterizados; toda vez que en cada una de las acciones en que el sujeto activo realizó su propósito con el sujeto pasivo, logró lo mismo, consumando así cada vez una ofensa total y distinta contra el pudor del pasivo, revistiendo de este modo la conducta de aquél en cada momento de los indicados, cuantos requisitos la individualizan como delictiva; por cada acto aunque sea idéntico el sujeto pasivo, no es etapa de una acción incompleta ni en su resolución previa es parte de un proceso voluntario general que no acaba hasta la perfección del último acto parcial, pues todos y cada uno vulneran completa y definitivamente el bien protegido.

Se trata de supuestos en los que el sujeto pasivo es el mismo; la falta de tal elemento no puede servir para rechazar la figura del delito continuado

y debe buscarse otra razón, la que se halla en la consumación de la ofensa en cada ocasión, pero este argumento no puede considerarse válido. Es evidente que cada acción representa un delito consumado, pero ello no es razón suficiente para considerar inaplicable el delito continuado, puesto que la pluralidad de acciones es el primer elemento de aquella figura. En la mayoría de los casos, cada acción constituye un delito consumado, dado que constituye la situación fáctica a partir de la cual puede plantearse su existencia.

Es posible que cuando se habla de la consumación de la ofensa en cada ocasión, no se refiere a la consumación en sentido estricto, sino a que la ofensa queda completa, es decir, que la siguiente acción no representa una continuación de la ofensa sino una nueva. Quizá lo que pretende indicarse en ciertas sentencias es que, mientras en ciertos tipos (delitos de robo, por ejemplo) el bien jurídico protegido puede ser lesionado poco a poco, alcanzando progresivamente una mayor gravedad; en los delitos de abusos deshonestos cada acción realiza una lesión completa, de forma que la siguiente no puede ya ser continuación, sino una nueva lesión del bien jurídico protegido. Pero tampoco en este sentido puede admitirse la postura de las sentencias antes mencionadas, en cuanto que toma sólo en consideración el bien jurídico en sentido concreto y olvida que utilizando un concepto genérico de bien jurídico no puede realizarse tal distinción.

En tercer lugar, se alude en escasas sentencias a la falta del elemento subjetivo unidad de propósito, por existir un dolo individualizado en cada acción. Evidentemente en aquellos casos en que falta el elemento subjetivo común a las diversas acciones, no existe delito continuado. Y es lógico que, dada la interpretación del elemento subjetivo, se rechace el delito continuado

cuando se constata la existencia de un dolo individualizado en cada acción. Pero tanto la configuración del elemento subjetivo, como las razones aquí utilizadas para no aplicar el delito continuado, son según el criterio de MARIA TERESA CASTIÑEIRA inaceptables.

Empero, como ya se ha mencionado líneas arriba, nosotros no aceptamos el delito continuado en los supuestos en que el bien jurídico tutelado sea de carácter personalísimo, siendo esto lo que en la mayoría de los casos determina la inaplicación del delito continuado.

Sin embargo, sean cuales sean las razones que en el caso concreto motivan la no aplicación del delito continuado, el problema de fondo que late en todas ellas es la naturaleza del bien jurídico protegido. Es necesario destacar que el aplicar esta figura beneficiaría al sentenciado, cuando el bien jurídico lesionado es de carácter personalísimo.

En relación a los demás delitos en donde también se tutelan bienes jurídicos de carácter eminentemente personal, mientras en algunos casos se estudia el problema, en otros ni siquiera se hace mención de la posibilidad de que se cometan en forma continuada.

En resumen, si bien la postura es rechazar el delito continuado en aquellas figuras delictivas en las que el bien jurídico protegido es de carácter personalísimo, existen sentencias que parecen indicar lo contrario. La contradicción es clara, pero al tener que elegir alguno de los posibles criterios, parece más correcto la doctrina centrada en torno al delito continuado en que únicamente debe existir cuando no se trate de bienes jurídicos de carácter eminentemente personal.

d) PROXIMIDAD TEMPORAL Y ESPACIAL DE LAS CONDUCTAS.

La proximidad temporal y espacial de las conductas es otro elemento del delito continuado, pero ninguno de los dos resulta indispensable para que éste se de, sin embargo, en tanto la falta de tal proximidad no haga desaparecer alguno de los elementos fundamentales, debe considerarse indiferente el tiempo y el lugar en que se han realizado las diversas conductas.

1. PROXIMIDAD TEMPORAL.- Se ha exigido que las diversas acciones integrantes de un delito continuado se presenten en una cierta proximidad temporal. Pero debe destacarse que como el mismo artículo 7º en su fracción III del Código Penal, al señalar como se estructura el delito continuado requiere de varias acciones, que normalmente se realizan en distintos momentos. Anteriormente se exigía la unidad de tiempo que equivalía a la simultaneidad, o al menos a la sucesión inmediata de las acciones. En la actualidad se configura la proximidad de tiempo; sin que medien grandes intervalos entre cada una de ellas. El significado de la proximidad temporal puede reducirse a la no existencia de interrupciones importantes en la actuación del agente, teniendo en cuenta que el delito continuado requiere actos realizados en momentos distintos. Sin embargo, esta diversidad no debe ser tal que impida o haga artificial la relación que mediante el delito continuado se establece entre las diversas acciones.

De lo dicho surge la consideración de que la continuidad, en el alma del autor, sea una tendencia que se realiza ininterrumpida, sin solución ni quebrantamiento y que sólo pueda cesar por el desistimiento del autor: elegir

no continuar. Si él abrazó la resolución de cometer un apoderamiento en diversos momentos, conforme a las circunstancias y oportunidades, habiendo realizado ya, mediante acciones pasadas, un apoderamiento fraccionario como parte de un todo que es su objetivo, el pasado le ha legado posibilidades que continúan hasta su elección y posterior ejecución. En el presente, al elegir y usar la posibilidad que le brinda el pasado como nueva situación subrogante, "continúa" en su hacer y elegir las posibilidades futuras, "continúa" su "tender a", su tensión al objetivo como formar de su preocupación, de su solicitud, de su querer.

Tenemos el ejemplo que tan certeramente propone JIMENEZ DE ASUA: el de la doméstica que aprovechándose de la falta de preocupación de su señora cuando vuelve de sus veladas teatrales y deja arrojado, sin guardar, un valioso collar de perlas, decide aprovechar las ocasiones que se le presenten y apoderarse de un total de seis perlas que precisa para hacerse unos aros de tres perlas cada uno, planificando su obrar en seis oportunidades al fin de que el hurtar una perla por vez pase desapercibido, pensando que es mucho menos notable que si lo hiciera de todas juntas. Su proyecto, su plan, su resolución está tomada y, en su virtud, realiza en la primera oportunidad la acción de hurtar o robar una perla. Su acción ejecutada le lega las posibilidades de continuar o no con su designio, pero cada vez que la autora piense en ello, su presente existencial hace que reactualice su propósito ratificado no sólo lo realizado sino aceptando la posibilidad de continuarlo y, procurando así hacia el futuro la realización de su objetivo, que para ella, existencialmente, "ya es" faltando sólo constituirse objetivamente en el mundo.

Este proceso que tratamos de pintar en forma clara, es lo mismo que si dijéramos que su dolo es tan único como el que existe en los delitos instantáneos, que se agotan en un momento. Nunca se interrumpió el hacer doloso; la intención criminal estuvo siempre sostenida con dirección al obrar dañoso teleguiado por la concreción del objetivo. Su plan sólo consistió en un obrar intermitente por imperio de las oportunidades y no por integrarlo sucesivas resoluciones. Esta es una sola, pues al nacer, vemos que se proyecta hacia el futuro, al realizarse parcialmente en cada acción, vemos que el pasado lega siempre posibilidades y al elegir la posibilidad de continuar el delito ya va teniéndose hacia el futuro, camino que se cierra con la constitución objetiva de la cosa, término del acto delictual.

Por último, cabe destacar que en relación a esta proximidad temporal ANTOLISEI observa: que tratándose de acciones, éstas por necesidad natural han de ser cometidas en tiempos diversos, no siendo concebibles una simultaneidad de acciones; y por su parte MITTERMAIER dice: que la continuación de un delito presupone la continuación de actos que se han cometido en tiempos diversos.

2. PROXIMIDAD ESPACIAL.- En cuanto a la proximidad espacial, que se expresa algunas veces, esto es la unidad de lugar, debe considerarse innecesaria. Los problemas que en algunos casos pueden plantear el hecho de que las acciones se hayan realizado en lugares diferentes, son problemas de carácter procesal y en consecuencia ajenos a la figura del delito continuado.

PUNIBILIDAD

La punibilidad se considera como elemento del delito, o bien, como consecuencia del mismo.

Lo importante es conocer cuál ha sido el tratamiento que le han dado las legislaciones a la punibilidad en el delito.

El Código Penal en su artículo 7º fracción III define al delito continuado, abarcando los cuatro elementos que lo configuran, diciendo a la letra: "El delito es continuado cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto, se viola el mismo precepto penal".

El Código de 1871, el Proyecto de Reformas al mismo de 1871, el de 1929 y el vigente antes de la reforma de 1984, no se refieren al delito continuado, lo cual no fue impedimento para que se le tuviera en consideración para los Tribunales.

Antes de la reforma de 1984 VILLALOBOS expresó: "En rigor se puede afirmar que nuestro Código no establece el lazo capaz de unificar una serie de infracciones para formar un solo delito continuado; cuando existe, habrá que convenir en que no hay, entre nosotros, el delito continuado, pese al sobresalto y a la extrañeza que tal observación pueda causar en los medios jurisprudenciales y de juristas formados por más estudios doctrinales extranjeros que por el análisis dogmático de nuestra propia legislación"⁴⁹.

⁴⁹ VILLALOBOS, derecho Penal Mexicano, Parte General, pág. 252, Edit. Porrúa, México, 1975.

El primer antecedente del delito continuado lo encontramos en el proyecto de Código Penal, elaborado en el Estado de Veracruz, durante el gobierno del Coronel Tejada. El artículo 38, fracción II, establece que "no hay acumulación cuando se reputen actos separados que pudieran constituir delitos independientes, pero que están unidos entre sí, por una continuación moral para lograr un solo y mismo objeto".

El Código de Defensa Social Veracruzano de 1945 dice que "se considera para los efectos legales, infracción de carácter continuado aquella que se ejecuta mediante realizaciones repetidas en porciones del mismo tipo penal, utilizando la misma ocasión o en dependencia casual de aquélla" (artículo 18, párrafo final).

Contienen al delito continuado los Códigos Penales de Aguascalientes (artículo 5º, Fracción III), Baja California Norte (artículo 15, párrafo final), Baja California Sur (artículo 12-B-III), Coahuila (artículo 18), Colima (artículo 11-III), Chiapas (artículo 3º fracción III), Chihuahua (artículo 8º fracción III), Durango (artículo 13), Guanajuato (artículo 14, parte final) Guerrero (artículo 14 fracción III), Hidalgo (artículo 8º párrafo final), Jalisco (artículo 7º parte final), México (Edo) (artículo 20), Michoacán (artículo 65), Morelos (artículo 5º-III), Nayarit (artículo 7º), Nuevo León (artículo 15, parte final), Oaxaca (artículo 74), Puebla (artículo 19), Querétaro (artículo 5º-III), Quintana Roo (artículo 50), San Luis Potosí (artículo 50-III), Sinaloa (artículo 12-III), Tamaulipas (artículo 15, parte final), Veracruz (artículo 13), Yucatán (artículo 16) y Zacatecas (artículo 7º-III).

Los Proyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949 (artículo 18, párrafo segundo), de 1958 (artículo 10, párrafo final), Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963 (artículo 21), Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, de 1983, reglamentan el delito continuado. Y en el mismo se indica, en relación al delito continuado cuando habla de la forma de sanción, que "En caso de delito continuado, se aumentará hasta en una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido"; esto es, la sanción que se aplica en el supuesto de que se realice un ilícito continuado, dependerá precisamente de otro tipo fundamental o básico, como por ejemplo el delito de Robo, Abuso de Confianza, Fraude, etc., para los cuales nuestro ordenamiento sustantivo tiene un sistema de penalidad cuantitativa.

Sin embargo, con las reformas hechas últimamente a nuestra ley sustantiva, la sanción para caso de delito continuado se ha aumentado, para quedar como sigue: "Se aumentará de una mitad hasta dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero" (Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de mayo de 1996, misma que entró en vigor el día siguiente de su publicación).

En este mismo sentido, nuestro Máximo Tribunal tiene el siguiente criterio para sancionar al delito continuado:

RUBRO: RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. ES UN PROCEDIMIENTO DE NATURALEZA EXTRAORDINARIA EN EL QUE NO PROCEDE EXAMINAR SI LOS HECHOS POR LOS QUE SE JUZGO A UN

INCUPLADO EN DOS DIFERENTES PROCESOS CONSTITUYEN UN SOLO DELITO CONTINUADO.

TEXTO: Es indispensable que quien alegue que los hechos delictivos objeto de los procesos seguidos en su contra, constituyen un solo delito ejecutado en forma continuada, haga ese planteamiento ante el juzgador de instancia, ya que es él quien mediante el examen de las constancias que integran los autos está en aptitud de establecer si se satisficieron los requisitos de la figura ilícita mencionada, para de esa manera establecer que la pluralidad de conducta configuraron esa forma de ejecución, o que, por el contrario configuraron delitos diferentes sancionables separadamente, o bien que se actualizó la hipótesis del concurso real. Es preciso destacar que cuando no se realizan ante el juzgador de instancia el planteamiento de que los hechos materia de los diversos procesos seguidos en contra de un mismo inculpado constituyen un solo delito continuado, y en cambio se formula en un procedimiento de reconocimiento de inocencia pretendiendo el sentenciado que la Suprema Corte examine y determine si se estuvo en presencia de la forma continuada de ejecución y no de delitos distintos sancionables separadamente, ese alto Tribunal no debe entrar al examen de dicho planteamiento, porque al hacerlo invadirá la jurisdicción propia del juez que conoció de la causa o del Tribunal de apelación, además de que ello repercutiría en la sanción aplicable que corresponde imponer a tales órganos tomando en cuenta, entre otras cosas, la clase de delito y la forma en que se ejecutó.

PRECEDENTES:

Reconocimiento de inocencia del sentenciado 8/93. 15 de noviembre de 1993. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: Juan Manuel Alcántara Moreno.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Epoca: 8A.

Tomo: XIII-Enero

Tesis: 1ª XX/93

Página: 10

RUBRO: DELITO CONTINUADO, CONDENA EN SEGUNDA INSTANCIA POR LA COMISION DE, QUE EN PRIMERA SE CONSIDERO ACUMULACION.

TEXTO: Si en primera instancia se sanciona al inculpado con apoyo en la fracción II del artículo 386 del Código Penal Federal, por considerar que cometió varios delitos de fraude y aplicándose las reglas de la acumulación y si al condenar el tribunal de apelación lo hace con base en la fracción III del mismo precepto, sin apelación del Ministerio Público, considerando un solo delito continuado, como esta última fracción establece una pena superior a aquella otra, se violan garantías del inculpado, independientemente de que la sanción impuesta haya sido inferior a la decretada en primera instancia, pues el tribunal ad quem debió sancionar considerando la comisión de un solo delito, pero imponiendo la pena con base en la fracción II del citado dispositivo dado que su declaratoria respecto a que se trata de un delito continuado debe favorecer al inculpado, por la falta de apelación de la interpretación social, más no puede perjudicarse a éste aplicando la sanción correspondiente a la fracción III, cuando ya obtuvo el beneficio de que el delito haya sido considerado dentro de los señalados en la fracción II.

PRECEDENTES:

Amparo directo 896/75. Gustavo Pérez Macías. 15 de octubre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Secretario: Arturo Delegado Pimentel.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Epoca: 7A.

Volumen: 82

Parte: Segunda

Página: 22

RUBRO: ROBO CONTINUADO.

TEXTO: Si aunque los apoderamientos ilícitos aunque distintos entre sí, fueron perpetrados por el mismo agente y contra la misma persona lesionada en su patrimonio, de ello se sigue que todos los diversos momentos de la actividad, y cuando es el resultado el que viene en consideración para los efectos de la sanción aplicable, configuran el llamado delito continuado, que se caracteriza por la posibilidad de reunir en una unidad jurídica varias acciones en sí independientes, utilizando el criterio de la conexión continuada, esto es, cuando existe homogeneidad de las diversas acciones, no procede, por regla general un castigo a causa de varios robos acumulados de la misma forma que sería antijurídico, punir varios adulterios, ya que lo legal es hacer inflicción de pena al delito de robo o de adulterio

PRECEDENTES:

Amparo penal directo 2798/54.- 21 de julio de 1955.- Unanimidad de 5 votos.- Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Epoca: 51.

Tomo: |1

Página: 639

RUBRO: DELITO CONTINUADO, NORMA EL ARBITRIO JUDICIAL LA PRESENCIA DE UN.

TEXTO: El legislador penal, al no estatuir precepto que agrave la penalidad, cuando el agente realizando pluralidad de acciones alcanza un solo resultado, el delito continuado, indiscutiblemente que dejó en manos del juzgador apreciar, en cada caso concreto, si aquél le sirve de índice especial en la peligrosidad del sujeto para el momento de la individualización de la sanción correspondiente al tipo.

PRECEDENTES:

Amparo directo 5788/88. Quejoso: J. Apolinar Ovalle Lara. Febrero 17 de 1956. Unanimidad de 4 votos. Ministro: Lic. Agustín Mercado Alarcón. Secretario: Lic. Rubén Montes de Oca.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Informe 1956

Parte: II, página 36

HIPOTESIS DE INTEGRACION DEL DELITO CONTINUADO

a) CONTINUACION ENTRE TENTATIVAS

A este supuesto también es aplicable lo que diremos más adelante al tratar el caso de las tentativas seguidas de delito continuado; pues también es necesario examinar si las distintas violaciones constituyen, por sí, acciones o sólo meros actos integrados en una acción; pues como dice CARRARA, el efecto de la continuación "no se produce cuando las diversas violaciones de la ley, son tantos actos, ejecutivos de la misma acción, aunque cada uno de ellos, si quedase aislado, hubiere podido constituir en sí mismo un delito punible, porque representa una violación de la ley".

Aclaremos la cuestión con dos ejemplos del autor citado; así 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 podría imputarse como dos tentativas, y reunirse ficticiamente por la benigna excusa de la continuación, en cuanto era única la determinación criminal e idéntico derecho agredido".

Finalmente, sólo nos queda advertir, como dice PILLITU, que esto "ni puede ni debe inducir a pensar que exista un delito continuado en grado de tentativa".

En caso de concurrencia de tentativa con delito continuado, se impondrá la pena de éste. Pero el juzgador teniendo en cuenta que parte de los delitos no han llegado al grado de consumación, podrá no aumentar la pena, o al verificar el elemento tener en cuenta esa circunstancia.

b) TENTATIVA SEGUIDA DE DELITO CONTINUADO.

En este supuesto se impone una profunda labor de investigación en cada caso concreto, pues, como dice CARRARA, es indispensable conocer si cada una de las diversas infracciones, en grado de tentativa o frustración, son diversas acciones o si, por el contrario, son meros actos que se integran en la única acción productora del resultado; ya que en el primer caso tendríamos la continuación delictiva y en el segundo el delito único. Aquí se ha de tener muy presente todo cuanto se ha dicho al tratar de distinción entre el delito continuado y el único con pluralidad de actos, y entre la acción y el acto, y no olvidar que cada uno de los actos que componen la acción, aisladamente considerado, puede ser constitutivo de delito.

Aclaremos lo expuesto con algunos ejemplos tomados de CARRARA: "un ladrón que se ha introducido en mi habitación, llegó a romper la cerradura de mi escritorio y se disponía a robarme el dinero, cuando volví a la habitación para recoger un objeto olvidado. Si sorprende al ladrón y lo entrego a la justicia; ésta lo penará por tentativa de hurto calificado; el hecho sin duda alguna constituye una violación a la ley; pero el ladrón al sentir mis pasos, se esconde en mi lecho; tomo el objeto olvidado; no he visto al ladrón no he observado la fractura del escritorio y salgo apresuradamente. Pasando un intervalo de tiempo el ladrón se reanima, sale de su escondite y me roba

el dinero. Un ladrón intenta entrar en una casa violentando 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 en la casa por una ventana y apoderarse del dinero que en ella sabía se encontraba.”

En el primer ejemplo se puede apreciar, en primer lugar, el acto único, que aisladamente considerado es constitutivo de delito y, en relación con los posteriores, es uno de los integrantes de la única acción; no dando, por lo tanto, lugar más que a un solo y único delito. Es en el segundo caso expuesto donde aparecen tres acciones distintas, de las que las dos primeras no alcanzan el grado de consumación, pero sí la tercera; y en este último caso se puede, perfectamente establecer la continuación. De aquí se deduce que el criterio distintivo se encuentra como dice CARRARA, en los medios empleados y en cierta interrupción en el tiempo o discontinuidad.

Después de lo expuesto creemos poder afirmar que CARRARA, siempre que ocurran los elementos que dejamos expuestos, admite la continuación en este caso y que no están en lo cierto aquellos autores que afirman que sólo se admite la continuación entre varias tentativas.

c) CONSUMACION SEGUIDA DE TENTATIVA.

Esta hipótesis no presenta ninguna dificultad, pues es evidente que si después de haber realizado una perfecta violación del mismo precepto penal, el autor en prosecución del mismo propósito, intenta repetir el hecho sin llegar a conseguirlo, habrá continuación entre los primeros delitos

consumados y el siguiente o siguientes en grado de tentativa. Lo contrario sería una grave injusticia pues se haría de mejor condición al que logra consumir todos los hechos, ya que habría que imponerle la pena única correspondiente a los delitos en continuación y además la correspondiente a la tentativa, que al no considerarlas en continuación, serían estimadas como delitos independientes, con todas sus consecuencias.

DELITO CONTINUADO Y DELITOS PERMANENTES

En la doctrina ha despertado gran interés esta cuestión, pudiendo decirse que casi todos los tratadistas exponen cual es el criterio que creen debe seguirse para distinguir el delito continuado del permanente, o sea de aquel como dice CUELLO CALON "en que después de su consumación continúa ininterrumpidamente la violación jurídica perfeccionada en aquella".

El elemento utilizado para la diferenciación entre ambos delitos lo podemos agrupar según las distintas posiciones sustentadas por los autores, de la siguiente manera:

- a) El tiempo.- 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.
- b) El número de acciones.- El delito continuado está constituido por una pluralidad de acciones, mientras el permanente lo está por una sola.
- c) El número de violaciones de la ley.- Este criterio es el seguido por CARRARA, para quien: "la prosecución del delito que supone el permanente, si bien puede mostrar la persistencia del ánimo perverso, no desarrolla, empero, ulteriores violaciones de la ley. La prosecución consiste en mantener vivos los efectos del primer delito, de un modo casi negativo, antes que con una renovación de la acción en la cual, verdaderamente, hay una segunda infracción de la ley". En el delito continuado hay tantas violaciones del mismo precepto como acciones.

d) El resultado.- Nos dice ALIMENA que el delito permanente está constituido por una 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. Expresa este autor gráficamente su pensamiento, comparando el delito continuado con la línea de puntos y el permanente con la línea ininterrumpida. El punto representa el delito instantáneo.

La mayoría de los autores no siguen un criterio único sino múltiple; así por ejemplo, P. MONTES sostiene que el delito permanente se caracteriza por la continuidad no interrumpida de la violación del derecho y se distingue del continuado en que éste consta de varias acciones objetivas ininterrumpidas y separadas las unas de las otras por algún transcurso de tiempo.

MANZINI, tratándose de delitos producidos sucesivamente, entiende que el delito continuado presupone varias violaciones naturalmente separadas del mismo precepto penal y una actividad ininterrumpida, que se encuentra ligada por el nexo del mismo designio delictuoso. El delito permanente, por el contrario, presupone una actividad o un estado ininterrumpido, prolongado del hecho originario con una única violación de la misma disposición legal.

Es también interesante diferenciar el delito continuado del delito con efectos permanentes; que a su vez se diferencia del permanente en que, en ésta falta al sujeto activo la posibilidad de hacer cesar la permanencia. La diferencia está en que, en el delito de efectos permanentes existe una sola

acción, un solo resultado y una única violación de un precepto penal, lo que, como hemos visto, no suceda en el continuado.

Por lo que decimos que si se dan los requisitos necesarios, si pueden, ya que no hay inconveniente, concurrir en continuación varios delitos permanentes, cuando sean sucesivamente reiterados.

DELITO CONTINUADO Y DELITO UNICO

Resulta muy fácil, a primera vista, la distinción entre el delito único y el delito continuado, ya que el primero consta de una sola acción y el segundo de varias. Más, la cuestión se complica si pensamos que esta única acción puede estar constituida por una serie de actos cada uno de los cuales, aisladamente considerados, podemos encontrar todos los elementos del delito: así, el que habiendo entrado en una casa se encuentra un arcón lleno de monedas de oro de las que se va sucesivamente apoderando a puñados, por no poder materialmente sustraerlas todas a la vez, realiza una serie de actos integrantes de una sola acción y, por lo tanto, comete un delito único; pero si realiza solamente uno de los actos, se ve claramente que habrá cometido un delito. Por el contrario, supongamos que teniendo el autor facilidad para llegar al lugar donde se encuentran las citadas monedas, piensa que si sustrae muchas de una vez se podrá dar cuenta el dueño y concibe el propósito de realizar el hecho en varias veces, y al efecto, cada cuatro o cinco sustrae unas cuantas monedas, realizando así un delito continuado. En este ejemplo hemos visto el supuesto del delito único, tanto cuando la acción está constituida por un solo acto, como cuando por varios, y también la hipótesis de varias acciones realizadas en virtud de un propósito único y que violan un mismo precepto penal; o sea, la del delito continuado.

Por la doctrina han sido dos criterios distintos para encontrar la forma de diferenciar al delito continuado del único constituido por una pluralidad de actos; estos criterios son: el objetivo y el subjetivo.

- a) Criterio objetivo.- Esta posición es la sostenida por CARRARA, quien después de advertir que la unidad de tiempo no tiene un carácter absoluto

humanamente considerada, nos dice, que 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 no fueron continuados jurídicamente; que constituyen diversos momentos de una sola acción criminal, y que tenemos el delito único. Si son materialmente discontinuados, 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 el delito único para reconocer varios delitos cuando existieran diversas resoluciones; o el delito continuado si existió la unidad de determinación".

De esto se deduce que para el maestro DE PISA es en la discontinuidad donde se encuentra el criterio diferenciador entre el delito continuado y el único con pluralidad de actos.

b) Criterio subjetivo.- Los partidarios de esta posición encuentran el elemento diferenciados en la voluntad del agente.

PILLITU sostiene que 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.

Las dos posiciones anteriormente expuestas, lejos de excluirse se complementan y, por lo tanto, no estamos de acuerdo con PILLITU cuando dice que siendo impreciso el criterio de CARRARA es necesario encontrar otro más seguro; pues al encontrarlo en el campo de la voluntad, no

podemos olvidar la dificultad de prueba, a no ser que, mediante actos exteriores, se trasluzca claramente la interioridad psíquica del agente. No puede negarse, por consiguiente, la indiscutible utilidad del criterio objetivo, complementado por el subjetivo, al menos en la práctica.

DELITO CONTINUADO Y EL DELITO DE HABITO

En el delito de hábito, lo mismo que en el continuado, se unifica jurídicamente una pluralidad de conductas similares separadas por intervalos de tiempo, ya que ambas figuras están compuestas por una serie de acciones homogéneas, sucesivamente realizadas, que constituyen un único delito. Pero mientras en el delito de hábito colectivo en la doctrina alemana, cada uno de los episodios agrupados no es punible en si mismo, sino que pertenece a la pluralidad de actos requerida en el tipo para configurar el hecho punible manifestando un hábito en su autor; y en el delito continuado, como ya se señaló repetidamente, cada una de las características del hecho punible, ya que es conocida una de las realizadas en continuación se impone la pena correspondiente, lo que, como hemos visto, no puede ocurrir con el delito de hábito en el que la pluralidad de acciones es un elemento del tipo. En otras palabras, en el delito continuado cada acto configura un tipo; en el de hábito la pluralidad de actos es un elemento del tipo.

DELITO CONTINUADO Y EL COMPLEJO

Conocido el concepto del delito continuado y sabiendo que el complejo es el constituido por la infracción de diversos bienes jurídicos mediante hechos distintos, cada uno de los cuales constituye por sí delito, encontramos entre estas dos formas delictivas las siguientes diferencias:

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

- b) En el complejo las distintas violaciones que lo componen dan lugar a uno solo fundiéndose al nacimiento de una figura delictiva diferente de la de los elementos componentes, lo que no ocurre en el 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; así, en el robo con homicidio, basta para su consumación el resultado lesivo para la vida, o sea la infracción de las infracciones secundarias. El delito continuado, como se vió, no tiene ningún momento consumativo propio, ni un resultado único.

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

De lo que dejamos dicho se pueden deducir las profundas diferencias existentes entre estas dos figuras, y lo inadmisibles de la posesión sostenida

por algún autor, para quien el delito continuado no es otra cosa que un caso especial de delito complejo.

PROPOSICIONES

Una de las primeras proposiciones que hacemos, después de haber analizado la estructura del delito continuado, es el hecho de que debería regularse esta clase de injusto de una manera homogénea en todos los Códigos Penales de nuestra República, pues no existe un criterio definido en cuanto a los requisitos que deben reunirse para que pueda darse esta figura delictiva, ya que como hemos visto en algunos Códigos son menos los extremos que deben comprobarse para que se pueda hablar del delito continuado.

En segundo lugar, y considerando que es de igual importancia que la primera de nuestras proposiciones, es el hecho de que debe establecerse, para que se de el delito continuado, si únicamente puede presentarse en ilícitos que tutelan bienes jurídicos en donde se lesiona el bien jurídicamente tutelado de manera gradual, o si también en injustos que protegen intereses personalísimos, como lo son la vida humana, ya que en este respecto, hasta los propios autores no se han puesto de acuerdo, e inclusive en nuestro país, existen algunas jurisprudencias en este sentido, es decir, cuando se presenta el delito continuado en ilícitos que protegen bienes jurídicos personalísimos. Lo anterior, en base a que como ya dijimos, en el capítulo respectivo, y aun más con la exigencia de la unidad de sujeto pasivo, resulta más difícil aceptar que pueda darse esta figura delictiva en injustos en donde el bien tutelado se lesiona en su totalidad, en un solo acto, esto es, cuando se trata de bienes jurídicos indisponibles.

Se debe promover la difusión entre todos los abogados, en especial de los litigantes y de los defensores de oficio, de la estructura y requisitos necesarios para acreditar esta clase de delito, por medio de cursos de actualización a los segundos y de publicaciones para los primeros, ya que por desconocimiento en muchas ocasiones de esta figura delictiva, la defensa de los indiciados de ve debilitada, y al momento de que el juzgador emite su resolución, la pena es más elevada, puesto que en lugar de sancionarlo en base a las reglas del delito continuado, lo hacen tomando en consideración las reglas del concurso real; lo anterior porque apestar de que ya los requisitos se encuentran bien establecidos en nuestro Código Penal, como lo hemos manifestado anteriormente, es confundido el delito continuado con otras figuras delictivas como lo son el delito masa, el de hábito, el único, incluyendo al concurso real, o bien porque existen aquellos que basan sus opiniones únicamente en la práctica dejando a un lado la Doctrina, o aquellos a los que no les gusta profundizar en temas como el nuestro por pensar que son poco prácticos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las diferencias existentes entre el concurso real y el delito continuado quedaron perfectamente establecidas, resultando en consecuencia que no existe forma alguna de que puedan ser confundidos, aunque igualmente existan grandes semejanzas entre los dos, sin embargo la nota distintiva y fundamental que le da a cada uno su característica especial es la unidad de designio criminoso, elemento que en el concurso real no se requiere por no ser indispensable para su existencia, en cambio para el delito continuado si es esencial su presencia para que este pueda existir.

SEGUNDA.- Fue acertado el fin de benignidad que siguieron los prácticos italianos al crear esta figura delictiva, puesto que hasta en la actualidad ese fin se ha seguido manteniendo, aunque ya no para evitar la pena de muerte al tercer hurto, pero si para evitar que las sanciones impuestas al sentenciado sean muy elevadas en comparación a las que son impuestas para el caso de que se presente el concurso real de delitos.

TERCERA.- Quedo también establecido que la naturaleza del delito continuado esta regida en base a la Teoría de la Ficción, ya

que se trata de hechos delictivos que por razones generalmente de política criminal son tratados como si constituyeran un solo delito, ya que se sostiene que el delincuente supone realmente una pluralidad de hechos que darían lugar a un concurso real de delitos , pero como socialmente y jurídicamente se le tiene como una ficción jurídica, existe un solo delito y así se evita la acumulación de penas, resultando ser esta menor.

CUARTA.- También se sostiene perfectamente que en ningún caso puede aceptarse la existencia del delito continuado culposo, siendo la razón principal el hecho de que es indispensable la unidad de designio criminoso o de propósito delictivo, para que pueda darse este y en los ilícitos cometidos de manera culposa no se presenta este elemento constitutivo. Siendo entonces imposible igualmente hablar de la concurrencia del delito continuado entre acciones cometidas dolosamente y otras de manera culposa.

QUINTA.- Con la nueva regulación del delito continuado en nuestra Ley Sustantiva Penal se terminó con la problemática que se suscitaba en torno al sujeto pasivo, ya que los criterios variaban en este sentido, pudiéndose dar esta clase de delito cuando eran varios los sujetos pasivos o bien, como lo establecían algunos autores cuando existía unidad del mismo; sin embargo, con la última reforma hecha al artículo 7º fracción III del ordenamiento

punitivo se disiparon todas las dudas que pudieran llegar a surgir, porque ahora se señala como requisito fundamental para que se de el delito continuado la "unidad de sujeto pasivo".

SEXTA.- En el delito continuado comienza el periodo consumativo desde el momento en que exista pluralidad de conductas, ya que dada su especial estructura, la consumación sea más o menos larga, pero discontinua.

SEPTIMA.- Por último podemos decir de forma definitiva que no hay, apesar de todas las semejanzas existentes, la posibilidad de confundir al delito continuado con alguna otra figura delictiva, por muy similar que pareciera.

BIBLIOGRAFIA

ALIMENA.- Principios de Derecho Penal (traducción española), Tomo I Madrid, 1915.

ANTOLISEI. FRANCESCO.- Manual de Derecho Penal. Parte General. Octava Edición. Editorial Temis Bogotá-Colombia, 1988.

ANTON ONECA.- Delito Continuado en N.E.J., 1954.

BETTIOL.- Diritto Penale (Parte Generale), Palermo, 1945.

CAMARGO HERNANDEZ. CESAR.- El Delito Continuado. Bosh Casa Editorial. Barcelona, 1951.

CARRARA. FRANCESCO.- Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I, Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 1988.

CASTELLANOS TENA. FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Décimo Séptima Edición. Edit. Porrúa, México, 1982.

CASTIÑEIRA. MARIA TERESA.- Delito Continuado. Barcelona. Editorial Bosch. 1977.

CORREA. PEDRO ERNESTO.- El Delito Continuado. Abeledo-Perrot. Argentina, 1959.

CREUS. CARLOS.- Derecho Penal, Parte General. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires, 1988.

CUELLO CALON.- Derecho Penal. Parte General. Novena Edición. Bosch. Barcelona, 1951.

FERNANDEZ CARRASQUILLA. JUAN.- El Delito Continuado Frente al Código Penal. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1984.

FONTAN BALESTRA. CARLOS.- Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires, 1975.

GRAF ZU DOHNA. ALEXANDER.- La Estructura de la Teoría del Delito. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1958.

JESCHEK. HANS HENRICH.- Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1982.

JIMENEZ HUERTA.- La Ley y el Delito. Segunda Edición. Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954.

MALAGARRIAGA. CARLOS.- Derecho Penal Argentino. Tomo I, Buenos Aires, Argentina.

MANZINI.- Trattato di Diritto Penale Italiano. Segunda Edición, Tomo II. Torino, 1947.

MEZGER. EDMUND.- Tratado de Derecho Penal (traducción española). Tomo II. De. Revista de Derecho Penal Privado, Madrid, 1935.

MIR PUIG. SANTIAGO.- Derecho Penal. Parte General. Edit. Promociones Publicaciones Universales. Barcelona. 1985.

PESSINA.- Elementos de Derecho Penal (traducción española). Madrid, 1822, Parte Primera.

RODRIGUEZ DEVESA.- Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, 1976.

SAINZ CANTERO. JOSE.- Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1990.

SOLER. SEBASTIAN.- Tratado de Derecho penal, Tomo II, 1956

VILLALOBOS.- Derecho Penal Mexicano, Parte General. Edit. Porrúa, México, 1975.

VON LISZT.- Tratado de Derecho Penal (traducción española). Tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1929.

ZAFFARONI. EUGENIO RAUL.- Manual de Derecho Penal, Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Reimpresión. México, 1991.

OTRAS LEGISLACIONES

Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

Códigos Penales de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.