

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966 (Primera Parte)

Rafael Márquez Piñero

Sumario: I. La legislación penal y sus reformas; II. La reforma de mayo de 1966 y sus principales rubros; III. Las modificaciones referentes a la Parte General; IV. Referencia al problema de la punibilidad; V. Reformas a la Parte Especial.

I. LA LEGISLACIÓN PENAL Y SUS REFORMAS

Muchas personas, e incluso medios de comunicación (especialmente radio y televisión) comentan constantemente que la legislación penal camina siempre con retraso en relación con los acontecimientos que se desarrollan en el ámbito del proceso social. Ello es lógico por varias razones. Un Derecho Penal moderno está basado en, cuando menos, tres grandes principios: el de legalidad, el de proporcionalidad y el de culpabilidad.

De los tres, por lo que toca a lo que comentamos, el fundamental es el principio de legalidad; principio que, como todos sabemos, se encuentra consagrado en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero, y que dice literalmente:

«En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata».

Lo anterior supone que el legislador penal tendrá que tipificar las conductas humanas, para que éstas puedan ser punibles. En otras palabras: sólo después de que ciertas acciones u omisiones lleguen a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, pertenecientes al acervo

de la comunidad, se justifica y lo que es más, resulta factible y adecuado elevar ciertas conductas a la categoría de ilícitos penales.

Pero la cosa todavía requiere de mayor aclaración. Efectivamente, se trata de bienes jurídicos, pero no de todos los bienes jurídicos. Aclaremos: una sociedad tiene una serie de bienes que han de ser protegidos en el desarrollo de la dinámica de la convivencia social, y unos son más importantes que otros. Los más importantes reciben la protección de diversas ramas del árbol del Derecho; así la mercantil, la civil, la administrativa, etcétera.

Situados en este punto, los bienes cuya protección queda encomendada a la legislación penal son aquellos que *resultan indispensables para una convivencia social recta y adecuada*. No son los importantes, ni siquiera los más importantes, sino únicamente los bienes indispensables los que pueden recabar —en un Estado de Derecho— la protección del ordenamiento jurídico penal.

Resulta interesante, por tanto, determinar cuál sería el concepto de ese bien justificativo de la intervención penal, de la *ultima ratio* que debe de ser la delicadísima y poco segura herramienta penal. En este sentido, me adhiero, por completo, al concepto de la Dra. Olga Islas ¹, que entiende que: «El bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal».

Diríamos, pues, que la nota predominante y distintiva del bien jurídico penal, al menos a los efectos protectores, es la del rango social del mismo, su indispensabilidad para el buen desarrollo de las actividades de una comunidad. Pero el proceso mediante el cual un bien jurídico indispensable para la convivencia llega a obtener la protección del legislador penal pasa, inevitablemente, por la situación de que dicho bien sea puesto en peligro o lesionado, y ello origine una verdadera *necesidad social*.

¹ Islas, Olga, **Análisis lógico de los delitos contra la vida**, 3a. ed., Trillas, México, 1991, p.32.

La secuencia sería: *bien indispensable para la convivencia social-necesidad social, comunitaria, reclamante de su protección-descripción típica de la conducta activa u omisiva correspondiente*. Parece relativamente fácil que si se respeta esta secuencia los bienes indispensables reciban protección penal, pero en el tránsito de la misma, a través de sus distintas etapas, surgen una serie de factores políticos, económicos, culturales, sociales, etcétera, que muchas veces impiden al legislador la tipificación adecuada, o en casos extremos, la misma tipificación.

Lo anterior forma parte de lo que se ha dado en denominar «la lucha por el Derecho». Tal vez no exista otra parcela de la actividad humana —en el orden jurídico— en que esta característica de los conflictos alrededor del Derecho sea más clara que en el ámbito penal. Resulta, a estos efectos, luminosamente nítida la noción del Derecho que nos proporciona el Profesor Claus Roxin, desde su Cátedra en la Universidad de Munich, que literalmente dice: «Se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios» ².

El *tipo* se encuentra bajo el *leitmotiv* de la determinación legal. Los tipos sirven para la realización del principio *nullum crimen sine lege*. Por supuesto que en los tipos quedan plasmadas ya soluciones sociales a los conflictos. Ellos constituyen el resultado de una reflexión del legislador sobre si una conducta debe ser sancionada en general. En lo que estamos explicando se hallan las razones de esa aparente, y a veces no tan aparente, lentitud de la legislación penal en dar respuestas a las necesidades sociales.

En definitiva las respuestas del Derecho son siempre, y en lo penal no hay más remedio que ser así, posteriores a los hechos; de ahí que la legislación penal tenga que pasar por todos esos estadios anteriormente indicados, hasta que las conductas puedan ser tipificadas, previa identificación de si las mismas afectan o pueden afectar bienes indispensables para la convivencia social.

² Roxin, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, pp.40-41.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

Vistas así las cosas, el postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, la ponderación reguladora de intereses sociales en las situaciones conflictivas e, inclusive, las propias exigencias de la teoría de los fines de la punibilidad han de servir de fundamento –desde el punto de vista político-criminal– a las diversas categorías delictivas.

Dos de ellas, la teoría del tipo y la teoría de la culpabilidad, han de ser interpretadas en función de principios específicamente jurídico-penales, en tanto que lo referente a la antijuricidad se extiende a otros sectores del Ordenamiento Jurídico Nacional, en el que la jerarquía de valores culturales forma la base indispensable para la determinación del juicio del valor correspondiente.

El Código Penal del D.F. en lo común y para toda la República en lo Federal ha sufrido numerosas modificaciones, lo cual no es de extrañar por dos razones: la primera, porque se trata de una regulación positiva de 1931 y obviamente las circunstancias de su nacimiento han sido muy distintas a las actuales, ya que la misma sociedad es también otra diferente; y la segunda, porque los nuevos problemas surgidos requieren soluciones también diversas.

La reforma a que vamos a referirnos de aquí en adelante, es decir, la del 13 de mayo de 1966, no se ha contentado con referirse a la Parte Especial, sino que también ha hecho referencia a ciertas conceptualizaciones y criterios generales de punibilidad distintos a los que se consignaron en la reforma, muy profunda por cierto, del 10 de enero de 1994.

II. LA REFORMA DE MAYO DE 1966 Y SUS PRINCIPALES RUBROS

Los principales aspectos de la reforma de mayo de 1966 se producen unos en la Parte General y otros en la Parte Especial. Los referentes a la Parte General quedan ubicados en un nuevo concepto del delito continuado; en un régimen más severo para la tentativa, en

cuanto a su punibilidad; también en las sanciones correspondientes al concurso real y al delito continuado.

Se afecta también el régimen de punibilidad de la reincidencia, con especial consideración a este instituto jurídico cuando se trate de delitos graves. Se modifica también el régimen de sustitución de sanciones, que supone una disminución en los topes de las penas para la aplicación de los trabajos en favor de la comunidad, o semilibertad, y las multas, así como en la imposibilidad de la aplicación de la sustitución de la pena de prisión cuando, en el supuesto concreto, el agente haya sido condenado ejecutoriamente por delito doloso perseguible de oficio.

En cuanto a la Parte Especial, las modificaciones afectan un arco muy amplio, con variedad de soluciones, pero cuya característica general vendría siendo el incremento de las punibilidades, la desaparición en muchos casos de las punibilidades alternativas y la creación de nuevos tipos penales. El legislador ha puesto énfasis especial en lo referente a los precursores químicos y otros elementos y a los inhalables, ubicados en el Título Séptimo, o sea en los Delitos contra la salud.

Después hay referencias a lo establecido en el Título Decimocuarto, Delitos contra la economía pública. Se refiere también al Título Decimonoveno en lo relativo a las lesiones. En el mismo orden de cosas, queda derogado el artículo 321 referente al homicidio.

A continuación, el legislador se aboca a introducir modificaciones en el Título Vigésimo primero, Privación de la Libertad y de otras garantías, con especial referencia al secuestro y a las conductas que afectan a los menores y al orden familiar. También queda afectado el Título Vigésimo segundo, Delitos contra las personas en su patrimonio, cuyo renglón más destacable es lo referente a las reformas en materia de petróleo, hidrocarburos y energía eléctrica, y la sanción, severa, al comercio con autopartes.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

También se sancionan tipos penales ubicados en el Título Sexto, Delitos contra la autoridad, concretamente referidos a la oposición para que se pueda ejecutar una obra o trabajos públicos y a los Delitos cometidos contra funcionarios públicos.

Finalmente, lo que pudiéramos llamar *el aspecto estelar de la reforma*, que alude al Título Vigésimo tercero, que queda convertido en Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, en otras palabras lavado de dinero. En este apartado no hemos hecho más que semblantar los distintos rubros. No obstante, en los siguientes puntos de este trabajo trataremos de indagar la *ratio legis* y la fundamentación de la misma, aunque nuestra tarea se abocará también a la consideración de alguna cuestión a nivel teórico.

III. LAS MODIFICACIONES REFERENTES A LA PARTE GENERAL

Una de las grandes novedades de las reformas de 13 de mayo de 1996 es la modificación del concepto legal de delito continuado. Para hacernos una idea clara de la situación conviene reproducir la noción legal anterior y la actualmente vigente desde mayo de 1996.

A tales efectos, el artículo 7, en su versión anterior y en lo conducente, decía:

«Artículo 7.-...

»...

»...

»I. a II...

»III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas y se viola el mismo precepto legal».

La nueva descripción del legislador, de conformidad con la modificación de mayo de 1996 y también en lo correspondiente, dice:

«Artículo 7.-...

»...

»...

»I. a II...

»III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal».

Si se comparan las dos fracciones terceras la modificación, introducida por el legislador con la reforma de mayo de 1996, consiste en agregar al concepto anterior la *unidad de sujeto pasivo*. De esta manera, el delito continuado, en el Código Penal del D.F. para lo común y federal para toda la República, se encuentra integrado por los siguientes elementos:

1. Una unidad de propósito delictivo; en otros términos, se lleva a cabo la realización de una conducta con un objetivo perfectamente determinado y una intencionalidad también concreta;
2. Una pluralidad de conductas; la acción se realiza en acciones separadas, si bien ligadas por la proximidad y la unidad de propósito delictivo;
3. Unidad de sujeto pasivo, es decir, con una única titularidad del bien jurídico afectado; y
4. Violación del mismo precepto legal, dicho en términos técnicos con integración de los elementos del mismo tipo legal.

La modificación, como vamos a ver en lo que sigue, hunde sus raíces profundamente en la ciencia jurídico-penal alemana, vale decir en la dogmática jurídico-penal teutónica. Para mejor comprensión de lo

anterior, haremos alusión a cuatro grandes maestros germanos, en su concreta relación con el *delito continuado* a nivel científico: nos referimos a: Hans Welzel, Günter Stratenwerth, Hans-Heinrich Jescheck y Günter Jakobs, que han desempeñado sus tareas académicas en las Universidades de Bonn, Basilea, Instituto Max Planck de Friburgo en Brisgovia y Bonn.

Para Hans Welzel ³, el *delito continuado*, en tanto que «unidad de conducción de vida punible», requiere de los siguientes presupuestos:

1. Homogeneidad de los actos individuales.
2. Continuidad de los actos individuales: todo acto parcial posterior, al igual que los anteriores, tiene que asentarse en la misma situación externa (oportunidad o relación permanente) que lo motiva y cofindarse en ellos, desde la perspectiva de la motivación, (conexión motivadora). A partir de este último criterio, se deduce la necesidad de una relación temporal, una cierta constancia, que resulta excluida por largos intervalos.

La homogeneidad de los actos particulares se esencializa en el hecho de que los actos particulares del delito continuado infringen la misma disposición jurídica, el mismo mandato jurídico. Esto tiene lugar —especialmente— cuando los actos particulares realizan el mismo tipo de injusto, independientemente de que sea en grado de tentativa o de consumación.

Junto a la homogeneidad jurídica, también se exige una cierta homogeneidad del proceso fáctico. Los actos particulares posteriores han de producir, solamente, una ampliación del mismo contenido de injusto. A estos efectos, Welzel utiliza en ejemplo de una persona que, en los meses del crudo invierno germánico, traslada a la bodega de su casa sucesivas cantidades de carbón —para la calefacción— procedentes

³ Welzel, Hans, **Derecho Penal Alemán**, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p.311 y ss.

de una bodega ajena, llevando a cabo su conducta ilícita y subrepticiamente, en sucesivas ocasiones.

Sin embargo, si lo injusto del tipo se encuentra enraizado en la lesión de valores encarnados en la personalidad o en la reprobabilidad de relaciones personalísimas, los hechos «respecto de o con personas distintas» contienen un nuevo e independiente contenido de injusto. Así: lesiones, delitos contra la libertad, o sobornos a personas diferentes, son siempre diversos delitos independientes.

El concepto de «bien jurídico personalísimo» ha sido elaborado por la jurisprudencia y la doctrina científica, y su principal consecuencia es que no existe relación de continuidad cuando se trata de afectación *bienes jurídicos personalísimos*. La noción ha recibido sus críticas, fundamentalmente orientadas en el sentido de que en la lesión de esos bienes adquiere siempre protagonismo la colectividad y, además, porque su delimitación concretizadora es sumamente restringida.

Sin embargo, cuando el contenido de injusto no tiene este carácter de personalísimo, no se encuentre «impreso de personalidad» por utilizar la frase welzeliana ⁴, sino que se fundamenta, especialmente, en la lesión de bienes o relaciones materiales (Welzel señala el patrimonio), resulta factible la relación de continuidad, porque existe una esencialidad repetitiva del injusto en los diversos actos realizados.

Finalmente, el enjuiciamiento recaerá sobre todos los actos particulares, constitutivos de la relación de continuidad, y la resolución relativa a un hecho continuado resuelve todos los actos particulares pertenecientes a él.

⁴ *Ibídem*, p. 314.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

Para el Profesor Günther Stratenwerth ⁵, los requisitos del delito continuado son los siguientes:

1. Los actos individuales tienen que dirigirse contra *el mismo bien jurídico*.

El autor en comento nos indica que la teoría dominante distingue –aquí– dos grupos de delitos. Si se trata de bienes jurídicos *de carácter impersonal*, como lo son concretamente la propiedad y el patrimonio, resultará suficiente con que, en cada caso, se afecte el mismo bien jurídico, no requiriéndose, en su opinión, la identidad del sujeto pasivo.

Pero, cuando los diversos hechos afecten los denominados *bienes jurídicos estrictamente personales* (así la libertad, la vida, la integridad corporal, etcétera), el nexo de continuidad requiere que los reiterados ataques no solo incidan sobre el mismo bien jurídico, sino que, además, exista identidad del perjudicado.

Sin duda, opina Stratenwerth, la distinción anterior tiene su fundamento en la negativa a considerar unitario el hecho continuado, cuando la lesión afecta al sujeto pasivo *en cuanto persona*. En cierto sentido, lo que está señalando coincide con la afectación de bienes jurídicos personalísimos, señalada por Welzel, y también con las críticas sobre la difícil determinación de ámbito de lo personalísimo.

2. Los diversos actos particulares deben lesionar *la misma ley penal* o (dice él), por lo menos, una muy cercana.

Para el Maestro, esta limitación excede del primero de los requisitos antes aludidos, ya que existen diversos supuestos de hecho típicos, que pueden proteger uno y el mismo bien jurídico; señalando que, en el sentido indicado, estarían el encubrimiento real y la defraudación

⁵ Stratenwerth, Günther, **Derecho Penal, Parte General**, trad. Gladys Romero, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Edersa, Madrid, 1982, p.353 y ss.

que son, a la vez, delitos contra el patrimonio. Y puntualizan cómo se debe entender la vinculación estrecha que debe existir entre los respectivos supuestos de hecho que se llevan a cabo, resulta prácticamente una discusión sin esperanza dada la heterogeneidad de los criterios.

3. Por último (opina Stratenwerth), en el aspecto objetivo se presupone una cierta *identidad específica* del comportamiento delictivo, así como una cierta vinculación de espacio y de tiempo de los actos individuales.

En este sentido, la presencia de este requisito tiene por finalidad eludir contradicciones ominosas y tratar de aproximar el delito continuado al supuesto de unidad de acción natural. No obstante (y seguimos con el razonamiento de Stratenwerth), el nexo de continuidad no se dará si el mismo supuesto de hecho se lleva a cabo una vez por una acción positiva y –otras– mediante una omisión; o cuando la participación tiene lugar en distintos niveles (autoría, instigación, complicidad, etcétera).

La distancia temporal y espacial entre los diversos actos no debe ser, por una parte, demasiado pequeña (ya que –opina Stratenwerth– si así fuera se estaría dando una cantidad natural de acción), pero, por otro lado, tampoco debe ser demasiado grande. El grado de inseguridad de estas argumentaciones no necesita resaltarse.

4. No obstante, para el Maestro, las opiniones más encontradas tienen lugar en lo referente al *aspecto subjetivo* del nexo de continuidad.

Según la práctica jurisprudencial se requiere un *dolo total*. En otras palabras: la voluntad del autor debe abarcar, desde el principio, la totalidad de los actos individuales constitutivos del delito continuado; de otro modo, este dolo total se puede extender, durante una serie de delitos, a otras acciones particulares.

Sin embargo, no bastará con la resolución general de cometer hechos punibles de la misma especie, robo simple por ejemplo, en

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

cada oportunidad que se presenta. Antes al contrario, la especie, el modo, el lugar y el tiempo de la ejecución se deben haber concretado suficientemente en las representaciones del autor.

La posición adoptada *ut supra* tendría su fundamento en la preocupación de que, si renunciamos al dolo total, el nexo de continuidad llegaría a perder toda su delimitación definida, lo que constituiría razón bastante para su objeción desde la perspectiva de su fuerza jurídica. No obstante, conviene no olvidar que el *dolo total* —en cuanto realidad psíquica— constituye un fenómeno muy difícil de ubicar en el acontecer fáctico.

Lo anterior (siguiendo el pensamiento del Maestro) nos llevaría a la conclusión de que, cuando el agente obra realmente con dolo total, basado en un plan preconcebido, resultará que, por lo general, es más peligroso, es decir, que pondrá de manifiesto «una mayor energía criminal» que aquel que cede a repetidas tentaciones. De ahí que resultará absurdo, desde el punto de vista político-criminal, darle un tratamiento punitivo más benévolo.

Frente a esta postura, la teoría (reiteramos que estamos siguiendo a Stratenwerth a través del hilo conductor de sus páginas) se conforma —en términos generales— con el denominado *dolo de continuación*, que se manifiesta en el momento en que cada decisión particular renueva una anterior, de tal forma que se presenta una «línea de continuidad psíquica», situación coincidente con el pensamiento welzeliano.

El nexo de continuidad requerirá, por consiguiente, únicamente la identidad específica de la total situación externa e interna, tal como ejemplifica el Maestro en el caso de la empleada doméstica, que no puede resistirse a la tentación de apropiarse del dinero que ve a su alrededor, en la casa de sus patrones.

Según Stratenwerth ⁶, las consecuencias de la aceptación del nexo de continuidad tienen naturaleza tanto sustantiva como procesal. El

⁶ *Ibidem*, p.356.

delito continuado (para el Maestro en comentario) tiene su verdadero sentido, desde el punto de vista de la teoría del concurso entendiéndolo como *una acción*.

Si los distintos actos, considerados individualmente, llevan a cabo supuestos de hecho típico-penales, el carácter del hecho total se definirá según el acto individual más grave. En consecuencia, desaparece la necesidad de tomar en cuenta «las penas particulares para la confección de una pena única total; solo corresponderá determinar *una pena*».

Desde la perspectiva del Derecho procesal, el delito continuado constituye *un objeto del proceso* con todas las implicaciones que ello supone; especialmente, en cuanto a que la cosa juzgada se extiende a todos los actos individuales alcanzados por el nexo de continuidad.

Para Jescheck ⁷, Profesor del Instituto Max Planck, el *delito continuado* se produce cuando:

«(...) una sola persona es responsable de varios hechos que realizan el mismo tipo de delito y cuya determinación y tratamiento procesales individualizados carecen de sentido y resultan imposibles».

La construcción jurisprudencial ha pretendido, mediante la estimación de una «unidad jurídica de acción», eludir la necesidad de comprobar todos los actos parciales y de aplicar las reglas relativas al concurso real. A tal finalidad sirve el *delito continuado*. En este sentido, el pensamiento de Jescheck, al que vamos a atenernos, va matizando escrupulosamente cuales son las objeciones posibles.

De esta manera, entiende que —en la práctica— se sufren las consecuencias de la naturaleza, en parte ficticia, del delito continuado y de la problemática de sus elementos, de tal modo que los juzgadores no

⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1981, p.1000 y ss.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

resultan realmente aliviados en su carga de trabajo, puesto que, de cualquier forma, resulta necesario aclarar los actos parciales del delito continuado; y siendo así, no supondría ya ningún esfuerzo la fijación de las penas parciales. De aquí que no resulte extraño para el Maestro que se incrementen los reclamos de abandonar el delito continuado.

Además, pese a la considerable relevancia práctica de esta figura *los requisitos del delito continuado no se encuentran determinados*, en absoluto, de forma completa. Hay una gran «elasticidad» en la conceptualización de los mismos, ya que unas veces la consideración es amplificativa y otras veces es estricta, según que la perspectiva esté orientada a sus ventajas o a sus inconvenientes. De cualquier manera, pueden señalarse los siguientes:

1. En primer lugar, objetivamente, es necesaria la *homogeneidad de la forma de comisión* (unidad de lo injusto objetivo de la acción).

Se requiere que los preceptos penales violados por los actos parciales se encuentren materialmente en la misma norma y que el desarrollo de los hechos manifieste, en lo esencial, los mismos elementos externos e internos.

2. Los actos singulares deben, además, lesionar *el mismo bien jurídico* (unidad de lo injusto del resultado).

Pero si se trata de *bienes jurídicos altamente personales* no existe el delito continuado cuando los actos parciales se dirigen contra titulares diversos. Esta restricción se encuentra justificada, pues tratándose de «bienes jurídicos altamente personales» son tan distintos en cada acto parcial tanto lo injusto de la acción y del resultado como el contenido de culpabilidad del hecho, que no parece admisible renunciar a valoraciones separadas ⁸.

⁸ *Ídem*.

3. Para la adecuada delimitación del delito continuado resulta determinante *la unidad del dolo* (unidad de lo injusto personal de la acción).

Se trata, y es una elaboración jurisprudencial, de la exigencia de un propio dolo global, que comprenda el resultado total del hecho en sus rasgos sustanciales en cuanto al lugar, al tiempo, a la persona de la víctima y a la forma de comisión, de tal modo que los actos parciales no signifiquen más que la secuencia realizadora de la totalidad querida unitariamente, a más tardar, durante el último acto parcial.

Jescheck concreta su pensamiento al añadir que «esta concepción relativamente estricta del delito continuado» deriva del hecho de que, con base en el ordenamiento jurídico-penal alemán, no existe ninguna referenciación que permita al juzgador hacer de varios hechos uno solo, «al menos en la medida en que los actos sociales no se hallen ligados por un vínculo subjetivo».

No obstante, en coincidencia con los dogmáticos anteriormente comentados, señala que no hay que olvidar que un dolo global *–stricto sensu–* acaece muy difícilmente en la realidad, razón por la cual aparecen fundamentaciones sumamente artificiales para que el delito continuado alcance alguna relevancia práctica.

En cuanto a la doctrina, se contenta frecuentemente, por ello, «*con un dolo continuado criminológicamente entendido*», que se manifiesta como un ceder «psíquicamente siempre homogéneo» por parte del autor ante la misma situación fáctica. Un sector postula, también, una teoría *puramente objetiva* del delito continuado, que atiende exclusivamente a los integrantes externos de la homogeneidad representados por la forma de comisión y el bien jurídico, a la conexión temporal de los actos parciales y al aprovechamiento de una misma ocasión.

El tratamiento punitivo del delito continuado tiene su fundamento en el hecho de que sus actos parciales constituyen, sin excepción, un

único hecho punible. De aquí que, para Jescheck ⁹, se deriven distintas consecuencias. Hay que imponer una única pena, determinada en función de la punibilidad correspondiente al delito más grave; no obstante, la gravedad y número de los actos parciales pueden ser tenidos en consideración en el sentido agravatorio.

El delito continuado queda consumado con el primer acto parcial, pero no queda agotado sino hasta que son llevados a cabo todos los actos parciales. En esta situación, la prescripción del delito continuado no ha de empezar hasta la consumación del último acto parcial. Por último, si los actos parciales realizan en parte la modalidad básica de un delito y en parte una forma cualificada del mismo, ha de aplicarse la punibilidad correspondiente a la modalidad cualificada.

Para Günther Jakobs ¹⁰, al enfocar la problemática del *delito continuado* lo importante será –en primer lugar– establecer que, mientras que en el concurso de leyes solamente concurren normaciones legales, «en el concurso auténtico» se trata de la concurrencia de las propias leyes; en otras palabras, «el autor ha infringido varias leyes o una ley varias veces».

1. La Unidad de Acción en Sentido «Natural»

En estas infracciones múltiples de la ley, el ordenamiento jurídico-positivo distingue según que «la misma acción determine varias infracciones de leyes» (unidad de hecho, concurso ideal), o que se «cometan varias infracciones penales» (pluralidad de hechos, concurso real). En el primer caso, a su vez, se distingue según que «la misma acción infrinja varias leyes penales» (*concurso ideal heterogéneo*), o «la misma ley penal varias veces» (*concurso ideal homogéneo*).

⁹ *Ibídem*, p.1004.

¹⁰ Jakobs, Günther, **Derecho Penal. Parte general**, trad. Cuello Contreras y Serrano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p.1074 y ss.

La unidad de hecho requiere que se trate de *la misma acción*. Para Jakobs, cuyo pensamiento estamos exponiendo, el concepto de acción de la doctrina del concurso es diferente al de la doctrina del tipo. Literalmente, el Maestro dice:

«La acción, como el mínimo común denominador de todos los tipos de delitos de comisión, es la producción evitable (dolosa o imprudente) de un resultado, siendo el resultado en los delitos de comisión al menos un movimiento corporal, que también puede tener lugar fuera del cuerpo del sujeto actuante».

Y sigue:

«(...) ahora bien, una acción que infringe una ley penal es una acción infractora de una ley penal sólo porque el resultado típico completo es evitable. Esta acción determinada por medio de la evitabilidad no puede, por definición, infringir otra ley penal o la misma ley penal otra vez más, porque para ello habría de darse la evitabilidad de la *ulterior* realización del tipo concreto correspondiente, no pertenece a la acción mediante la que se realiza el primer tipo. *Una acción típica es siempre sólo una infracción de ley, y no también otra más.*

»Así pues, el concepto de acción no se puede interpretar como acción típica, sino de modo más general: en la acción en el sentido de la unidad de acción y la pluralidad de acciones no se trata de acciones necesariamente típicas, sino de acciones como producción evitable de *cualesquiera* resultados (las llamadas acciones en sentido natural) teniendo que ser *además* acciones típicas estas acciones no necesariamente determinadas típicamente, si ha de llegarse al concurso. Así pues, una acción determinada de modo más general es componente de dos acciones que realizan tipos, determinadas de modo más específico»¹¹.

Los transcurso de las acciones típicas, dice Jakobs, siempre son sólo parcialmente idénticos.

«Siempre importa la identidad (parcial) del comportamiento. La mera simultaneidad no fundamenta unidad de acción alguna».

¹¹ El Profesor Jakobs se está refiriendo al concepto de acción del § artículo 52 StGB. Entiende el Maestro que «la determinación de esta acción no es, obviamente, natural, sino caracterizada jurídicamente ya desde hace tiempo con el elemento de la evitabilidad».

Se requiere, más bien, que los actos de ejecución de la voluntad, mediante los cuales se lleva a cabo el tipo de las distintas acciones punibles, sean coincidentes, si no completamente, sí en una parte, «de modo que al menos una parte de la acción unitaria contribuya a la realización del tipo de ambos delitos».

2. La Unidad Jurídica de Acción Como Aplicación de la Unidad «Natural» de Acción

Las dificultades para la aplicación del § 52 StGB, concretamente en el ámbito de efectividad del mismo, hacen decir a Jakobs que:

«El concepto de acción no cabe entenderlo más estrictamente que como acción típica, sino hay que ampliarlo al menos hasta llegar a ser acción en sentido “natural”. No obstante, no está descartado concebir el concepto de acción aún más ampliamente, pero tal ampliación ha de ser compatible con el fin de la regulación. Esta compatibilidad, a su vez, es difícil de determinar, porque el fin de la regulación no es nada claro».

El razonamiento del Maestro en comentario sigue al indicarnos que el que para infracción de leyes, integrantes de un suceso en unidad de acción, no se tenga que establecer ninguna magnitud de pena fija concreta, pero sí deba hacerse para infracciones de leyes en pluralidad de hechos, puede ser un acertado fin de regulación, aun cuando en el caso concreto, sobre todo en la pluralidad de hechos, a pesar de la «unidad de la conducción de vida punible» sea dudosa la legitimidad de tal distinción.

Para Jakobs es cuestionable «la constitucionalidad de la distinción entre unidad y pluralidad de hechos, dada la arbitrariedad del límite entre una y otra». Ante esta tesitura, únicamente queda la posibilidad de atender las ampliaciones *típicas* de la acción ejecutiva. La unidad no puede basarse solamente en las motivaciones del agente, sino que ha de ser perceptible en la objetivación de tales motivos.

No obstante, es evidente que la determinación de la unidad tampoco puede ser deducida sólo de la consideración objetiva, ya que la

interpretación individual del suceso objetivo influye en su valoración social. En consecuencia, en relación a la unidad jurídico-penal del comportamiento resultan inesquivables tanto la unidad subjetiva como la de la ejecución de la conducta típica, pudiendo –en algunos tipos– sustituirse esta última unidad por otros elementos.

En estas condiciones, y continuando con el pensamiento del autor germano, hemos de distinguir la unidad subjetiva y la unidad de ejecución, Para mejor comprensión conviene separar, como lo hace él mismo, ambos aspectos. De este modo, pasemos a examinarlos ¹².

2.1. Unidad subjetiva

1. La unidad de acción se nos aparece sólo cuando el autor pretende, desde el principio, una secuencia de actos o se propone el comportamiento subsiguiente, como muy tarde, durante la ejecución del comportamiento precedente.

2. El requisito de la conexión individual es derivado de tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho de la imputación. Al ejemplificar, Jakobs dice: Si un autor roba sucesivamente y de conformidad con su planificación, varias botellas de una bebida de valor escaso, por separado, el botín del robo único ya no es de poco valor.

2.2. Unidad de la ejecución

1. Para el Profesor Jakobs la conjunción en una unidad de acción presupone, también, una secuencia sucesiva de los diversos actos de tal manera que el autor, según su representación, mediante la ejecución del acto precedente «da comienzo directamente a la realización del subsiguiente».

No resulta suficiente que –en el acto precedente– se ponga de manifiesto la voluntad de continuar en algún momento, ya que tal voluntad,

¹² *Ibidem*, pp.1077, 1078 y 1079.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

por sí sola, no da lugar a delito alguno, “debido al principio del hecho”; más bien, ha de estar específicamente objetivada desde la perspectiva típica.

2. «En caso de sucesión muy apretada, vinculada con la unidad subjetiva, resulta superfluo requerir además la homogeneidad de los actos singulares. El postulado de los actos singulares homogéneos sólo surge cuando no cabe mantener estrictamente la unidad de la ejecución. El complejo de los modos de comportamiento hay que buscarlo entonces en datos externos y no pasa de ser contingente».

Entiende Jakobs que la unidad de acción en el sentido «natural» o jurídico debe ser exigencia ineludible de la mera intensificación cuantitativa, y por consiguiente de la infracción única. No obstante, la unidad de acción sólo conduce a la simple intensificación cuantitativa cuando se acumulan unidades, todas las cuales es posible reunir las en un injusto homogéneo. Por ejemplo: en el caso de ejecutarse –en unidad de acción– un delito de homicidio y un delito de traición, resulta intensificada la cantidad, pero no se pueden reunir en un injusto homogéneo.

Existe una realización única de tipo solamente cuando sea factible definir el resultado del comportamiento:

«(...) como un resultado delictivo conjunto y además el trayecto hacia el resultado –siempre que el tipo lo regule específicamente– transcurra homogéneamente desde el punto de vista típico»¹³.

En otros términos: cuando una conducta realiza los tipos de varios delitos que no están en relación de especificidad, en sentido amplio, decae la unidad de acción.

No obstante, tratándose de un bien no transmisible, sino de un bien personalísimo, existe la posibilidad de vincular en un resultado conjunto su menoscabo con su ulterior menoscabo,

¹³ *Ibidem*, pp.1081-1082.

«(...) pero no con el menoscabo de un bien que corresponda a otro titular, porque el bien personalísimo, a diferencia de los bienes transmisibles, no cabe definirlo sin su titular. Por tanto las lesiones a bienes personalísimos de distintas personas nunca constituyen una sola infracción».

Siempre que un tipo único garantice la protección tanto de bienes transmisibles como de bienes personalísimos, los bienes personalísimos impiden la reunión en una sola infracción, cuantitativamente intensificados.

Por otra parte, así como en los bienes personalísimos la perspectiva de la víctima divide el resultado conjunto en resultados individuales, también en la intervención en los delitos –materialmente, no únicamente en cuanto a la formulación– de propia mano «es la individualización de los autores lo que impide la reunión en una infracción única».

Podemos resumir el pensamiento de Jakobs ¹⁴, utilizando sus propias palabras de la forma siguiente:

«Así pues, en la unidad de acción sólo se llega a la adición de varias realizaciones de tipo si no cabe resolver el suceso a través de adición dentro de una sola realización de tipo».

Realizado el examen de las posiciones doctrinales de los grandes maestros alemanes ya reseñados, y que es manifestación clara de su influencia en la actual redacción del Código Penal del D.F. y federal para toda la República en cuanto al delito continuado, estimamos conveniente referirnos al desarrollo de esta problemática en los países de lengua española.

En Argentina, el Profesor Zaffaroni ¹⁵ señala que el delito continuado tiene su base legal en el artículo 55 del Código Penal. Sin embargo, matiza –con gran precisión– que dicho precepto se ocupa de

¹⁴ *Ibidem*, p.1083, *in fine*.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Teoría del Delito**, Buenos Aires, EDIAR, 1973, p.710 ss.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

la concurrencia de «varios hechos independientes, mas no prevé el caso de concurrencia de hechos no independientes».

A partir de ahí, se ha formulado la teoría del delito continuado en el derecho penal argentino. También habla de la importancia del artículo 63 del Código Penal al disponer lo referente a la prescripción de la acción, entendiendo que comenzará a correr la medianoche del día en que se cometió el delito o, cuanto éste fuera continuo, en que dejó de cometerse.

Tomando como referencia este artículo 63, algunos autores han entendido, entre ellos Fontán Balestra, que se refiere tanto al delito continuado como al permanente o continuo. En idéntico sentido, Zaffaroni entiende que –independientemente de la literalidad de la estricta letra normativa– es aplicable tanto a los delitos continuos o permanentes, como a los continuados, ya que la conducta consumativa cesa al cesar también la acción típica.

Para el Catedrático de la Universidad de La Plata, en el delito continuado:

«(...) cada acción (cada hacer final), que por sí es típico, se encuentra en una relación de dependencia respecto de otras, lo que determina que el tipo las abarque en conjunto, en una unidad de acción».

Utiliza el ejemplo del cajero de un banco que decide apoderarse diariamente de cantidades pequeñas de dinero, para que no sea notado, y que efectivamente comete un solo delito. La repetición de acciones iguales no implica que se hayan cometido «hechos independientes». El Maestro considera que, ante la desproporcionada agravación a que esto daría lugar, desde la época de los glosadores aparece la teoría en cuestión y cuya historia, en su opinión, se encuentra seriamente controvertida.

En la misma línea, entiende que *los requisitos del delito continuado* están sometidos a un áspero debate tanto en la doctrina argentina como en la extranjera. Para él son los siguientes:

1. *Similitud de la forma de realización (unidad del injusto objetivo)*. Esta «similitud u homogeneidad» implica que puede haber un delito continuado, no requiriéndose expresamente la violación del mismo precepto penal. El Maestro utiliza la expresión de hurto simple y calificado; traducida a nuestro ordenamiento positivo sería la de robo simple o calificado.

2. *Afectación del mismo bien jurídico*. Aunque es suficiente con la homogeneidad de las acciones, se requiere además que el bien jurídico protegido sea, en lo esencial, el mismo. Fuera del concepto de delito continuado quedarán aquellas afectaciones de bienes jurídicos «altamente personales». De esta manera, no hay delito continuado cuando se trata de homicidios sucesivos, violaciones sucesivas, etcétera.

Para la doctrina dominante, en opinión de Zaffaroni, el fundamento de esta limitación se encuentra en que en cada acción el resultado del injusto y el contenido de la culpabilidad deben ser considerados separadamente cuando se trata de bienes «altamente personales». Tal restricción, en opinión del Maestro argentino, no está definitivamente configurada por la doctrina, sino que más bien parece consecuencia de «exclusivas razones consuetudinarias de equidad».

3. *Unidad de fin o fin unitario*. Se trata del aspecto subjetivo que, necesariamente, exige el delito continuado. Es un plan diseñado en forma conjunta, abarcando varios actos particulares que, para Zaffaroni, deben encontrarse más o menos determinados.

«Así, la mera decisión de cometer delitos no es suficiente, aunque tampoco se requiere la precisión de todos los detalles: quien comete un estupro con el fin unitario de seguir yaciendo con la víctima, no requiere tener planeados los días, horas, lugares y número de veces en que lo hará»¹⁶.

¹⁶ *Ibídem*, pp.712 y 713.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

La doctrina no es unánime en cuanto a la aceptación de la exigencia del fin unitario; hay un sector de ella que opta por seguir «un criterio individualizador puramente objetivo». Zaffaroni, no obstante, entiende que esta solución no es factible. Se inclina por no hablar de *dolo unitario*, *dolo total* o *dolo global*, sino de *finalidad unitaria*, ya que el «dolo unitario» elimina la posibilidad de un delito culposo continuado, admitida por él, y también aceptada por autores partidarios de la expresión «dolo unitario».

El pensamiento de Zaffaroni, que estimamos apegado en buena medida al finalismo, destaca la necesidad de seguir trabajando para la elaboración de la noción de delito continuado. Y así, señala que hay autores que amplían o restringen los requisitos por él indicados. En términos generales, dice el Maestro, los partidarios de criterios objetivos agregan referencias de lugar, temporales y de ocasión.

En cuanto a la identidad del sujeto pasivo, hay doctrinarios que la requieren. Señala, también, que una corriente jurisprudencia argentina rechazó de plano la teoría. El debate doctrinal alcanzó un tono muy violento en torno al carácter real o ficticio de la unidad de acción. A tal efecto, señala Zaffaroni ¹⁷ que Schmidhäuser dice que:

«La figura del hecho continuado debe negarse, pues para una jurisprudencia razonable trae más inconvenientes que ventajas».

Al propio tiempo indica que Welzel, por su parte, considera paralelamente, junto al delito continuado por «unidad de acción», otro —de la misma guisa— en el que resta importancia a la finalidad o dolo unitario, para basarlo en la «unidad punible de conducción de la vida». Este último, según el Maestro Zaffaroni, no requiere de dolo unitario, aunque sí participa de los elementos que los defensores de la teoría individualizadora del delito unitario exigen conforme a criterios objetivos: «parecido aprovechamiento de la misma oportunidad o de la misma situación». Prueba del enfrentamiento doctrinal es que en

¹⁷ *Ibidem*.

tanto que Welzel amplía el delito continuado con un doble fundamento, Schmidhäuser trata de suprimirlo.

Zaffaroni, con la precisión y claridad jurídicas características, *distingue el delito continuado del concurso real*, ya que en el delito continuado hay una unidad de acción; del *delito habitual*, puesto que en el delito continuado cada una de las actividades ejecutivas, integrantes de la unidad total, son ya típicas, mientras en el delito habitual lo típico es, apenas, la repetición misma de las acciones; y *del concurso ideal*, porque en el delito continuado no hay concurso de tipos, dado que siempre se aplicará lo relativo a calificado o al más grave ¹⁸.

Desde el punto de vista doctrinal, y sin perjuicio de aclarar que se refiere a un momento legislativo anterior a la actual redacción del código mexicano, el Maestro Jiménez Huerta ¹⁹ señala que —en el ámbito del derecho punitivo— a veces acaece el fenómeno de que varias conductas naturales, perfectamente singularizadas, constituyen, desde la perspectiva de la integración penal, «una unidad subsumible en una figura típica».

La unidad aparece, en unas ocasiones, cuando la conducta principal se encuentra claramente constituida, de conformidad al:

«(...) propio *cuadro del comportamiento* social que constituye la base típica de algunos delitos, por una pluralidad de conductas naturales, con cuya suma se forja dicha conducta principal».

Otras veces:

«(...) cuando mediante los elementos estructurales insitos en la valoración penalística, es dable concluir que una pluralidad de conductas naturales, conceptualmente distintas las unas de las otras, integra la unidad jurídica que constituye la conducta principal de un tipo de delito, por existir entre todas ellas una relevante interacción y conexión».

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Jiménez Huerta, Mariano, **Derecho Penal Mexicano**, T. I, 3a. ed., Porrúa, México, 1980, p.316 y ss.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

Precisamente, la hipótesis reseñada nos ofrece a consideración la figura jurídica del *delito continuado*. Haciendo referencia a Carrara y a Aldo Moro, Jiménez Huerta destaca la paradoja, enfatizada por ambos autores italianos, de que justamente el criterio de la continuidad ha de ser necesariamente derivado de la discontinuidad conductual, porque ahí reside la síntesis conceptual del delito continuado.

En otros términos:

«(...) la esencia del mismo consiste en fundir en una continuación jurídica, esto es, en una unidad delictiva, aquello que es discontinuo desde el punto de vista material».

Entiende Jiménez Huerta que, prevaleciendo motivos de justicia sustancial sobre el rigor abstracto y estricto del principio reconocedor, en una situación tal, del concurso efectivo de delitos,

«(...) los espacios que delimitan la discontinuidad de la serie desaparecen, y en esta reconstituida unidad de hecho se perfila el significado propio de la situación en función de la sustancial unidad de la lesión jurídica».

Frente a la posición, mantenida por muy distinguidos autores, de que el delito continuado es una *ficción jurídica*, el Profesor mexicano mantiene que:

«Si se profundiza en la entraña de los fenómenos penalísticos, necesario es concluir que el delito continuado refleja una verdadera unidad jurídica, surgida no de una artificiosa ficción, sino de la prístina realidad que ante los ojos del jurista presentan los sucesos humanos cuando son sometidos a valoración penal»²⁰.

La continuidad delictiva existente entre una pluralidad de conductas:

«(...) emerge, como antes se dijo de los matices unitarios que las conductas entre sí presentan, los que revelan no solamente la existencia de una identidad externa, sino también la realidad de una interna conexión orgánica»²¹.

²⁰ *Ibidem*, pp. 317 *in fine* y 318 *ab initio*.

²¹ *Ibidem*, p.319 *in fine*.

La identidad externa queda proyectada por la significación homogénea que las distintas conductas revisten, manifestadas en su común subsunción en una figura típica, en la lesión reiterativa del mismo bien jurídico, y en su realización material con el empleo de medios iguales o semejantes y aprovechamiento de similares ocasiones, lo que manifiesta la existencia de una cierta interacción entre todas ellas o, como gráfica y literalmente dice Jiménez Huerta, «la presencia de una línea continuada de puntos homogéneos».

La conexión orgánica interna, sustanciadora del fenómeno de la continuidad delictiva, queda puesta de manifiesto unas veces en el diseño de la planeación unitaria, y otras, en la identidad ideativa motivadora de las varias acciones. La conexión ideológica existente entre las distintas conductas organiza la unidad del conjunto, ya que –desde una perspectiva penal– una pluralidad de motivación y fines idénticos «son reductibles a una antijurídica unidad».

Para terminar esta alusión al pensamiento jurídico de Jiménez Huerta ²², cabe señalar que para él:

«La unidad de plan o proyecto no cubre, pues, todas las formas de exteriorizarse la unidad jurídica de conducta; es necesario también captar, si se quiere recoger todos los aspectos que el problema presenta, el unitario significado ideológico, social y jurídico que trasciende de las diversas acciones homogéneas, ya que dichos signos descubren que es irrelevante destacar la autonomía de cada acción, y que condice más con la valoración jurídica concluir que toda la actividad sucesiva es continuación e integración de la misma conducta típica principal».

La doctrina española, en términos generales, no discrepa excesivamente de lo establecido por el Profesor Jescheck, ni siquiera con la aparición del nuevo Código Penal de noviembre de 1995 en vigor desde mayo de 1996. Se trata de una construcción jurisprudencial en buena medida, de la que mediante la misma se entiende que constituye un supuesto de pluralidad de acciones realizadores de un único

²² *Ibidem*, p.321 *ab initio*.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

delito. No obstante, en nuevo Código Penal de la Democracia ya supone un avance técnico, que está claramente reflejado en el artículo 74, inciso 1.

La elaboración jurisprudencial y su correspondiente basamento doctrinal habían señalado como esencial para el delito continuado: en lo objetivo, la pluralidad de acciones, la unidad de ley violada y a veces la unidad de sujeto pasivo; y en lo subjetivo, la unidad de designio, propósito, intención o dolo; como secundarios, la unidad o identidad ocasionales, las conexiones espaciales y temporales y el empleo de medios similares. El Tribunal Supremo, por su parte, añadió a estos requisitos, en calidad de fundamental, el de la indeterminación de las diversas acciones, aunque este criterio tradicional fue cuestionado abundantemente.

No obstante, al igual que ocurre en Alemania, tampoco hay una opinión unánime en cuanto a la auténtica naturaleza del elemento subjetivo, lo que provoca una división de posiciones en dos vertientes.

1. Algunos exigen un verdadero *dolo conjunto* que –de antemano– comprenda los diversos actos parciales, solución que ha sido acogida en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, a pesar de que, en realidad, manifiesta una tendencia a la derivación de la presencia de la unidad subjetiva de la simple indeterminación objetiva de los actos parciales; y
2. otra postura que se adhiere, doctrinalmente, a la teoría alemana del *dolo continuado*, consistente en la homogeneidad del elemento objetivo de los distintos actos, uniformidad dimanante de obedecer cada acto a motivaciones similares. A favor de esta posición se aducen no solamente razones de realismo, sino específicamente el hecho de que sólo este «caer en la misma tentación» criminal explica la benignidad del tratamiento tradicionalmente atribuido al delito continuado, ya que se considera manifestación de una voluntad delictiva más débil, a diferencia de lo que acaece cuando existe un plan preconcebido, situación que es estimada como manifestadora de una firme voluntad criminal.

Ante esta tesitura jurisprudencial y doctrinal, el Proyecto de 1980 optó por regular expresamente el delito continuado con el siguiente tenor:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como autor de un delito o falta continuados (...).

»Quedan exceptuadas de lo establecido en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Precisamente el Código Penal de 1995 que, como ya se ha señalado, entró en vigor en 1996, reproduce *literalmente*, en el artículo 74 incisos 1 y 3, la conceptualización del delito continuado ya señalada. Destacan en dicha estructuración las siguientes características:

1. La no necesidad de indeterminación procesal de las diversas acciones;
2. La concepción bifronte que considera tanto el «dolo conjunto» como el «dolo continuado»; y
3. La inclusión de los supuestos, en el inciso 2 del artículo 74, de *sujeto pasivo-masa* (así: fraudes que puedan afectar a una masa de sujetos, como las que pueden atraer a las víctimas mediante la publicidad), en el delito continuado, tanto porque lo permite con pluralidad de sujetos como, específicamente, porque existe un inciso destinado a agravar la pena «si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

Para mayor entendimiento, reproducimos –en forma literal– el texto completo del artículo 74 del código penal español vigente:

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

«Artículo 74.

»1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.

»2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

»3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

La nueva regulación resulta elogiable, ya que se aparta de la concepción procesal del delito continuado y se proyecta, exclusivamente, en una unidad material y jurídica de las acciones, que le permite hablar de «el hecho», en singular (es decir, «unidad típica, de hecho») para referirse al conjunto, como también porque excluye del delito continuado las «ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales», con la salvedad de que remite a «la naturaleza del hecho y del precepto infringido» para decidir si la figura es aplicable o no a los delitos contra el honor y la libertad sexual.

De ahí, y en esto me adhiero totalmente a la posición del Profesor Muñoz Conde, que es altamente discutible la inclusión de los delitos «con sujeto pasivo-masa» en el delito continuado, porque los delitos en que resulta aplicable aquella figura, delitos contra la propiedad, son descritos como lesiones a un sujeto determinado, de tal modo que su tipificación impide, lógicamente, abarcar ataques a sujetos diversos.

Por otra parte, como problema específico de la legislación hispana, tal vez sería conveniente revisar la compartida idea de que resulta

necesaria la unificación de los casos de «delito masa» para evitar que las normas concursales «impidan castigar la totalidad de lo defraudado». *La gravedad de los delitos de fraude no se determina por el código en base al «beneficio» obtenido por el sujeto, sino en función del «perjuicio» que se infringe a la víctima.*

El ejemplo, utilizado por el Profesor español, es bien elocuente:

«Y ciertamente, si bien se mira, no se perjudica tanto a nadie si se defrauda a mil personas mil pesetas a cada una como si se defrauda un millón de pesetas a una sola persona».

Resulta, pues, razonable estimar más grave el segundo supuesto ²³.

Como resumen puede decirse que la doctrina española, en términos generales, tiende a considerar la unidad del delito continuado como una pura ficción, destinada a eludir la aplicación de las reglas del concurso, ficción que se proyecta a fijar la atención en los actos parciales, estimados como auténticos delitos por sí mismos, a la hora de solventar problemas como la *iniciación del cómputo prescriptivo o de la ley aplicable en el tiempo* ²⁴.

Un clásico, como el Dr. Jiménez de Asúa ²⁵, señala que, como ya hemos dicho anteriormente, Carrara indicaba que el delito continuado tiene su origen en «la benignidad de los prácticos». Concretando advierte que esta figura jurídica fue creada por Farinaccio con la finalidad de «evitar que fuese ahorcado el ladrón después del tercer hurto».

²³ Muñoz Conde, Francisco, en el apartado referente a las «Adiciones de Derecho Español», que figuran el Vol. II en el texto, tantas veces citado, del Profesor Jescheck, pp.1009, 1010. Esas palabras van dirigidas al Proyecto de 1980, en lo referente al delito continuado, cuyo contenido ha sido literalmente transcrito al artículo 74 del Código Penal Español.

²⁴ Vázquez Iruzubietta, Carlos, **El Nuevo Código Penal Comentado**, EDESA, Madrid, 1996, pp.136-139. Se refiere al Código Penal nuevo, Ley 10/1995, del 23 de noviembre, en vigor desde mayo de 1996.

²⁵ Jiménez de Asúa, Luis, **La ley y el delito**, 4a. ed., corregida y actualizada, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1963, p.529 y ss.

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DEL 13 DE MAYO DE 1966
(PRIMERA PARTE)

Recogiendo sus palabras, Jiménez de Asúa señala que el práctico italiano dice:

«No hay varios hurtos, sino uno solo, cuando alguien robare de un solo lugar y en distinto tiempo, pero continuada y sucesivamente, una o más cosas».

Destaca pues la unidad de ocasión, más bien que la unidad de resolución.

El Maestro español sigue indicando:

«Hay que partir de una verdad a nuestro juicio evidente: el delito continuado no es un caso de concursos de delitos, sino de *delito único*, una unidad real».

En este sentido, el ilustre Profesor se inclina, en vez de por la fórmula legislativa, por el silencio de la ley, ya que la fórmula legislativa resulta expresiva de requisitos sumamente discutibles.

Refiriéndose a algunos Códigos iberoamericanos resalta que los ordenamientos jurídicos penales de Honduras, Paraguay, Panamá, Perú, Venezuela, Uruguay, Cuba, Colombia y Costa Rica adoptan una definición clásica, basada en la unidad de resolución ²⁶. Conforme a estos textos, el 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)».

El Maestro sigue señalando que el Código brasileño, influenciado por la doctrina alemana, adopta criterios más objetivos, e indica que con mayor precisión establece la existencia del delito continuado:

²⁶ Naturalmente, una buena cantidad de códigos iberoamericanos han sufrido modificaciones con posterioridad, tanto después de la fecha de publicación de la edición que manejamos, como del fallecimiento del Dr. Jiménez de Asúa.

«(...) cuando por las condiciones de tiempo lugar, manera de ejecución y otras semejantes deben ser tenidos los (delitos) subsiguientes, como continuación del primero»²⁷.

El profesor español, haciendo un extracto de los códigos mencionados o al menos en su mayor parte, destaca como requisitos del delito continuado en la mayoría de ellos los siguientes:

1. *Violación de la misma disposición legal*. Necesita de mayor declaración. La escuela clásica italiana, y concretamente Francesco Carrara, con base en el código italiano, hace una interpretación restrictiva señalando que: «era precisa la unidad de la ley violada, y por eso niega que haya delito continuado cuando se da tentativa y consumación».

Por otra parte, Jiménez de Asúa hace constar la opinión de Manzini, de que es factible mantener la unidad de delito siempre que los hechos se encuentren comprendidos en la misma «norma incriminadora principal».

Para Jiménez de Asúa, existe la unidad de violación cuando las conductas se refieren al *mismo tipo legal*, destacando que otro de los resultados de la aplicación de la tipicidad es que soluciona un problema que, hasta ese instante, parecía inconcluso.

2. *Pluralidad de hechos en fechas distintas*. Recordando el penalista hispano su concepto de *hecho* entendido «como el acontecimiento simple de lo que acontece en la vida o en el obrar del hombre», y el de *acto o acción* como «una serie de hechos que tienen cohesión entre sí por su convergencia a un *telos* inmediato», matar de diez puñaladas (diez hechos de golpear con un cuchillo) es un solo acto o acción.

²⁷ *Ibídem*.

De esta manera la discontinuidad en el tiempo resulta esencial al delito continuado, pues las «diferentes fechas» son parte sustancial del mismo.

3. *Una «misma resolución».* La mayoría de los Códigos hispanoamericanos, según Jiménez de Asúa seguían, en las fechas indicadas, la doctrina italiana que establece la necesidad de la *unidad de resolución*, denominada por Impallomeni como la «identidad de resoluciones».

No obstante, Jiménez de Asúa se inclina por el criterio objetivo sustentado en Alemania: unidad de lugar, de ocasión, etcétera, pareciéndole la fórmula más adecuada la de «unidad de ocasión e identidad de motivo»²⁸. En este sentido, estima que —con ella— evitaríamos las desigualdades e injusticias a que la unidad de resolución conduce de manera inevitable.

Pone como ejemplo, el caso de un cajero, de un almacén, que sustrae cien pesos cada día de trabajo. Hay unidad de resolución y, por tanto, delito continuado. Contrariamente, el cajero de un banco se apropia de tres mil pesos para pagar la atención de su hija enferma; pero tres meses después necesita otros seis mil pesos porque la paciente precisa una operación quirúrgica. Los toma de la caja también. Como no hay unidad de resolución no habrá delito continuado.

En cambio, sí se podría considerar que existe con la doctrina de la unidad de ocasión. Aunque habría de ser completada con referencias teleológicas. De no hacerlo así, estaríamos perjudicando al segundo cajero que, desde cualquier perspectiva que se contemple, ha ejecutado un acto de menor reprochabilidad social.

Es indudable que en esta época no cabe traer a colación, como lo hacían los prácticos, la benignidad como la única razón del deli-

²⁸ *Ibidem*, pp.531-532.

to continuado. Está bien que la continuidad no tenga por orientación el beneficio; pero está mal que resulte favorable en contra de otras situaciones que merecen, al menos, ser tratadas de la misma forma.

4. *Referencia al problema de la unidad o pluralidad del sujeto pasivo.* Jiménez de Asúa²⁹ entiende que no se puede establecer un principio único. Por regla general, sigue diciendo, no se necesita la unidad del sujeto pasivo, pero ha de exceptuarse el caso de aquellos delitos cometidos contra bienes jurídicos, que sólo pueden ser afectados o lesionados en la persona del titular de los mismos, cuando son distintos sus titulares.

Entendemos que la nueva redacción del delito continuado, producto de la reforma del 13 de mayo de 1996 del Código Penal del D.F. y federal para toda la República, participa –en amplia medida– de la dogmática jurídico-penal alemana, y que puede ser considerada, en este aspecto concreto, como bastante adecuada.

²⁹ *Ibídem*, p.532 *in fine*.