

- Merkel, A.: Derecho Penal, ed. La España Moderna, Madrid, s/f., Trad. de P. Dorado.
- Núñez, R. C.: Derecho Penal Argentino, ed. Bibliográfica Arg., s/f.
- Politoff, S.: Los elementos subjetivos del tipo legal, Ed. Jurídica de Chile, 1965.
- Mezger, E.: Tratado de Derecho Penal, Reus, Madrid, 1955. Trad J. Rodríguez M.
- Ramos, J. P.: Curso de Derecho Penal, Biblioteca Jurídica Argentina, B. Aires, 1942.
- Ranieri, S.: Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1971. Trad. J. Ortega Torres.
- Welzel, Hans: Derecho Penal (Parte General), Depalma, B. Aires, 1956. Trad de Carlos Fontán Ballestra y Eduardo Friker. Derecho Penal Alemán, Parte General 11ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, 1970. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona, 1964. Trad. y notas por José Cerezo Mir.
- Zaffaroni, R. E.: Teoría del Delito, Ediar, 1973.

## PROCESO DE ADECUACION TIPICA\*

Fernando Meza Morales

"...las acciones de los tribunales de justicia deben tener como objetivo hacer concordar a las situaciones reales con los derechos y deberes de las partes"

K. Olivecrona

La teoría de la tipicidad penal, derivada del principio de estricta legalidad del delito, postula la exacta correspondencia entre la conducta real y la conducta ideal normativa. Si la conducta del procesado se ajusta al modelo ideal conformado por el tipo normativo, se dice que la conducta es típica. Por eso el proceso de examen mediante el cual el Juez analiza la conducta real puesta a su decisión y la confronta con el esquema normativo no es más que la búsqueda de una relación. Ese análisis es lo que los doctrinantes llaman "proceso de adecuación típica", el cual puede conducir a la formulación de un juicio de adecuación, es decir, a afirmar la relación de concordancia entre el hecho y la norma; o puede conducir a la formulación de un juicio de inadecuación, es decir, a afirmar la disonancia entre el hecho y la norma. En el primer caso se dice que la conducta es típica y en el segundo se afirma que la conducta es atípica.

El análisis de adecuación típica, ciertamente, adquiere realce cuando se examina una conducta compleja. Es claro que el juicio de adecuación típica se da en todos los casos en que el exa-

\* El presente trabajo, en su casi totalidad, reproduce una edición mimeografiada para los estudiantes del curso Teoría General del Delito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. En esta nueva versión, sin embargo, se amplían algunas cuestiones, sobretudo en lo relacionado al delito complejo, cuya problemática puede superar el contenido y objetivos del programa de la mencionada asignatura.

men concluye de una manera positiva a pesar de que muchas veces, las más de las veces, él surge de una manera un tanto "evidente", como en el caso de quien con propósito de matar dispara contra una persona y la herida del proyectil al perforar el corazón le causa la muerte, evento en el cual se afirma, sin mayor trabajo mental, que la conducta se adecúa al tipo establecido en el artículo 362 C. P. Pero algunas veces, y ello no es infrecuente de ninguna manera, el juicio de adecuación típica sólo es el resultado de un cuidadoso análisis, como puede suceder cuando un "comprador" incumple con la obligación de pagar el precio al "vendedor", caso en el cual debe establecerse si el hecho constituye una tipicidad de delito de estafa (arts. 408 ó 409 C. P.) o un ilícito puramente civil; o cuando se trata de decidir si el "documento" falsificado es ciertamente un documento. En estos casos, precisamente, se pone de manifiesto que la función garantizadora del tipo penal es eminentemente relativa, no obstante el desideratum romántico de los grandes autores liberales que quisieron ver en el principio de legalidad del delito una salvaguardia absoluta de la seguridad personal contra la **arbitrariedad** de los jueces. Esta relatividad la pone de manifiesto la misma literatura jurisprudencial, pues en tanto que algunos Jueces afirman la tipicidad de una conducta otros la excluyen en casos totalmente análogos.

Para clarificar el análisis del tema relativo al proceso de adecuación típica conviene hacer una nítida distinción entre el mundo causal y el mundo normativo. La tendencia tradicional a calcar lo normativo sobre los moldes fenoménicos ha conducido a lamentables confusiones y, muchas veces, a llamar las cosas de manera diferente a lo que son, entorpeciendo con ello el trabajo analítico. Así, por ejemplo, se habla del delito continuado como de una ficción jurídica (de manera similar a como se procedía con las llamadas personas jurídicas), porque se cree que lo que causalmente es plural también tiene que ser plural jurídicamente, y como el ordenamiento positivo (art. 32 C.P.) le da un tratamiento unitario, entonces se dice que tal unificación de varios hechos naturales como una entidad jurídica constituye una ficción. Ordinariamente ocurre que mundo causal y mundo normativo se corresponden, pero ello no siempre ocurre así. Muchas veces el derecho, en función de las relaciones que regula y de los fines que persigue, elabora instrumentos que difieren diametral-

mente de las realidades causales, y en el proceso de adecuación típica el Juez se va a encontrar en diversas situaciones en que lo causal y lo normativo son divergentes. Si simbolizamos el campo fenoménico con una "F" y el campo normativo con una "N", podemos elaborar el siguiente esquema:

Ordinariamente: 1F.———1N  
 IF, 2F———IN, 2N  
 Excepcionalmente: 1F.———1N, 2N (Ej.: Concurso ideal, art. 31 C. P.).  
 1F, 2F———1N. (Ej.: Delito complejo, delito continuado, art. 32 C. P.)  
 OF.———1N. (Ej.: Delito de omisión)

Con esta aclaración entraremos a estudiar dentro de este tema del proceso de adecuación típica, las siguientes grandes posibilidades:

- I. Concurso verdadero de delitos.
  - A.- Concurso ideal (art. 31 C.P.).
  - B.- Concurso real (art. 33 C.P.).
- II. Concurso aparente de delitos
- III. Delito continuado (art. 32 C.P.).
- IV. Delito complejo

#### I.- Concurso verdadero de delitos.

El concepto concurso verdadero se opone al concepto concurso aparente, pues mientras en el primero afirmamos la existencia de dos o más delitos que adquieren existencia jurídica (autónoma, por supuesto) en el segundo la existencia de dos o más delitos es puramente aparente, vale decir, que jurídicamente sólo existe un delito.

El concurso de delitos se presenta cuando con uno o varios hechos se producen varias violaciones de la ley penal. Esta noción, enunciada en términos tan generales, comprende las dos formas que puede asumir el concurso de delitos:

A.- Cuando con un solo hecho se violan varias disposiciones de la ley penal se presenta la forma conocida con el nombre de concurso ideal o formal de delitos;

B.- Cuando con varios hechos se violan varias normas penales o una sola en forma repetida se presenta el concurso de delitos conocido con el nombre de real o material.

De estas formas de concurso delictual nos ocuparemos a continuación, no sin antes consignar que lineamientos muy generales han sido tomados de la obra del Profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez. <sup>(1)</sup>

### I. A.- Concurso ideal de delitos

El artículo 31 del Código Penal lo reglamenta en los siguientes términos: 'El que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal, quedará sometido a la que establezca la sanción más grave, aumentada hasta en una tercera parte'. Esta disposición, para los solos efectos de la pena, fue modificada por el D. E. 2.525 de 1963, el cual estableció que los límites máximos señalados para la duración de las penas por el artículo 45 C. P. pueden ser excedidos con ocasión de la aplicación de los artículos 31 y 33 del Código Penal.

De conformidad con la trascrita disposición se pueden señalar como requisitos estructurales de la figura los siguientes: 1º) Unidad de hecho; b) Pluralidad de normas violadas.

1º) Por hecho debe entenderse un resultado material, un evento natural, una mutación en el mundo causal. Debe distinguirse el hecho de la acción, pues este último es un concepto que tiene mayor amplitud. Aunque muchas veces acción y hecho se corresponden, como en el caso de quien dispara contra una persona y la mata, o el de quien accede carnalmente a alguien, otras veces esa correspondencia no se manifiesta, como en el caso de quien mezcla veneno en una comida y produce la muerte de dos personas y lesiones personales en tres. En este evento aparece una sola acción pero cinco hechos distintos, con autonomía causal, correspondientes a los tantos resultados o efectos derivados de la acción causal.

Esta significación que conferimos a la expresión "hecho", principalmente para distinguirla de la "acción" es, por lo demás, la que mejor se ajusta a la sistemática de nuestro Código Penal. Si la acción es el "ejercicio de una potencia", es el "efecto de hacer", y hacer es "producir una cosa", "causar", "oca-

(1) MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo; Lecciones de Derecho Penal; Ed. U. de A.; Medellín, 1962 a págs. 205 y ss.

sionar", para emplear en todos los casos significados que trae el Diccionario de la Real Academia, es incuestionable que en muy importantes delitos no es la "acción" la que configura el tipo sino el efecto o evento resultante de la acción, es decir, "lo hecho". El tipo del artículo 362 C. P. se estructura, no cuando alguien ejecuta una acción homicida, sino cuando la muerte de una persona se produce como resultado de esa acción homicida. Solo entonces se afirma que se ha violado una "disposición" de la ley penal, y no antes. Esta interpretación tropieza con la dificultad de que la mayor parte de los tipos penales se estructuran con una mera actividad sin que sea necesaria la producción del evento. Pero lo que se quiere poner de relieve es que "hecho" es la mutación del orden natural que perfecciona o consume el tipo (el acceso carnal violento, la muerte, la lesión, etc.) y que, por tanto, en los tipos de resultado no basta solamente con actuar sino que es preciso que el "hecho" o resultado se produzca para que se consuma el tipo de delito. Por tanto, en el ejemplo del envenenamiento, no se trataría de un concurso ideal de delitos sino de otra entidad jurídica.

Tampoco puede entenderse, para la interpretación del artículo 31 C. P., la expresión "hecho" como sinónimo de "delito". Esta aclaración es necesaria porque muchas veces cuando la ley penal habla de "comisión del hecho" debe entenderse "comisión del delito". El artículo 29 C. P., por ejemplo, al establecer medidas de seguridad para personas anormales, habla de comisión del "hecho" pero debe entenderse comisión del "delito", pues si el supuesto de toda sanción criminal es la ejecución de un delito, este debe entenderse en su plena integridad jurídica\*. Cosa análoga ocurre con el artículo 32 C. P. porque la ley penal no puede fingir que en el plano natural existe un "hecho" cuando son varios los "hechos"; pero sí puede conferir a la pluralidad de "hechos" la significación jurídica de un solo delito. Cuando el artículo 31 C. P. emplea la expresión "hecho", esta tiene una significación natural, o por lo menos una significación social-causal, pues si se le otor-

(\*) Código Penal, art. 29: "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del título II de este libro".

El artículo 32 C. P. se reproduce en el capítulo referente al delito continuado.

ga la significación de "delito", el artículo pierde su sentido porque valdría tanto como afirmar que "el que con un mismo delito realice varios delitos".

2º) Pluralidad de normas violadas. Empleamos esta expresión, postergando el giro "varias disposiciones" que aparece en el texto legal, porque es la única técnicamente correcta. La norma jurídica es un concepto de la descripción de una conducta completa a la cual se asocia una consecuencia (llamada sanción en la terminología de los penalistas), en tanto que disposición o artículo son palabras que carecen de contenido jurídico. Puede decirse que los artículos 397 (Ley 21 de 1973, art. 7º) y 398 P. C. P. son dos artículos o disposiciones de la ley penal, pero nadie se atrevería a afirmar que en caso de que "A" hurte a "B" un reloj de \$ 6.000.00 debe aplicarse el artículo 31 C. P. porque el hecho es violatorio de dos disposiciones de la ley penal. Es indudable que en este caso solo se ha violado una norma, la de hurto, integrada por varias disposiciones, entre ellas las de los artículos 397 y 398 C.P.

Lo que significa el artículo 31 C.P. es que un hecho de conducta admite un plural encuadramiento legal, es decir, que configura dos o más entidades delictivas autónomas, que varias normas constitutivas de delitos tienen que ser aplicadas. Este plural encuadramiento legal, a decir verdad, no emana de lo estatuido por el artículo que examinamos; él surge del cotejo de la conducta real con la regulación jurídica, con el resultado de que un mismo hecho ha sido pluralmente regulado. De aquí debería seguirse la aplicación de las diferentes sanciones establecidas por las normas, pero la ley estipula para estos casos un tratamiento diferente en materia de penas. El artículo 31 C.P. no crea la figura del concurso ideal de delitos sino que crea un régimen de penas particular. Cítase como ejemplo del concurso formal de delitos el que resulta del acceso carnal violento de un padre sobre su hija, caso en el cual ese hecho configura dos delitos contenidos en normas distintas: la de la violencia carnal (arts. 316 C.P. y concordantes) y la del incesto (arts. 357 C.P. y concordantes). Esta doble significación legal no depende de que el artículo 31 C.P. lo dispone así; este artículo lo que hace es exceptuar la regla general de que cada delito tiene su sanción individual, la cual debe aplicarse en cada caso, para establecer que en situaciones como éstas los delitos tipificados se penan de una manera diferente.

Se dice por parte de algunos autores que un tercer elemento integra la figura del concurso ideal, a saber: el conocimiento de las circunstancias de las cuales depende el múltiple encuadramiento legal. Nosotros no compartimos tal apreciación, pues ese es un requisito propio de cada una de las figuras delictivas, como que el artículo 12 C.P., al establecer de manera general la estructura subjetiva de los delitos dispone que ellos son intencionales o culposos. De acuerdo con esto, obviamente, para que exista violencia carnal se requiere la voluntad consciente de someter a otra persona al acceso carnal sin su consentimiento; y para que se configura el incesto, en todos los casos, haya o no concurrencia con otros delitos, se requiere la voluntad consciente de acceder carnalmente o ejecutar actos erótico-sexuales con persona con quien se sabe existe un vínculo de los parentescos enunciados por el artículo 357 C.P.

**El nombre de la figura.**- Resta referirnos a una cuestión que no es solo terminológica sino que demuestra una vez más la tendencia a modelar el mundo normativo sobre el mundo natural, y que es preciso identificar tal tendencia con el fin de solucionar muchos problemas derivados de semejante confusión.

Para algunos el concurso se llama "ideal" porque una de las normas se viola de una manera real o sensible, en tanto que la violación de la otra norma es puramente ideal. Por ejemplo, en el concurso ideal de lesiones personales y delito contra funcionario público, se dice que la norma sobre lesiones se viola de una manera sensible o tangible y que la norma de delito contra funcionario público se viola de una manera ideal. Tal forma de presentar las cosas es absolutamente incomprendible, pues la violación misma de la norma es algo que escapa a los sentidos. Según el punto de vista que se tome para hablar de realidad o de idealidad, la violación de una norma es tan real o tan ideal en un caso como en otro. Existe una materialidad: la herida, hecho de violencia, y ese hecho tiene una doble significación jurídica como lesiones personales y como delito contra funcionario público, sin que sea posible establecer jerarquía entre las normas ni mucho menos categorías en razón de que una de ellas se viola "realmente" y la otra de una manera solamente "ideal".

Otra explicación sobre la denominación se encuentra en un fallo de la Corte Suprema de Justicia del año de 1944: "Al referirse el artículo 31 de la ley 95 de 1936 a la violación de varias disposiciones de la ley penal por un solo hecho solo está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar, porque, aún siendo varias, su pluralidad no es efectiva, sino ideal, o más propiamente, ficticia. En todos esos supuestos uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, pero no por ello puede afirmarse que existan dos infracciones separadas. En cambio, hay casos en que la pluralidad de lesiones no es simplemente ideal sino efectiva, pues todas las infracciones (lesiones de derecho) tienen vida 'per se'.<sup>(2)</sup> Tal manera de hablar deriva de una confusión de los planos natural y jurídico, de manera que se puede decir que lo que es **uno natural y plural jurídico** constituye una ficción. El mundo natural no rige el mundo del derecho. Ficción es tomar por plural en el mundo natural lo que es unitario en ese mismo mundo, o viceversa. En el concurso ideal un solo hecho tiene una doble significación jurídica, y esa doble significación jurídica se traduce en dos infracciones que normativamente están separadas, es decir, que tienen vida **per se**, pues su entidad no depende de leyes naturales sino de normas jurídicas. El concurso ideal es un concurso efectivo en el cual se presentan de manera autónoma varias **lesiones de derecho**, y en el ejemplo último, la lesión al derecho a la integridad personal es completamente diferenciable, en el mundo jurídico, de la lesión al derecho de integridad de la administración pública.

Lo anterior comprueba lo desafortunado de la expresión **concurso ideal**, pero ha hecho carrera y es difícil de sustituir. Lo importante es saber que entidad jurídica subyace en las denominaciones sin dejarnos desviar en el análisis por perspectivas puramente nominales.

### I.B.- Concurso real de delitos

Aparece así en el texto el artículo 33 C.P.: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzgan en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto".

(2) ORTEGA TORRES; Código Penal y Código de Procedimiento Penal; Ed. Temis; Bogotá, 1961; págs. 61 y 62.

"Además de esta sanción, se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal por dos a diez años, si los delitos cometidos fueren cuatro o más y si la naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente demostraren en este una tendencia persistente al delito".

"Las multas establecidas para cada uno de los delitos se aplicarán en todo caso junto con la pena señalada para el más grave, siempre que el total no exceda de cinco mil pesos".\*

La aplicación del artículo 33 C.P. depende de condiciones puramente procesales, por lo cual podemos afirmar que bajo tal perspectiva el concurso material de delitos es una entidad procesal. Aunque el concurso material es un caso de pluralidad de hechos con diversidad de infracciones normativas, la unificación para efectos de la pena depende de que ellos lleguen a reunirse en un mismo proceso; si tal evento no llega a ocurrir, se imponen tantas penas cuantos hechos delictivos.

La reunión de delitos en un mismo proceso puede presentarse bajo dos formas: a) Por conexidad de delitos; b) por acumulación de autos. La regla general según la cual "para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso" está contenida en el artículo 167 del C. de P. P. Esta regla tiene algunas excepciones mediante las cuales, a pesar de existir pluralidad delictual, opera la unidad de proceso. Una de tales excepciones está contenida en el artículo 168 del C. de P. P.: "Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso". Exceptuando la conexidad jurídica, la cual se da en el concurso ideal de delitos y que es el supuesto para la aplicación del artículo 31 C. P., las demás formas de conexidad delictual (ideológica, consecuencial, ocasional, probatoria) conducen a la aplicación del artículo 33 C.P. porque constituyen precisamente una de las formas en que varios delitos se juzgan en un solo proceso. Pero, por otra parte, es posible que delitos que generan cada uno unidad de proceso, y que de hecho se investigan en procesos separados, lleguen a reunirse en la etapa del juicio. Ello ocurre cuando se dan los supuestos de la acumulación de juicios señalados por el artículo 90 del C. de P. P.: "Respecto de los procesos en que

(\*) En el mismo sentido que el artículo 31 C. P., el artículo 33 está modificado por el artículo 1º del Decreto 2.525 de 1963.

el auto de proceder se halle ejecutoriado, habrá lugar a la acumulación: 1. Cuando contra un mismo procesado se estuvieren siguiendo dos o más juicios aunque en estos figuren otros procesados, y 2. Cuando estén cursando dos o más juicios penales y no pueda decidirse sobre uno de ellos sin que se haya fallado el otro u otros". El efecto práctico de la acumulación, al dictar una sola sentencia, es precisamente el de imponer una sola pena conforme a lo preceptuado por el artículo 33 C.P. y no varias penas cuantos delitos acumulados procesalmente.

De conformidad con la doctrina, el concurso material de delitos se integra con tres elementos: 1º) Pluralidad de hechos; 2º) Pluralidad de violaciones jurídicas; 3º) Que ninguno de los delitos haya sido juzgado.

1º) Este elemento puntualiza la diferencia existente entre el concurso real y el concurso ideal de delitos. El concepto "hecho", si debe mantenerse con coherencia, no puede ser distinto del que clarificamos en la descripción del concurso ideal de delitos. La idea de pluralidad no contiene en sí misma una sustancia particular que exija determinaciones.

2º) La pluralidad de violaciones jurídicas es un elemento común con el concurso formal, como que la idea de pluralidad aparece mencionada ya desde la denominación "concurso de delitos". Pero la pluralidad en el concurso real tiene un matiz que le es característico. Mientras que en el concurso ideal el hecho viola disposiciones o normas legales distintas, en el concurso real, a más de esta posibilidad, puede presentarse una múltiple infracción de una misma norma, como sería el caso de repetidas falsedades (art. 231 C.P.) o repetidas bigamias (art. 358 C.P.). Esta posibilidad no se presenta en el concurso ideal, pues un solo hecho puede tener distintas significaciones jurídicas (violencia carnal e incesto: arts. 316 y 357 C.P.) pero no puede tener una significación jurídica de manera repetida (como si una muerte pudiera violar de manera repetida el artículo 362 C.P.), lo que sí es perfectamente compatible con la estructura del concurso real, como que la repetida violación de una misma norma solo puede proceder de varios hechos. En caso de que se viole de manera repetida una misma norma se dice que el concurso es **homogéneo**, y cuando los hechos son violatorios de varias normas se dice que es **heterogéneo**. Pero esta distinción puramente nominal, a ningún re-

sultado práctico conduce, anotándose sí que en el caso de concurso homogéneo se plantea la cuestión de distinguir el concurso material con el delito continuado, como que en este también aparece la pluralidad de hechos violatorios de una sola norma legal, pero a diferencia del concurso material, en el cual se afirman autónomamente varios delitos, solo un delito tiene existencia jurídica. Finalmente, valga la pena anotar que el concurso puede ser **simultáneo** cuando los delitos son "cometidos... conjuntamente", o puede ser **sucesivo** cuando los mismos son "cometidos separadamente". Se habla de delitos cometidos conjuntamente, no con precisión cronológica, pues desde esta perspectiva difícilmente puede negarse la sucesión, sino de delitos cometidos en un mismo contexto de circunstancias, especialmente de tiempo. Tal podría ser el caso de quien arbitrariamente penetra en domicilio ajeno (art. 302 C.P.) y allí lesiona a uno de sus moradores (art. 371 C.P.). Habría concurso sucesivo en el caso de una persona que un día comete un robo (art. 402 C.P.), quince días después ejecuta una violencia carnal (art. 316 C.P.) y un mes después extorsiona a alguien (art. 406 C.P.).

3º) El tercer requisito, que le da fisonomía como figura marcadamente procesal, ha quedado explicado al comienzo de este acápite. Hablamos de una figura marcadamente procesal porque es preciso reconocer que el concurso material de delitos, en cuanto establece un tratamiento de pena particular, tiene contornos sustantivos.

#### I. AB.- La penalidad de los concursos

Históricamente se han conocido varios sistemas para penar el concurso de delitos. Ellos aparecen reseñados en fallo de 13 de julio de 1945, emanado de la Corte Suprema de Justicia: "El artículo 33 del C. P. plantea la acumulación. El derecho romano sentó la regla 'Tot delicta, tot poenas', es decir, que cada delito debe recibir su correspondiente sanción. En cambio, el derecho germano adoptó el precepto contrario: 'Poena major absorbet minorem', o sea que la pena mayor absorbe a la menor. Pero al paso que lo establecido en el derecho germano no admite subdivisiones, el derecho romano tomó dos matices distintos: el de la acumulación matemática y el de la acumulación jurídica. Este último, que es el implantado en el C.P. colombiano, fue el que tuvo mayor aco-

gida, por el excesivo rigor a que llevaba el otro (acumulación material), que en ocasiones hacían imposible el cumplimiento de la sanción, como cuando se trataba, por ejemplo, de numerosas penas de privación de la libertad, recaídas en un solo individuo, las que sumadas excedían el límite de duración del hombre más longevo".<sup>(3)</sup>

Estos sistemas se conocen, en su orden, con los nombres de **sistema de la acumulación** y **sistema de la absorción**. El primero puede ser de **acumulación aritmética** o de **acumulación jurídica** o **intensiva**. El primero se descartó en el Código Penal nuestro, como lo dice la providencia antes transcrita, por su excesivo rigor. El sistema de la absorción, en cambio, ha sido criticado porque constituye, en muchos casos, una patente de criminalidad, pues el responsable de un delito de mayor gravedad tendrá la misma pena por ese solo delito y por todos los delitos cometidos con posterioridad.

La penalidad de los concursos de delitos se problematiza cuando al aplicar los aumentos señalados para el ideal (hasta un tercio de la pena más grave) o para el material (hasta otro tanto de la pena del delito más grave), se exceden las simples sumas matemáticas de las penas. Por ejemplo, si al responsable de los delitos de violencia carnal (art. 316 C.P.) y homicidio (art. 362 C.P.) se aumenta la pena de éste, que es la más grave, en otro tanto, quedaría así: el mínimo en 16 años de presidio y el máximo en 28 años. En cambio, si se sumaran aritméticamente, las penas quedarían así: el mínimo en 10 años de presidio y el máximo en 22 años. Resulta obvio que el sistema, en abstracto más favorable, llegaría en concreto a ser más gravoso. La Corte Suprema de Justicia, en nuestro sentir correctamente y haciendo una interpretación teleológica de los artículos 31 y 33 C.P., resolvió el problema en fallo de casación de 11 de julio de 1946: "Es bien sabido que el sistema legal adoptado entre nosotros en caso de concurso de delitos es el de la llamada acumulación jurídica, de conformidad con el cual establecida la pena para el delito más grave, esta se puede aumentar hasta en otro tanto; pero es natural que el aumento por razón del delito de menor cantidad no puede sobrepasar a la cantidad máxima de pena señalada para la infracción más leve, pues de lo contrario se incurrirá en el error de sumar aritméticamente la pena para acumular, vio-

(3) ORTEGA TORRES; op. cit.; págs 64 y 65.

lando la ley en el sentido de que la pena del delito menor podría llegar a ser superior a la cuantía máxima para él prefijada en la ley".<sup>(4)</sup>

## II.- Concurso aparente de delitos

Algunos autores plantean este tema dentro de la doctrina referente a la interpretación de las normas penales. Esa es su ubicación correcta, pues en el fondo se trata de establecer si un hecho genera un concurso verdadero o efectivo (concurso formal) o si genera un solo delito. Mas por razones didácticas, no metodológicas, hemos preferido incluir su estudio en este capítulo porque se hace más comprensible luego de conocer la estructura del concurso de delitos.

Varias denominaciones designan el problema en cuestión. Algunos emplean la expresión "concurso aparente de leyes", pero puede no ser una expresión correcta si tomamos el término "ley" en su significación estricta, pues los términos de relación del concurso aparente se presentan entre disposiciones de una misma ley; muy pocas veces el examen de las distintas posiciones aparentemente concurrentes se encuentran en leyes diversas. Otros emplean la denominación "concurso aparente de tipos", la cual puede considerarse adecuada, ya que el examen preliminar de la figura de delito se manifiesta precisamente en la tipicidad, y son tipos penales los que prima facie aparecen como concurrentes. La expresión "concurso aparente de normas" es también apropiada porque si la norma define la totalidad de la conducta con su sanción respectiva, lo que se manifiesta como concurrente es una parte de la norma penal, la referente al tipo.

La cuestión de decidir acerca del concurso verdadero o efectivo, y el concurso aparente, solo puede plantearse en relación con el concurso ideal o formal. Se trata de que un hecho sometido al análisis del Juez se proyecta con una plural o con una unitaria significación jurídica. Retomemos el ejemplo propuesto para ilustrar el concurso ideal de delitos: un solo hecho natural, el acceso carnal violento del padre sobre su hija, tiene una plural significación jurídica: conforma el tipo descrito por el artículo 316 C.P. a la par que el estructurado

(4) *Ibidem*; pág. 65.

por el artículo 357 ibídem. Que en este evento se trata de un concurso verdadero de delitos y no de un concurso solamente aparente puede desprenderse de la cabal comprensión de lo que es esta última posibilidad. Con un ejemplo se ilustra mejor la cuestión. Supongamos el siguiente: "A" es hermano del procesado "B" y "X" ha sido llamado a responder en el respectivo proceso: como "X" sabe que "B" es el autor material del delito investigado, "A" le ofrece mil pesos para que declare falsamente. Hasta ese momento mismo de la oferta podemos decir en abstracto que la conducta de "A" configura una proposición para cometer un delito, en este caso, el delito de falso testimonio (art. 191 C.P.). Pero al confrontar el caso con la legislación hallamos dos disposiciones que regulan ese tipo de conductas: en primer lugar el artículo 211 C.P., el cual establece: "El que proponga a otro la comisión de un delito, incurrirá en arresto de un mes a tres años"; en segundo lugar el artículo 194 C. P., donde se preceptúa: "El que ofrezca o prometa dinero u otra utilidad a un testigo, perito o intérprete, con el fin de inducirlo a dar una declaración, dictamen o versión falsos, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, aun cuando la oferta o promesa no sea aceptada". Parecería, en principio, un caso de aplicación del artículo 31 C.P., como que con un solo hecho aparecerían como violadas varias disposiciones de la ley penal. Sin embargo, una razón lógica nos lleva a descartar esa conclusión, y ella se deriva de un detenido análisis del contenido de ambas disposiciones el cual permite descubrir que la materia regulada por el artículo 211 C.P. es mucho más amplia que la regulada por el artículo 194 ibídem. En efecto: una persona puede proponer a otra la comisión de un delito de hurto, de falsedad, de homicidio, de secuestro, en fin, de cualquiera de las figuras delictuosas del Código Penal, y ese es el ámbito material del artículo 211 C. P.; pero el artículo 194 C.P. es una proposición para delinquir completamente particular, como que ella se orienta única y exclusivamente a cometer el delito de falso testimonio. Todo este razonamiento indica que tratándose del delito de falso testimonio, la ley ha reservado un tratamiento especial a la propuesta para cometer ese delito, sustrayéndolo de la reglamentación general de proposición para cometer delitos. La relación de las dos disposiciones es de género a especie,

pues la proposición para declarar falsamente (especie) contiene siempre la idea genérica de proposición para delinquir; nadie podrá proponer a otro la comisión de un delito de falso testimonio sin estar con ello mismo proponiendo la comisión de un delito; la idea del 194 C.P. es inseparable de la idea del 211 C.P.

No sucede igual cosa con el concurso ideal de delitos. En este caso, por lo menos por definición, ninguno de los delitos que lo constituyen se implican recíproca o unilateralmente. La persona puede cometer delito de violencia carnal sin que la significación del artículo 357 C.P. interfiera para nada en la significación del artículo 316 C.P., como sería el caso de un simple particular que sometiera por la fuerza a una mujer al acceso carnal; puede también presentarse el caso de acceso carnal entre padre e hija sin que el alcance jurídico del artículo 316 C.P. se proyecte para nada sobre el artículo 357 C.P., como en el evento en que padre e hija, mayores de edad, consientan ambos en dicha relación. En resumen, la idea del incesto no implica la de la violencia carnal ni la idea de ésta implica la de aquél. Cuando esta independencia así se manifiesta, aunque recaiga sobre un mismo hecho, se trata de un concurso ideal de delitos; pero cuando la idea de un delito implica la de otro, como la proposición para declarar falsamente la idea de proposición para delinquir, se trata de un solo delito, pues el concurso es solamente aparente.

Dijimos antes que la solución era de orden puramente lógico, queriendo significar con ello que el razonamiento jurídico debe llegar a esa conclusión sin buscar apoyo legal ninguno. Pero en nuestro ordenamiento positivo existe, además, una disposición que indica que esa es la manera de solucionar la cuestión. En efecto, el artículo 5º de la ley 57 de 1887 dispone: "Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1ª) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Trátese de disposiciones compatibles o no, la preferencia de la disposición especial sobre la de carácter general es una cuestión lógica, pues la especial se presenta como excepción de la regla general.

### Criterios para determinar el concurso aparente

Los doctrinantes enuncian tres criterios: a) el de la especialidad; b) el de la subsidiariedad; c) el de la consunción.<sup>(5)</sup>

a) El principio o criterio de la especialidad es el que venimos de exponer.

b) El principio de la subsidiariedad parte de la consideración de que algunas veces existen dos disposiciones o normas, de tal manera relacionadas que la una se aplica (subsidiariamente) cuando no sea del caso aplicar la otra (principal). "Un tipo es subsidiario respecto de otro cuando ambos describen grados diversos de lesión, en tal forma que una de ellas es más grave que la otra y cuando, la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante".<sup>(6)</sup> El autor de la anterior descripción dice que la subsidiariedad puede ser **expresa**, como en el caso de los artículos 426 y 254 C.P.; o **tácita**, como en el caso de los artículos 172 y 168 C.P. Esta caracterización del criterio de subsidiariedad a partir de los "grados diversos de lesión" no parece acertada, pues bien miradas las cosas, entre los artículos 426 y 254 C.P. no se dan grados diversos de una misma lesión jurídica sino lesiones jurídicas completamente diferentes: la propiedad en el primer caso y la integridad colectiva en el segundo; y si por grado diverso de lesión se entiende una jerarquización de los bienes jurídicos, ella es completamente valorativa, y por ende, subjetiva. Además, el problema que tratamos de definir es de tipicidad, y la lesividad del hecho se relaciona con la antijuridicidad. La definición del principio de subsidiariedad "en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando, además, la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante", se acerca más a la naturaleza misma del problema. De hecho, y como enfocamos la cuestión a partir del ordenamiento positivo colombiano, ordinariamente la disposición más general señala una sanción, y cuando se crea una norma especial que excepciona la norma general, ella es más grave, de tal manera que puede establecer la siguiente ecuación: norma general — tipo menos grave; norma especial —

(5) REYES, Alfonso; Derecho Penal, Parte General; Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia; Bogotá, 1972; pág. 184.

(6) *Ibidem*; pág. 182.

tipo más grave. De esa manera, es cierto que la norma menos grave entra en la composición de la norma de mayor gravedad, que es tanto como decir que la norma general entra en la composición de la norma especial. El artículo 426 C.P. define una manera genérica de dañar cosas muebles o inmuebles ajenas, en tanto que el artículo 254 C. P. es una norma especial (más grave) que especifica que las cosas muebles o inmuebles deben consistir en barreras, diques u obras destinadas a la defensa común contra las aguas o a su normal conducción; como es también norma especial el artículo 251 C. P. porque particulariza que la manera de dañar es mediante el fuego. Confrontando el artículo 426 C.P. con los artículos 251 y 254 C.P. aparece claro que la forma general de dañar (art. 426 C.P.) aparece especificada en el artículo 251 C.P.; y que las cosas designadas genéricamente como muebles o inmuebles (art. 426 C.P.) se particularizan como diques, barreras, etc. por el artículo 254 C.P. O lo que es lo mismo: la forma específica de dañar (fuego) contiene la forma genérica "destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier modo dañe"; como los específicos muebles o inmuebles llamados barreras, diques, etc. contienen la idea genérica de cosas muebles o inmuebles. De igual manera la confrontación de los artículos 172 y 168 C.P.\* permite descubrir que el 172 C.P. es una forma genérica de abuso de autoridad y que cuando ella asume la modalidad descrita en el artículo 168 C.P. debe aplicarse ésta.\*\*

En conclusión, el principio de la subsidiariedad no tiene

(\*) Art. 172 C.P.: "El funcionario o empleado público que omite, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave".

Art. 168 C.P.: "El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años". A pesar de que el Profesor Reyes Echandía cita éste como ejemplo de subsidiariedad tácita, el texto del artículo 172 C. P. prueba lo contrario. Si la disposición no contuviera la cláusula de excepción, que es superflua, se descubriría con mayor facilidad la relación de género a especie.

(\*\*) Resulta importante destacar que la expresión "a menos que el hecho constituya otro delito más grave", u otras análogas, que se encuentran en algunos tipos, ninguna indicación aportan para resolver sobre la norma aplicable. Si tal expresión no apareciera en el texto, se aplicaría de todos modos la norma especial; y si acaso el creador de la norma tuviera el desatino de incluir la expresión "a menos que el hecho constituya delito de menor gravedad", se llegaría a conclusiones paradójicas, tal vez absurdas. Si, por ejemplo, el artículo 426 C.P. estuviera así redactado de tal manera, solo cabrían dos posibilidades: a) si el hecho fuera incendio de cosa mueble ajena se apli-

consistencia autónoma. En el fondo no es otra cosa que la presentación, en forma diferente, del principio de la especificidad.

c) El criterio de la consunción lo enuncia así el Profesor Alfonso Reyes, citando a Federico Puig: "Se entiende por principio de consunción aquel que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en sí el desvalor de otro, excluye a éste de su función punitiva". Se enuncia de la siguiente manera: **lex consumens derogat legi consumptae**. En esos casos uno de los tipos 'contiene una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia sino por cuenta del otro tipo'. Este principio tiene aplicación en la figura del delito consumado con relación a la tentativa, pues el desvalor jurídico de ésta cabe íntegramente en el de aquella y por eso la aplicación del tipo que sanciona el delito consumado, excluye la del que incrimina la mera tentativa. De la misma manera, el tipo básico o especial absorbe el dispositivo de la coparticipación en relación con un mismo sujeto. En este orden de ideas, el tipo que describe las lesiones personales es consumido por el que se ocupa del homicidio".<sup>(7)</sup>

La anterior trascripción es completa, y la hemos hecho así porque se nos hace ininteligible. Se trata de una construcción doctrinal artificiosa e inútil. Nadie pretendería aplicar al homicida pena por delito de homicidio y de lesiones personales en concurso material o formal o pena por tentativa de homicidio y homicidio consumado. Es que la idea de delito consumado y delito tentado son excluyentes lógicamente; no puede afirmarse que la una (la del delito consumado) absorbe la otra (la del delito tentado) porque la esencia o estructura de la última radica en la interrupción del proceso ejecutivo, o en otras palabras, la forma de manifestarse el delito consumado es como éxito en tanto que la tentativa se manifiesta como fracaso. Finalmente, hablar de un concurso aparente entre lesiones personales y homicidio es también inexacto, pues podría pregun-

caría el art. 251 C.P. cuando la sanción en éste establecida fuera menor; b) se aplicaría el art. 426 C.P. si la sanción del art. 251 C.P. fuera mayor, pero esto conduciría a que el art. 251 C. P. nunca podría aplicarse. Esta última posibilidad carece de sentido, pero a ella se llegaría si se estableciera que la norma general se aplica cuando contenga una pena mayor que la norma especial.

(7) *Ibidem*; pág. 183.

tarse cuál es la naturaleza de la lesión (por su secuela) que queda absorbida por el homicidio: la pérdida de la función vital?\*

Lo anterior conduce a afirmar que todo caso de concurso aparente de normas o de tipos penales no es más que un caso de concurrencia entre una norma general y una norma especial, caso en el cual debe afirmarse la existencia judicial de la segunda.

### III.- Delito continuado

La figura del "delito continuado" suscita particulares dificultades solamente cuando se desenvuelven parcialmente las consecuencias derivadas de su estructura normativa; pero se clarifica cuando los principios se desarrollan hasta sus posteriores consecuencias, dejando de lado preocupaciones axiológicas.

Sabido es que la figura la originaron consideraciones humanitarias de los prácticos italianos<sup>(8)</sup> para sustraer de la pena de muerte a las personas responsables de tres delitos de hurto, aun de menor entidad, considerándolos como un solo delito. Anotaremos adelante como esta inspiración originaria pervive y ha conducido a nuestros intérpretes a reducir el ámbito material de aplicación del artículo 32 C.P. a cierta categoría de delitos, cuando de su estructura no puede inferirse lógicamente tal restricción.

Preceptúa el artículo 32 del Código Penal: "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de la sexta parte a la mitad". Se cita como ejemplo el de un cajero que proyecta sus-

(\*) Si el autor parte de la idea de que la tentativa es un peligro y el delito consumado una lesión y que el desvalor jurídico de la primera está representado por la amenaza y el del segundo por la lesividad, habría que concluir que los delitos de peligro quedarían absorbidos por los delitos de lesión, cuando esta efectivamente se produjera. La asociación para delinquir por los delitos ejecutados; los delitos contra la integridad colectiva por los delitos de lesiones personales y homicidio efectivamente producidos. En éste caso (art. 363, ord. 8º) puede surgir un delito complejo, pero ésta es especie diversa del concurso aparente; se trataría de saber si existe un solo delito (complejo) o un concurso real de delitos, pero de manera alguna un concurso aparente.

(8) CARRARA, Francesco; Programa de Derecho Criminal; Ed. Temis; Bogotá, 1956; Tomo I, Nº 2.979; parágrafo 514.

traer de los caudales que maneja la cantidad de \$ 50.000.00, pero no lo hace mediante una sola acción sino mediante acciones individuales por \$ 10.000.00 cada una.

### El problema en la doctrina dominante

La doctrina que puede considerarse dominante en la interpretación del artículo 32 C.P., que es muy similar al artículo 81 del C. Penal Italiano, señala tres elementos estructurales del delito continuado: 1º) pluralidad de acciones similares; 2º) identidad de disposición legal violada; 3º) unidad de designio.<sup>(9)</sup>

1º) La pluralidad de acciones (u omisiones) consiste en una multiplicidad de procesos ejecutivos que aisladamente perfeccionan el delito o que permanecen en la esfera de la tentativa, caso en el cual adquieren la calidad de procesos perfectos en virtud de que las acciones realmente consumadas confieren a la totalidad de acciones la calidad de elemento objetivo de la infracción continuada. De ahí que deba distinguirse claramente la pluralidad de acciones de la acción compuesta, en la cual varios actos se orientan a un fin único delictuoso pero formando parte de una acción unitaria que les confiere a todos unidad, como sería el caso de un homicidio perfeccionado mediante envenenamiento progresivo, en el cual cada acto no tipificaría por sí mismo el delito contra la vida sino que la totalidad, llamada acción homicida, cumpliría la función ejecutiva única.

Esta forma que asume el "delito continuado" lo distingue por otra parte del "delito permanente", pues en este caso, en relación con el momento consumativo, solo se requiere una acción que prolongue en el tiempo esa consumación, en tanto que en el "delito continuado" cada acción tipifica en sí un delito, de tal manera que BETTIOL llega a afirmar que por pluralidad de acciones se entiende "pluralidad de delitos"<sup>(10)</sup>, es decir, que la diferencia entre "delito permanente" y "delito continuado" es como la unidad a la pluralidad.

(9) En tal sentido Bettiol; Derecho Penal, Parte General; Ed. Temis; Bogotá, 1965; N° 90; págs. 558 y ss.; Antolisei; Manual de Derecho Penal; Ed. Uteha Argentina; Buenos Aires; 1960; págs. 377 y ss. Mesa Velásquez L. E.; Lecciones de Derecho Penal; Ed. Universidad de Antioquia; Medellín, 1962; pág. 216.

(10) BETTIOL, G. Op. Cit.; pág. 558.

Conviene por último advertir que el "delito continuado" se diferencia del "delito habitual" o "plurisubsistente", pues aunque ambos constituyen unidades delictivas, también como el permanente, en el primero cada acción tipifica la conducta descrita por la norma mientras que el "delito habitual" cada acción aislada carece de esa significación jurídica pero si la tiene la reunión de las varias acciones que el tipo exige para su conformación. Tal sería el caso del artículo 416 C. P.: "El que por más de tres veces obtenga intereses o ventajas usuarias a cambio de préstamos de dinero, estará sujeto a la pena de un mes a un año de arresto y multa de cinco a quinientos pesos".

b) La identidad de disposición legal violada ha sido circunscrita por la doctrina y la jurisprudencia no solo a las formas simples que asume la tipicidad de cada delito sino a sus formas agravadas. El Artículo 81 del C. Penal Italiano así lo preceptúa, cuando establece: "Las disposiciones de los artículos precedentes (se refiere a los que reglamentan el concurso de delitos y de penas), no se aplican a quien comete violaciones de la disposición legal, con varias acciones ejecutivas de un mismo designio delictivo, aún en momentos distintos y de diversa gravedad". A pesar de que nuestro artículo 32 C.P. no contiene esa expresa referencia parece lo correcto aceptar que la identidad de la disposición legal se conserva en el caso en que alguna de las acciones configura un hecho agravado, hipótesis en la cual la sanción señalada para éste se toma como base para graduar la pena que corresponde a la infracción continuada. DELITALA, citado por BETTIOL, aclara con toda exactitud que no se requiere identidad de norma, porque si esta se compone de **precepto** y **sanción**, es evidente que la norma que prevé la gravación es, en cuanto contiene una sanción diferente, una norma también diferente; pero en cambio ambas normas continen idéntico precepto, y es a éste al cual es preciso referir el momento de la identidad de la disposición legal violada.<sup>(11)</sup> Para ser exactos, que la esencia de ambos preceptos es la misma, aunque la forma agravada reviste una modalidad, que en cuanto es precisamente eso, no puede dejar de reproducir "aquello" que constituye el elemento objetivo de la norma incriminatoria principal. Así el tipo puede encontrarse especificado en diferentes disposiciones legales, por

(11) *Ibidem*; pág. 558.

ejemplo el de "hurto" se encuentra en los artículos 397 (L. 21 de 1973, art. 7º) y 398 C.P., entre otros.

c) La unidad de designio es el tercer elemento y constituye la piedra angular de la institución. En otro tiempo se habló de "identidad de designio", con impropiedad, pues cada proceso ejecutivo o acción "se halla animado por una particular resolución y volición correlativa" (12) como lo anota ANTOLISEI; es decir, que los designios que acompañan las diferentes acciones son similares pero no idénticos. Hay que distinguir la "deliberación genérica" de las "deliberaciones específicas" que acompañan cada acción en particular, bastando para estructurar el delito continuado la existencia de la primera. Pero esta deliberación no se circunscribe a un mero proceso intelectual, sino que requiere el concurso de la voluntad orientada a un fin a partir del cual la pluralidad de acciones similares pierde su autonomía para convertirse jurídicamente en fragmentos de la totalidad, según afirma DE MAR-SICO, citado por ANTOLISEI. (13)

Se habla entonces de una voluntad genérica y abstracta aunque DELITALA, apoyándose en CROCE (14), afirma que tal voluntad no es tal, porque "querer abstractamente no es realmente querer. Sólo se quiere en concreto, o sea, en una situación determinada y con una síntesis volitiva correspondiente a dicha situación y que se traduce inmediatamente, o mejor dicho, que sea al mismo tiempo acción efectiva". Pero sea que el designio que menciona el artículo 32 C.P. se entienda como solo proceso intelectual, o proceso intelectual-volitivo, basta él solamente para identificar el delito continuado con relación al factor subjetivo.

La consecuencia más importante derivada de la unidad de designio se refiere al problema del sujeto pasivo del delito, pues mientras algunos afirman que la pluralidad del sujeto pasivo no desintegra la figura continuada\*, otros en cambio predicán la necesidad de dicha individualidad. Alguna parte de la doctrina, mayoritaria entre nosotros, establece sobre el particular una distinción: tratándose, dice, de derechos que

(12) ANTOLISEI, F. Op. Cit.; pág. 379.

(13) *Ibidem*; pág. 379.

(14) BETTIOL, G.; Op. cit.; pág. 560.

(\*) "Así pues, la unidad o la pluralidad de los sujetos pasivos es un criterio falaz para unificar o multiplicar los delitos que dimanán de varios actos materialmente distintos". CARRARA, F.; Op.; cit.; párrafo 532.

se violan en la persona (la vida, la libertad de locomoción, el honor sexual, etc.), la pluralidad de sujeto pasivo desintegra el delito continuado porque respecto de cada ofendido se agota el designio criminal, generando la pluralidad de ellos correlativos designios, con lo cual falta un elemento estructural de la figura; tratándose de derechos que no se violan en la persona (generalmente de contenido económico), la pluralidad de ofendidos no multiplica el designio el cual, permaneciendo unitario, permite la configuración de la infracción continuada. Esto indica que el problema de la unidad del sujeto pasivo es, en último término, el problema de la unidad del designio.

### Nuestra interpretación del artículo 32 C. P.

Con el respeto que nos merece una doctrina sustentada cuantitativa y cualitativamente, nos permitimos exponer a continuación los reparos que le formulamos y la que consideramos ajustada con lógica al texto del artículo 32 del Código Penal Colombiano.

Aclaremos primero que todo que no es completamente exacto señalar como elemento constitutivo del delito continuado la pluralidad de "acciones" similares. Referente al texto del artículo 81 del C. Penal Italiano, el cual habla de "acciones u omisiones de un mismo designio criminal", BETTIOL ha encontrado incorrecto el término "acciones", por lo cual precisa que por pluralidad de acciones se entiende, pues, una pluralidad de delitos. (15) Si se señala como incorrecto el empleo del término "acciones" al comentar un texto legal que explícitamente lo utiliza, menos preciso resulta hacerlo con referencia a nuestro artículo 32 C.P. que solo habla de "infracción repetida" de una misma disposición de la ley penal. Cuando el artículo 32 C.P. emplea el término "hecho" este hay que tomarlo en su significación de delito" (quizás también de contravención), y por tanto, entender que se considera como un solo delito una multiplicidad de **hechos de conducta**. Importa esta aclaración porque la "acción" propiamente considerada puede configurar un delito en sí misma (falso testimonio, calumnia, bigamia, etc.), pero puede constituir solo una parte del tipo objetivo, al lado del resultado natural y del nexo causal. Esta interpretación del término "acción" impide que, sin

(15) *Ibidem*; pág. 558.

respaldo positivo ninguno, se restrinja el ámbito material del delito continuado a los delitos de pura actividad, a menos que, como BETTIOL, se identifique "acción" con "delito" (lo que sin embargo, no deja de tener sus reparos, como adelante se anotará). Pero además, porque es bien sabido que los distintos hechos objetivos pueden proceder de una sola acción o de varias acciones, y no se ve razón para negar la existencia de delito continuado cuando las distintas objetividades tienen una sola procedencia ejecutiva\*.

La expresión legal de que se considera como un solo "hecho" la "infracción repetida" de una disposición penal implica una consecuencia de importancia. La sola denominación doctrinaria de "delito continuado" induce a pensar que los diferentes hechos deben sucederse en el tiempo, esto es, continuarse. Pero esta inferencia carece de asidero legal porque lo exigido por el artículo 32 C.P. para la estructura de la figura en él contenida es que la infracción de la ley penal sea repetida, y si bien es cierto que de ordinario la repetición se sucede en el tiempo, nada se opone a que sea simultánea, vale decir, a que una misma disposición se viole repetidamente en un mismo momento. Por eso la expresión "delito continuado" (así, entre comillas) designa una figura que no requiere la continuación como su estructura sino la multiplicidad, lo cual es cosa diferente.

Este capítulo sobre el delito continuado reproduce en líneas generales un artículo que sobre el mismo tema habíamos publicado en la revista "Temas de Derecho Penal Colombiano", número 9. En esa oportunidad sostuvimos la tesis de que el delito continuado tenía la naturaleza jurídica del concurso material de delitos, y que al tratarlo como un solo delito se establecía una ficción jurídica por el artículo 32 C. P. Para sustentar la teoría de la ficción partíamos de la consideración de que la ley trataba "como un hecho la existencia plural de varios". Hoy rectificamos semejante punto de vista. En primer lugar, porque el artículo 32 C.P. no declara tal cosa sino que

(\*) La doctrina conoce casos en que con una sola acción se producen varias muertes, tradicionalmente calificados como concursos materiales de delito con prescindencia, por tanto, de la esfera normativa del artículo 32 C.P. Que no se aduzca como razón para aplicar el artículo 33 C. P. la expresión "varios delitos cometidos... conjuntamente", porque éste no es el único evento en que pueden cometerse conjuntamente varios delitos: pensemos en el caso del funcionario público que lesiona a una persona en el momento de privarla arbitrariamente de su libertad (art. 33 C.P. en concordancia con los artículos 371 y 295 C.P.).

su sentido es que varios hechos (plano natural) configuran un solo delito (plano normativo); habría una ficción si lo que es plural como fenómeno debiera tenerse como unitario en ese mismo plano. En segundo lugar, porque la naturaleza del mundo causal no determina la naturaleza del mundo normativo, y si se habla de una ficción jurídica es porque se cree que determinados hechos necesariamente deben adquirir cierta entidad jurídica que, al serles negada por el legislador, dejan de ser lo que "ontológicamente son" para ser otra cosa, una "ficción jurídica".

Falta referirnos al problema del sujeto pasivo. En esta materia discrepamos igualmente de la doctrina dominante para concluir que en ningún caso es necesaria tal unidad. La doctrina citada hace la distinción entre derechos que se violan en la persona (derechos personalísimos) y derechos que no se violan en la persona, pero ella adolece de dos fallas fundamentales: a) atribuye a los derechos tutelados por el ordenamiento penal diversa naturaleza, cuando se trata simple y llanamente de derechos de las personas, y tanto vale como derecho el de la propiedad que el de la vida, pues es la persona quien es titular de uno y otro; b) tiende a "antropomorfizar" la figura del delito continuado al establecer un límite a la extensión del designio a partir de la individualidad "hombre", pues desde este punto de vista el "hombre" es objeto material del delito lo mismo que lo es una cosa mueble o inmueble, o en otras palabras, que el criterio para identificar el delito continuado es puramente formal: múltiple violación de una misma disposición de la ley penal con un mismo designio, y no la situación antropológica de los bienes jurídicos lesionados\*.

Afirmar que en los delitos en los cuales "el derecho se viola en la persona" (como si los derechos fueran algo real), el designio se agota en ella, es desconocer los términos del artículo 32 C. P. Ya hemos señalado que la figura se estructura con un "mismo designio", el cual es genérico, abstracto; pero es necesario, además, que en cada hecho se especifique ese ele-

(\*) Semejante perspectiva conduce a identificar "acción" con "sujeto pasivo", pues a cada ofendido corresponde una acción individual. Con este criterio habría que concluir también que la violencia carnal, pongamos por caso, no admitiría la figura continuada aunque uno fuera siempre el ofendido, pues el propósito se agotaría con cada acción. Siguiendo ese punto de vista apliquémoslo a este evento: "A" con propósito de matar a "B" y "C" les dispara un solo proyectil y los mata. Habría que considerar aquí dos acciones (y dos delitos), solución que no parece acertada.

mento subjetivo, lo cual debe ocurrir no solamente en un abuso de confianza continuado sino en un homicidio continuado. Si, por ejemplo, "A" proyecta apoderarse de \$ 50.000.00 tomados de los caudales que maneja, mediante sustracciones parciales de \$ 10.000.00 cada una, actúa con un designio unitario que abarca la totalidad, y con designios especificados (intelectivo-volitivos) al consumir cada sustracción de \$ 10.000.00. En un segundo ejemplo "A" planea matar una familia compuesta por cinco personas, y para lograrlo se vale de acciones aisladas mediante las cuales consuma homicidios en número de cinco; en éste caso obra también con un designio unitario genérico y con designios especificados. No vemos con qué razón puede declararse que el designio unitario genérico concurre en el primer caso pero no en el segundo; o que en el primer caso no existen designios especificados que **permitan aislar las diversas individualidades fenoménicas y si existen**, en cambio, en el segundo. Desde el marco de referencia del artículo 32 C. P. ambas situaciones deben ser analógicamente valoradas porque para la existencia del delito continuado solo se requiere el designio unitario, precedente y genérico, y en ambos casos aparece. Y no se puede negar al homicidio continuado tal calidad en virtud de que cada homicidio requiere un dolo especificado, pues habría que negar también el abuso de confianza continuado porque cada sustracción requiere correlativamente un dolo especificado\*.

Una última razón es de orden puramente técnico. El artículo 32 C.P. está ubicado en la Parte General, cuyas disposiciones se relacionan con todas las figuras delictivas de la parte especial, siempre que su naturaleza sea compatible. Así, por ejemplo, la culpa se restringe a unos pocos tipos según expresa referencia que aparece en cada Título o Capítulo; el artículo 28 C.P., compatible solo con algunas infracciones. Si el Código Penal restringiera su artículo 32 C. P. a una categoría de delitos, existiría la respectiva indicación normativa.

Ocurre que la inspiración que históricamente originó la aparición de la figura del delito continuado sigue ejerciendo su influencia a nivel inconsciente, y como fue ideada para de-

(\*) Existen sí algunos delitos incompatibles con la forma continuada. Son los culposos, que excluyen el propósito de delinquir. Las contravenciones, en cambio, admiten la figura porque el artículo 32 C.P. habla de infracción repetida de una disposición de la ley penal, sin distinguir (Cfr. D. 522 de 1971, arts. 62 y 104).

litos contra la propiedad, la doctrina pretende reducir sus términos a los delitos de contenido económico. Así, la historia de las instituciones jurídicas llega a convertirse en un lastre del pensamiento jurídico. Restringir el delito continuado reglamentado por el artículo 32 C.P. a delitos de contenido económico se explica por una valoración a la cual personalmente adherimos, pero tal valoración de nada sirve para analizar un problema de orden puramente normativo. El artículo 32 C.P. es aplicable a toda clase de delitos (a diferencia, por ejemplo, de la culpa —art. 12 C.P.—, de la ira o intenso dolor —art. 28 C.P.—, de la riña imprevista —art. 384 C.P.—, de la complicidad correlativa —art. 385 C.P.—) y no a una categoría de delitos; y respecto de los delitos es indiferente que el sujeto pasivo sea único o plural.

#### IV.- Delito complejo

Algunos autores<sup>(16)</sup> consideran el delito complejo como un caso de protección a diversos bienes jurídicos, aunque solo adquieren la fisonomía de un sólo delito. Se cita como ejemplo el del rapto (art. 349 C.P.), delito mediante el cual se tutelan el bien jurídico de la familia y el de la libertad de locomoción, aunque en razón de valoraciones que hace el legislador, la infracción queda caracterizada solo como tutela del bien de la familia.

Otros autores<sup>(17)</sup> tienen del delito complejo una idea similar pero no enteramente idéntica a la anterior. Entienden que en el delito complejo se da la lesión de varios bienes jurídicos, pero que la unidad delictiva depende enteramente de su consagración normativa porque, de no existir disposición al respecto, se configurarían dos delitos diferentes. Se cita como ejemplo el del artículo 318 C.P., cuando los actos violentos no solo ofenden la libertad y el honor sexual sino también la integridad personal o la vida, si es que como consecuencia de la violencia se producen lesiones personales o la muerte. Con toda razón, observan, que si una disposición como la del artículo 318 C.P. no existiera, una violencia carnal con secuela de grave daño en la salud debería calificarse como delito de violencia carnal y de lesiones personales, en concurso material. Este punto de vista aparece ampliado por el mismo autor, en su calidad de magistrado ponente, en providencia

(16) REYES, Alfonso; *La Tipicidad Penal*; Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia; Bogotá, 1967; pág. 160.

(17) MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo; *Op. cit.*; págs. 182 y 183.

de casación proferida por la Corte Suprema de Justicia con fecha septiembre 3 de 1971, y la cual dice en lo pertinente: "El denominado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuera posible, constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos o situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio de **non bis in idem**".<sup>(18)</sup> (Subrayado en el texto.

Conviene destacar que, a diferencia de otras legislaciones, la colombiana no contiene ninguna referencia al delito complejo. Por eso su determinación tiene que ser doctrinaria y jurisprudencial, y concretamente el fallo de la Corte antes mencionado sigue la noción que del mismo suministra el artículo 84 del Código Penal Italiano el cual establece que las disposiciones relativas al concurso de penas "no se aplican cuando la ley considera como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes de un solo delito, hechos que constituirían, por sí mismos, delitos". De las nociones atrás relacionadas nos parece que debe descartarse la primera porque hace depender la estructura del delito complejo de cuestiones puramente secundarias. Ocurre con frecuencia que al tutelar un concreto bien jurídico, creando la respectiva figura delictiva y asociándole una pena, resulta una consecuencia derivada consistente en la protección de otros bienes jurídicos, a veces sin posibilidad de jerarquización entre ellos. Si al tutelar el bien jurídico de la familia mediante la reglamentación del rapto (arts. 349 y ss.), también resulta tutelado el bien jurídico de la libertad de locomoción, ello depende de una situación de hecho; pero afirmar que la familia es un bien jurídico de mayor jerarquía que la libertad de locomoción, y es por esto por lo que la regulación se da como de rapto y no de secuestro, es

(18) Foro Colombiano; Tomo V; Año 3º; N° 28; pág. 468.

una apreciación enteramente subjetiva del Profesor Alfonso Reyes. No encontramos un criterio objetivo que nos permita tener como válida esa categorización. Lo que ocurre con el rapto sucede con muchos tipos penales: el delito de incendio tutela la integridad colectiva, pero de contera representa también una tutela del derecho de propiedad; el homicidio se dirige a amparar la vida, pero conlleva también una garantía para la integridad personal; la falsedad de documentos tutela en general la fe pública, pero muchas veces se deriva una tutela a la propiedad (escrituras públicas), a la administración pública y a la administración de justicia; la falsedad monetaria protege la fe pública y en forma derivada la propiedad; la falsedad de estampillas a la vez que tutela la fe pública implica una garantía al patrimonio fiscal del Estado. Esa situación verificable de que una clase o categoría de delito, definible como protección a un concreto bien jurídico, implique de manera secundaria la protección de otros bienes jurídicos, depende de la naturaleza de la regulación jurídico-penal destinada a garantizar la intangibilidad de bienes jurídicos que con frecuencia se superponen o entrecruzan; pero derivar de ahí la existencia de un categoría especial de delitos, fuera de que no conduce a ninguna consecuencia práctica, parece completamente inconsistente.

La segunda definición se acerca más a la idea que puede presentarse del delito complejo. Decimos que se acerca porque no es exacta. No lo es en su descripción en el mismo sentido en que es incorrecta la primera, esto es, por hacer depender la naturaleza del delito complejo de la diversidad de lesiones jurídicas. Pero su ejemplo nos acerca realmente a la entidad del delito complejo, porque si bien en dicho caso (art. 318 C.P.) se da una doble lesión jurídica, no es menos cierto que lo característico es la existencia de varios hechos, a saber: el acceso carnal violento y la muerte o el grave daño en la salud, y de esta dualidad fáctica depende la dualidad de lesiones jurídicas. Esta idea, apenas embrionaria, aparece desarrollada en la sentencia cuyo aparte transcribimos bajo la forma de diversidad objetiva de hechos. Consideramos acertada esta caracterización porque si puede llamarse **simple** el delito que deriva su estructura de la existencia de una sola materialidad, puede llamarse **complejo** el delito que permaneciendo uno deriva su estructura de la concurrencia de varias objetividades. Generalmente el delito complejo es una forma agrava-

da, pero sigue siendo un solo delito. Otras formas de delito complejo aparecen en los artículos 242 C.P. (el hecho de la falsificación y el hecho del uso) y 387 C.P. (el hecho de la muerte del feto y el hecho de la muerte de la madre).

Aunque esta caracterización del delito complejo es clara, no podemos dejar de ensayar su distinción del concurso aparente de normas, pues el fallo de la Corte que venimos mencionando incurre en el equívoco de tratarlos a veces como figuras idénticas. "Importa anotar, dice un aparte de la sentencia, que aunque el Código Penal colombiano no contiene en sus normaciones generales previsión acerca del delito complejo, como sí ocurre en otras legislaciones, entre ellas la italiana (art. 84) es incuestionable que en algunas de las conductas que describe en la parte especial se observan las características propias de aquel fenómeno. Así acontece, a guisa de ejemplo, en la concusión (art. 156), en la detención arbitraria (art. 295), en el robo con violencia que cause daño a las cosas (art. 402), en la violencia carnal cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren a ésta la muerte o grave daño en la salud (arts. 316 y 318), en el abandono de niños a consecuencia del cual resultare la muerte del abandonado (arts. 395 y 396), y en el hurto cometido en un lugar habitado (arts. 397 y 398 num. 4). En los eventos citados no podría imputarse al agente concusión y abuso de autoridad, ni detención arbitraria y abuso de autoridad, ni robo y defraudación por daño en cosa ajena ni violencia carnal y homicidio o lesiones culposos, ni abandono de niños y homicidio culposo, ni hurto y violación de domicilio, sino únicamente el delito mencionado en cada uno de los primeros extremos, como que los hechos que en su orden configurarían los delitos de abuso de autoridad (art. 171), defraudación por daño en cosa ajena (art. 426), homicidio o lesiones culposos (arts. 370 y 371 —sic— y ss.), homicidio culposo (art. 370) y violación de domicilio (art. 302), son en tales hipótesis, por voluntad del legislador, elementos constitutivos de la infracción (casos de los arts. 156, 295, y 402) o circunstancias agravantes del delito (casos de los arts. 318, 396 y 398, num. 4), sin que jurídicamente sea posible su separación para integrar tipos penales autónomos, concurrentes con el delito a que se ligan, pues se reprimiría doblemente el mismo hecho, con desconocimiento del principio atrás enunciado del "non bis in idem" o no dos veces sobre lo mismo". (18 bis) (Subrayado en el texto). Los an-

tes enunciados no son todos casos de delitos complejos; algunos son hipótesis de concurso aparente de tipos. El concurso aparente tiene un perfil muy claro frente al delito complejo, como que en el primero se da **un solo hecho**, una sola objetividad, en tanto que en el delito complejo se manifiestan **varios hechos**, varias materialidades. Si es preciso distinguir el concurso aparente de otra figura jurídica es del concurso ideal, porque en él también se manifiesta la unidad de hecho aunque con pluralidad delictiva. Los casos de concusión y detención arbitraria son casos de concursos aparentes de normas, como que hay una sola objetividad (la exigencia, la privación de la libertad) y su concurrencia con el abuso de autoridad es aparente. En cambio, los casos de robo con violencia que cause daño en las cosas, violencia carnal que ocasione la muerte o grave daño en la salud y hurto cometido en un lugar habitado son verdaderos delitos complejos, pues aparecen varios hechos integrando las respectivas figuras delictiva: la sustracción y el daño en las cosas, el acceso carnal y la muerte o las lesiones, la sustracción y la penetración en lugar habitado. Lo mismo ocurre con el abandono y la muerte, producida ésta por el primer hecho.

La noción del delito complejo sirve como auxiliar interpretativo. Como el delito complejo es la regulación como un solo delito de varios hechos, constituye una excepción a las reglas generales del concurso real de delitos y conduce a examinar muchas figuras delictivas para determinar si ellas son delitos únicos de forma compleja o verdaderos concursos de delitos. Bajo ésta nueva luz, por ejemplo, se está examinando por reciente doctrina jurisprudencial el artículo 363 C. P. en sus ordinales 3º y 4º (también lo sería en su ordinal 8º) para enfrentar a la tradicional interpretación del concurso material de infracciones la nueva de delito único complejo.

#### COROLARIO.- La atipicidad

Habíamos dicho al principio de estos apuntes que la función del Juez en el examen de los hechos sometidos a su decisión podía terminar con la formulación del juicio de conformidad del hecho real con el modelo legal, vale decir, con la afirmación de la tipicidad, o podía concluir negando tal conformidad entre tipo y conducta, esto es, afirmando la atipicidad y negando con ello la existencia de un delito. El contenido de

la decisión judicial es uno de estos extremos: la tipicidad o la atipicidad. Pero la función científica de descripción del derecho positivo se agota en la tipicidad; al análisis de todos y cada uno de los factores cuya no concurrencia genera la atipicidad es un trabajo de duplicación, completamente inútil. Muchos factores deben acumularse en la conducta para predicar su tipicidad; la falta de alguno de ellos genera, como corolario, la atipicidad. Esto basta para definirla. Por tanto, la atipicidad es una, sin calificativo de ninguna naturaleza. La idea de que existe una atipicidad relativa fuera de una atipicidad absoluta es, además de equivocada, inútil. "Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido; es esta la inadecuación típica propiamente tal y podríamos hablar de una atipicidad relativa..."; "Cuando la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas; no es esta una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta de tipo; nos parece que en este caso debería hablarse de una **atipicidad absoluta**".<sup>(19)</sup> (Las subrayas son del texto). Esta transcripción denota lo inconsistente de la clasificación. Si se habla de tipicidad relativa, ello es solo posible mediante un método analógico que permite afirmar que la conducta real no está descrita en un concreto tipo penal aunque conductas análogas si lo están. Tal ocurre con la tenencia de moneda falsificada que no tiene curso legal en Colombia, que no está descrita por ningún tipo penal, aunque conductas similares si lo están: **tenencia** de moneda falsificada que tiene curso legal en Colombia (art. 214 C. P.) y fabricación, alteración o introducción al país de moneda **sin curso legal** en Colombia (art. 215 C. P.).

La conducta del ejemplo se parece a la figura del artículo 214 C.P. en cuanto esta prevé la tenencia de moneda falsificada, y es análoga a la figura del artículo 215 C.P. en cuanto allí se regulan varias formas de falsificación de moneda sin curso legal en Colombia. Y se habla de atipicidad absoluta cuando ni la conducta concreta ni conductas similares están tipificadas en la ley penal, y se cita como ejemplo el adulterio, como podrían serlo también el incumplimiento de un contrato o el enriquecimiento sin causa. En verdad, lo que determina la atipicidad es que la conducta concreta no se encuentre plasmada en un modelo penal, con absoluta prescindencia de

(19) REYES, Alfonso; La Tipicidad Penal; pág. 246

si conductas parecidas están o no están esquimatizadas en un tipo. Se trata, por tanto, de la atipicidad simple y llanamente.

Podemos inferir otra idea de la atipicidad relativa, también errónea. Se piensa que es atípica relativamente la conducta que no encaja en un tipo penal determinado pero que sí se amolda a otro. "El hecho es atípico cuando falta uno cualquiera de los elementos descriptivos de la conducta típica; así, por ejemplo si no hubo 'acceso carnal', el acto libidinoso ejecutado sobre alguien aún con el empleo de la violencia, no configura la violencia carnal prevista en el art. 316 del C. P."<sup>(20)</sup>. Según los términos de este ejemplo debe inferirse que sí se tipifica, en cambio, un delito de abusos deshonestos (art. 323 C. P.) o un delito de corrupción de menores (art. 325 C. P.). Pero esa manera de presentar los hechos obedece a la elaboración de un preconcepto (el de la violencia carnal) respecto del cual se afirma la atipicidad (relativa) y, desde otra perspectiva (la correcta) la tipicidad. Extremando las cosas (y a eso puede llegarse porque estamos situados en el terreno del absurdo) puede sostenerse que todas las conductas delictuosas son relativamente atípicas: el hurto no es homicidio ni violencia carnal; la falsedad monetaria no es incesto; el rapto no es típico de ninguna de las otras figuras de la parte especial. Una conducta real armoniza con alguno de los tipos de la parte especial y se dice de ella que es típica; o no concuerda con ninguno y se dice que es **atípica**, sin más calificativos.

(20) *Ibidem*; pág. 259.