

EL DELITO CONTINUADO

DR. FERNANDO MEZA MORALES

La figura del "delito continuado" ofrece particulares dificultades cuando sólo se desenvuelven parcialmente las consecuencias que se derivan de su estructura normativa; pero se clarifica cuando los principios se desarrollan hasta sus últimas consecuencias, dejando de lado preocupaciones puramente axiológicas.

Sabido es que la figura la originaron consideraciones humanitarias, mediante las cuales los prácticos italianos del Derecho Penal sustrajeron de la pena de muerte a las personas responsables de tres delitos de hurto, aún de menor entidad, considerándolos como un solo delito. Veremos en otro lugar como esta inspiración originaria pervive en forma tal, que ha conducido a nuestros intérpretes a restringir el ámbito de aplicación del artículo 32 del Código Penal Colombiano a cierta categoría de delitos cuando de su estructura no puede inferirse con lógica tal restricción.

Artículo 32.

"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".

Ejemplo.

Es clásico el ejemplo: un cajero proyecta sustraer de los caudales que maneja, la suma de \$ 50.000.00, pero no lo hace mediante una sola acción sino mediante acciones individuales que consuma en sustracciones de \$ 10.000.00 cada una.

EL PROBLEMA EN LA DOCTRINA DOMINANTE

La doctrina que puede considerarse dominante para resolver el problema planteado a la luz del artículo 32 C. P., que es muy similar al artículo 81 del Código Penal Italiano, señala tres elementos estructurales del "delito continuado".

- a) Pluralidad de acciones similares;
- b) Identidad de disposición legal violada;
- c) Unidad de designio.

En tal sentido BETTIOL, Derecho Penal, Parte General, págs. 558 y SS.; Temis, Bogotá; ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, pág. 377; UTEHA, Argentina; MESA VELASQUEZ, Lecciones de Derecho Penal, pág. 216, Editorial U. de A., Medellín.

La pluralidad de acciones (u omisiones) consiste en una multiplicidad de procesos ejecutivos que individualmente 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 forman parte de una acción unitaria que les confiere a todos unidad, como sería el caso de un homicidio perfeccionado mediante envenenamiento, ejemplo en el cual cada acto no tipifica por sí el delito contra la vida sino que es la totalidad, llamada acción, la cual recibe el nombre de "acción homicida".

Esta forma que asume el "delito continuado" lo distingue por otra parte del delito permanente, pues en éste, 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" (Op. Cit., pág. 558), es decir, que la diferencia entre delito permanente y "delito continuado" es como la unidad a la pluralidad.

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 Código Penal italiano así lo preceptúa, cuando dice:

"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 varias violaciones de la disposición legal,

con varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo designio delictivo, aún en momentos distintos y de diversa gravedad".

Y a pesar de que entre nosotros el artículo 32 C. P., no hace referencia expresa, parece correcto aceptar que la identidad de la disposición penal se conserva en el caso de que alguna de las acciones produzca un hecho agravado, caso en el cual la sanción señalada para éste se toma como base para graduar la pena que corresponde a la infracción continuada. DELITALA, citado por BETTIOL en su mencionada obra, página 558, aclara con toda exactitud que no se requiere *identidad de norma*, porque si ésta se compone de "precepto" y "sanción", es evidente que la norma que prevé la agravación es, en cuanto contiene una sanción diferente, una norma diferente; pero afirma en cambio que ambas normas contienen idéntico precepto, y es a éste al cual es preciso referir el momento de la identidad de disposición legal violada. Para ser exactos, la sustancia de ambos preceptos es la misma, aunque la forma agravada reviste una modalidad, que en cuanto es precisamente éso, no puede dejar de reproducir en esencia "aquello" que constituye el elemento objetivo de la norma incriminatoria principal. Así, la tipicidad puede encontrarse especificada en disposiciones legales distintas, por ejemplo la de "hurto", que se encuentra en el artículo 1º de la ley 4ª de 1943 y en el artículo 398 del Código Penal.

La *unidad de designio* es el tercer elemento, y constituye la piedra angular de la institución. En otras épocas se hablaba de "identidad de designio" con impropiedad, puesto que cada proceso ejecutivo o acción "se halla animado por una particular resolución y volición correlativa" como lo anota ANTOLISEI (Op. Cit., pág. 379), es decir, que los designios que acompañan las diferentes acciones son similares pero no idénticos. Por eso se distingue entre "deliberación genérica" y "deliberaciones específicas" para cada acción 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 en fragmentos de la totalidad, según afirma DE MARSICO, citado por ANTOLISEI (Op. Cit., pág. 379). Se habla entonces de una voluntad genérica o abstracta, aunque DELITALA, refiriéndose a CROCE, afirma que tal voluntad no es tal, porque "querer abstractamente no es realmente querer. Solo 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" (citado por BETTIOL, op cit., pág. 560). Pero sea que el designio al cual se refiere 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 que se deriva 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 sostienen que es necesaria tal unidad. Alguna parte de la doctrina, mayoritaria por cierto, establece a este respecto una diferencia: tratándose, dice, de derechos que no se violan en la persona, la pluralidad de sujeto pasivo no desintegra la continuación; pero cuando estamos frente a derechos que 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 persona se agota el designio criminal, generando entonces la pluralidad de ofendidos, pluralidad de designios, con lo cual falta un elemento estructural de la institución que tratamos. El problema de la unidad de sujeto pasivo se reduce, por consiguiente, al problema de la unidad o pluralidad de designio criminoso.

NUESTRA INTERPRETACION DEL ARTICULO 32 DEL CODIGO PENAL

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

En primer lugar, juzgamos inexacto señalar como elemento del "delito continuado" la pluralidad de acciones similares. Dentro del contexto del mismo artículo 81 del Código Penal Italiano, a pesar de que expresamente habla de "acciones u omisiones ejecutivas de un mismo designio criminal", BETTIOL ha considerado incorrecto hablar de "acciones", por lo cual precisa que "por pluralidad de acciones se entiende, pues, una pluralidad de delitos". Y si es incorrecto emplear el término "acciones" frente a un texto que expresamente emplea la dicción, menos preciso resulta hacerlo con referencia a nuestro artículo 32 que solo habla de "infracción repetida" de una misma disposición de la ley penal. Cuando el artículo 32 emplea el término "hecho",

éste aparece tomado en la significación de delito (o contravención), y por tanto, que se considera como un solo delito la multiplicidad de delitos. Importa la aclaración porque la acción propiamente considerada, o la omisión, pueden constituir delitos por sí mismas, o pueden actuar como causas de resultados típicos, con lo cual se reduciría, sin respaldo positivo alguno, el ámbito del "delito continuado" a los delitos de pura acción o de pura omisión, a menos que, como BETTIOL, se identifique acción con delito. Pero además, porque es bien sabido que los distintos hechos objetivos pueden proceder de una acción o de varias acciones, y no podría afirmarse "delito continuado" cuando las distintas objetividades procedieran de una sola acción.

La afirmación de que se considera como un solo delito ("hecho") varios delitos ("infracción repetida") implica una consecuencia de importancia. La sola enunciación de la figura, "delito continuado", induce a pensar que los diferentes delitos (hechos) deben sucederse en el tiempo: deben *continuarse*. Pero es esta una inferencia que ha hecho la doctrina sin asidero legal, ya que lo que exige la norma contenida en el artículo 32 C. P., para que se configure la institución es que la infracción de la ley penal sea repetida, y si bien es cierto que de ordinario la repetición tiene sucesión en el tiempo, nada se opone a que sea simultánea, es decir, a que una misma disposición se viole repetidamente en un mismo momento. Por eso la expresión "delito continuado" (que hemos venido escribiendo entre comillas), designa una figura que no exige la continuación como su estructura sino la multiplicidad, que no es lo mismo.

Si la multiplicidad de delitos, que "se considera como un solo hecho" o delito, es lo que caracteriza el "delito continuado", ya podemos pensar que su naturaleza jurídica es la de un concurso de delitos tratados en forma diferente. Desde este punto de vista es obvio que nos encontramos frente a una ficción jurídica; la misma redacción del artículo 32 C. P., así induce a pensarlo, pues *considera como un solo hecho* la existencia plural de varios, con lo cual niega esa naturaleza plural para atribuirles calidad unitaria. Estamos, pues, en este punto, plenamente identificados con BETTIOL, cuando afirma que en el "delito continuado" estamos en presencia de una "ficción legal". "Hay ficción, especifica el citado autor, en todo caso en que el legislador le asigna a un hecho o conjunto de hechos, el régimen jurídico de otro u otros distintos, aún sabiendo que entre ellos no existe vínculo de correlación" (Op. Cit., pág. 556).

Si el artículo 32 no hubiera sido incluido en el Código Penal o si fuera derogado, es indudable que esta multiplicidad de delitos

quedaría sometida al régimen del concurso de delitos. Y reuniría todos los elementos, pues además de las simples objetividades, todos estarían dotados de elemento subjetivo, pues como dijimos, a pesar de que medie un designio genérico, cada hecho queda especificado al momento de su realización por su intención peculiar, bien en forma separada o bien en forma conjunta cuando se produjeran simultáneamente.

Falta referirnos al problema del sujeto pasivo. En este punto discrepamos igualmente de la doctrina dominante y concluimos que en ningún caso es necesaria tal unidad. La consideración que hace la citada doctrina al distinguir entre derechos que se violan en la persona y derechos que no se violan en la persona, tiene dos fallas fundamentales:

a) Atribuye a los derechos tutelados por el ordenamiento penal una naturaleza distinta, cuando en realidad se trata simplemente de derechos de las personas, y tanto vale como derecho el de la propiedad como el de la vida, pues es la persona quien es titular de uno y de otro.

b) Tiende a "antropomorfizar" la figura del "delito continuado", pues establece un límite a la extensión del designio sobre la base de la individualidad "hombre", ya que 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", el designio se agota en ella, es desconocer realmente los términos del artículo 32 C. P. Ya hemos sentado que para que la figura se estructure se requiere un "mismo designio", genérico, abstracto, pero que es necesario, además, que en cada hecho se especifique ese elemento subjetivo, lo cual ocurre no solo en un abuso de confianza continuado sino en un homicidio continuado. Si, por caso, A proyecta apoderarse de \$ 50.000.00 tomados de los caudales que maneja, mediante sustracciones parciales de \$ 10.000.00, obra con un designio unitario que abarca la totalidad, y con designios especificados (intelectivo-volitivos), al consumir cada sustracción de \$ 10.000.00. Y un segundo caso: A planea matar una familia compuesta de cinco personas, y para hacerlo se vale de acciones aisladas mediante las cuales consuma homicidios en número de cinco; en este caso obra

también con un designio unitario y genérico, y con designios especificados. No vemos con que razón puede negarse, entitativamente, que el designio genérico concurre en el primer caso y no en el segundo; o que en el primer caso no existen designios especificados que permitan aislar las diversas individualidades delictivas y sí existen en el segundo, de tal manera que aisladas esas individualidades se niegue el "delito continuado" para afirmar en su lugar el régimen ordinario del concurso de delitos. Desde la perspectiva del artículo 32 C. P., ambas situaciones deben recibir el mismo tratamiento jurídico, porque para que exista "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 igualmente un dolo especificado.

Una razón última es de orden puramente técnico. El artículo 32 se encuentra ubicado en la Parte General del Código Penal, cuyas disposiciones valen para todos los delitos de la parte especial, siempre que sean compatibles con su naturaleza. Así, por ejemplo, la culpa, que se restringe a las figuras delictivas por expresa referencia que aparece en la parte especial; el artículo 28, cuya naturaleza es compatible solo con algunas infracciones. Si el Código Penal restringiera la figura del artículo 32 a una categoría especial de delitos, existiría una indicación normativa, que en parte alguna aparece en todo el contexto de nuestro estatuto.

Ocurre que la inspiración que originó la figura del "delito continuado" sigue ejerciendo inconcientemente su influencia, y como fue ideada para delitos contra la propiedad, la doctrina quiere reducir sus términos a tal categoría de delitos. Así, la historia de las instituciones jurídicas se convierte en un lastre que impide la evolución del Derecho. 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 nos sirve para analizar un problema de orden puramente normativo. El artículo 32 C. P. se refiere a toda clase de delitos (a diferencia, por ejemplo, de la culpa —art. 12—, de la ira o intenso dolor —art. 28—, de la riña imprevista —art. 384—, de la complicidad —art. 385—), no a una categoría de delitos; y respecto de todos los delitos es indiferente que el sujeto pasivo sea único o plural.