

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

Capítulo 14



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

LOS DELITOS CONTINUADO Y MASA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ¹

I. Introducción. II. La unidad de acción y sus elementos constitutivos. III. El delito continuado. 1. Origen. 2. Fundamento. 3. Naturaleza jurídica. 4. Concepto. 5. Requisitos. A. Consideraciones generales. B. Elementos estructurales. a. Externos. a.1. Unidad de sujeto activo. a.2. Unidad de acción final. a.3. Unidad normativa relativa: infracción de la misma disposición o de una semejante. a.4. Exclusión de ofensas a bienes jurídicos altamente personales, salvo que haya identidad de sujeto pasivo del delito. a.5. Unidad o pluralidad de sujeto pasivo. a.6. Otras exigencias. b. Interno. IV. El delito masa. 1. Origen y fundamento. 2. Naturaleza jurídica. 3. Concepto. 4. Requisitos. 5. ¿Modalidad de delito continuado o figura independiente? V. Las figuras en el CP 1991. 1. Antecedentes. 2. La fórmula actual. 3. Un punto de partida. A. Sobre la naturaleza y el fundamento. B. Concepto. C. Los componentes. D. Figuras previstas. E. Punición de las figuras. 4. El Anteproyecto de Parte General de Código Penal de 2004. VI. Conclusiones.

1 Al terminar la revisión de este texto (dos de agosto de 2008), me llegó la dolorosa noticia sobre el lamentable estado de salud que atraviesa el muy querido amigo y profesor Juan Bustos Ramírez; a él, que ha luchado como un verdadero gladiador a lo largo de su vida por un derecho penal garantista, llenándonos a todos de afecto y generosidad, va dedicado con profunda emoción este escrito.

I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la conmemoración de los diez años de la entrada en vigencia del CP 1991, a cuyo efecto se dedicó un número del Anuario de Derecho Penal, se aprovechó ese espacio académico para examinar la problemática del delito continuado —y con él, la del llamado «delito masa»— de cara al art. 49 CP que fuera objeto de reforma en 1996; ahora, se revisa esta colaboración en su integridad para actualizarla y darla de nuevo a la luz. Por supuesto, la tarea a emprender no es nada sencilla si se tiene en cuenta que —como, con toda razón, anota el gran penalista chileno Novoa Monreal— «no hay concepto penal más confuso y anárquico», pues sus notas predominantes son las «grandes diferencias en las legislaciones penales, (las) enormes discrepancias de parte de los tratadistas y una apreciación muy inestable de parte de la jurisprudencia de casi todos los países»².

Con la presente exposición, se busca llamar la atención de los estudiosos peruanos sobre la necesidad de emprender una auténtica construcción doctrinaria y jurisprudencial, que permita la aplicación segura y calculable de la ley, para lograr la tan anhelada seguridad jurídica³; o, para decirlo en palabras de un notable expositor contemporáneo, se requiere toda una elaboración de categorías sobre el asunto, de tal manera que sea posible una integración de los diversos conceptos jurídico-penales involucrados en un sistema⁴.

Dicha pretensión se torna todavía más imperiosa si se tiene en cuenta que en el medio se echa de menos una dogmática jurídica que permita al juez, al momento de aplicar la ley penal, disponer de reglas mucho más concretas y cercanas al caso específico objeto de juzgamiento que las establecidas en los textos legales⁵. En verdad —y esto también es válido cuando se aborda el delito continuado⁶—, la función judicial ha quedado expósita en manos de la sana intuición de los funcionarios quienes —con el consecuente olvido de la alzada teórica del derecho penal— han trastrocado su función de administrar justicia por la de legislar.

Pues bien: con miras a cumplir con el cometido propuesto, en primer lugar, se hacen algunas precisiones sobre la temática de la «unidad de acción» y sus elementos constitutivos; en segundo lugar, se efectúan algunas consideraciones generales sobre

2 Cfr. NOVOA MONREAL, 1996: 269.

3 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, 1990c: 158, acerca de la Dogmática penal «hace posible, por consiguiente, señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución».

4 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1992: 43.

5 Sobre ello: BACIGALUPO, 1983: 17.

6 También sucede en otras latitudes. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 15; NINO, 1972: 115 ss.

el delito continuado, como las atinentes a su origen y fundamento, naturaleza jurídica, noción y requisitos. En tercer lugar, se expone el delito masa a partir de los tópicos acabados de señalar; en cuarto lugar, se estudia dicha categoría en el CP tras la reforma de 1996 —sin olvidar el Anteproyecto de 2004—, y se responden algunas interrogantes. Para terminar, en quinto lugar, se consignan algunas conclusiones para la discusión.

II. LA UNIDAD DE ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Uno de los tópicos más debatidos en la dogmática de la parte general del derecho penal, al abordar la temática de la unidad y pluralidad de acciones típicas, es precisar cuándo se puede hablar de una acción o conducta y en qué oportunidad de varias. Desde luego, para esclarecer este asunto se han ofrecido, desde una perspectiva histórica, diversos criterios⁷ que van desde quienes sostienen que lo decisivo es la cantidad de inervaciones musculares —con lo cual, tratándose de un atentado sexual, deberían estimarse tantas acciones como movimientos realizó el violador—, la cantidad de resultados⁸ —el que hace explotar una granada y da muerte a diez personas habría llevado a cabo diez acciones y no una—, el número de tipos realizados⁹ una de cuyas variantes es la pauta de la unidad jurídica¹⁰, hasta los que se afincan en el criterio de la unidad natural de acción¹¹, la unidad de fin en un mismo contexto —determinada por la unidad de fin en un marco situacio-

7 Sobre ello, JAKOBS, 1997b: 1074 ss.; WARD, 1964: 82 ss.; GEPPERT, 1982: 360; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2007b: 286; el mismo, 2008 (2): 13 ss.

8 Cfr. VON HIPPEL, 1971: 499.

9 Acude a este criterio el art. 30.1 del Código Penal de Portugal. Cfr. MAIA GONÇALVES, 1998: 152.

10 Cfr. JESCHECK, 1993: 648, que lo denomina como idea del «sentido de los tipos legales vulnerados en cada caso»; JESCHECK/WEIGEND, 1996: 711; STRATENWERTH, 2000: 437 ss.; MIR PUIG, 1998: 662, que habla de la unidad de hecho.

11 Así, MEZGER, 1957: 360 ss. No obstante, este autor —a diferencia de quienes reúnen o integran en una unidad «natural» varias acciones de esta especie—, afirma que la condición fundamental para que haya unidad natural de acción es que se presente «unidad de impulso delictivo» (cfr. p. 361), pues de lo contrario —con base en Honig— se trataría de una mera fábula. Esta fórmula es acogida por la jurisprudencia y la doctrina dominantes en Alemania (cfr. STRATENWERTH, 2000: 439; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 2001: 766), y acorde con ella se entiende que «una pluralidad de componentes de un suceso, externamente separables, deben conformar una acción unitaria cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador no interviniente son sentidos como una unidad» (cfr. JESCHECK, 1993: 648). Sobre este concepto: GARCÍA ALBERO, 1994: 211 ss. No debe confundirse el concepto *unidad de acción natural* con el de *acción en sentido natural* [véase SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, 2006: 802 ss.].

nal, con lo cual los diversos actos se deben ejecutar en un mismo entorno local y temporal—¹², o en pautas de naturaleza ontológico-normativa.

En virtud de este último rasero —que parece ser el más acertado— para saber si hay una o varias acciones, se debe partir del concepto final de acción al cual se añade el enjuiciamiento jurídico-social, mediante los tipos penales; por ello, pues, deben examinarse tanto la finalidad concreta trazada por el autor, su plan, como el tipo penal correspondiente, que debe ser interpretado, desde el punto de vista social. En otras palabras, la unidad de acción jurídico penal se establece, así, por dos factores (al igual que urdimbre y trama): por la proposición de un fin voluntario y por el enjuiciamiento normativo jurídico social en razón de los tipos¹³.

Desde luego, uno de los eventos de unidad de acción en sentido ontológico normativo es el delito continuado al cual se dedica la presente exposición.

III. EL DELITO CONTINUADO

Varios problemas deben ser objeto de esclarecimiento para poder entender los alcances de esta figura¹⁴.

1. Origen

Se discute¹⁵ si esta figura apareció en la época de los prácticos de los siglos XV y XVI, para el caso en los trabajos de Julio Claro (1525-1575) y Prospero Farinacio

12 Cfr. ANTOLISEI, 1960: 166, y SAINZ CANTERO, 1971: 670 y 671. En contra —al mostrar la influencia de tal criterio en la jurisprudencia hispana— CEREZO MIR, 2001: 291, para quien la unidad de acción no puede determinarse sin la ayuda de un criterio normativo y sin olvidar la estructura finalista de la acción humana; como él VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1997: 648; el mismo, 2008 (2): 15.

13 Cfr. WELZEL, 1976: 309; CEREZO MIR, 2001: 289; MIR PUIG, 1998: 661; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000: 530 y 531; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1997: 469. Esta postura contrasta con la sostenida por un buen sector de la doctrina, para el cual el concepto de acción que se maneja en sede de la Teoría de los concursos es distinto a la noción de acción propia de la Teoría de la tipicidad. Cfr. JESCHECK, 1993: 648; JAKOBS, 1997b: 1074; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 89.

14 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2007b: 289 ss.; el mismo, 2008: 17 ss.

15 Cfr. CARRARA, 1975: 344: «Tal es la sutilísima teoría de la continuación, cuyo origen está en la benignidad de los prácticos, quienes no ahorraron esfuerzos en hacer menos frecuente la pena de muerte que se infligía para el tercer robo». Es más, añade al pie de la página: «Los fundamentos de esta doctrina los asentaron los glosadores, que distinguieron cuando el hurto es uno solo (*furtum est unum*), como en el caso en que un individuo roba muchas cosas en un mismo contexto de acción, y cuando diversos hechos se computan por uno, a causa de la continuación (*facta diversa pro uno computantur ratione continuationis*). Véase BALDÓ, Cons. 48, lib. 3». Incluso, el famoso Maestro de Pisa cree encontrar —en contra de lo que es afirmación generalizada en la doctrina: cfr. Manzini, 1949: 415— precedentes en el Derecho Romano, más concretamente en el Digesto

(1544-1616) —aunque hay quienes creen que ello sucedió ya en el tiempo de los glosadores y posglosadores¹⁶, como lo demuestra alguna elaboración atribuida a Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) y Baldo de Ubaldi (1327-1400)—; o si, por el contrario, tal fenómeno solo se presentó con posterioridad cuando fue contemplado por una Ley Toscana de 30 de agosto de 1795¹⁷ —con precedentes en diversos ordenamientos italianos—, de donde fue tomada por los códigos posteriores.

2. Fundamento

Así mismo, son diversas las posiciones que se disputan la razón de ser de esta elaboración¹⁸. En efecto, en primer lugar, se afirma que fue creado por los prácticos animados por un cometido piadoso o pietista, para evitar la pena de muerte imponible a aquellos que incurriesen en el tercer hurto y, con posterioridad, para impedir las consecuencias derivadas de las reglas de acumulación de penas en los casos de concurso (fundamento humanitario)¹⁹. Desde luego, ese cometido —caso de ser acertado— ha perdido hoy su razón de ser en la medida en que la pena imponible al autor es más grave que cuando el delito se ejecuta de una vez, aunque nunca llegando a los extremos —recuérdese: la pena de muerte para el tercer hurto— que motivaron su aparición.

También, en segundo lugar, se asevera que tiene un fundamento utilitarista²⁰ dado que está llamada a resolver diversas dificultades procesales y probatorias, pues no siempre es posible demostrar la existencia de cada uno de los actos que

(cfr. p. 343). Sobre el origen: ZAGREBELSKY, 1976: 1 ss.; CORREA, 1959: 13 ss.; MAGGIORE, 1971, T. II: 172; ALIMENA, 1915: 496, apoyado en FARINACIO, cree que la institución no fue conocida en los derechos romano, germánico y canónico; BETTIOL, 1965: 555; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 9 a 19, con citas y argumentos contundentes; FONTÁN BALESTRA, 1977: 58 ss.; SOLER, 1978: 302 ss.; NÚÑEZ, 1965: 228.

16 Cfr. LEONE, 1976: 968.

17 Así, DEL ROSAL (1948: 138 s.) niega que este instituto tenga origen en los prácticos; en contra, sin embargo, CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 20.

18 Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 39 ss.; CASTIÑEIRA PALOU, 1977: 20 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 150 ss.; MIR PUIG, 2004: 636.

19 Cfr. MANTOVANI, 1979: 439 y 440; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 39: «nació de un sentimiento de humanidad que tenía por objeto evitar la imposición de la pena de muerte por el tercer hurto» (p. 17).

20 Cfr. VON HIPPEL, 1971: 533 ss.; MEZGER, 1957, T. II: 317; JAKOBS, 1997b: 1098 y 1099; MAURACH, 1962, T. II: 428; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995: 537 ss. Las críticas generalizadas a la utilización «procesal» de la figura han llevado, sin embargo, a que se le delimite al máximo desde el punto de vista jurisprudencial como sucedió con la decisión del Tribunal Supremo Federal Alemán de tres de mayo de 1994 (cfr. CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 168), postura que se mantiene en decisiones posteriores: 25.10.2001, Rad. 2366; 22.05.2001, Rad. 1510;

integran la acción unitaria (la indeterminación de las acciones), la cantidad de las acciones, las fechas de su ejecución y, por ende, la prueba de estos extremos²¹.

Asimismo, en tercer lugar, se ha dicho que su sostén es la justicia real (fundamento material), pues no parece posible punir a quien efectúa una conducta mediante diversos actos con la pena imponible para cada episodio en particular, sino con una sanción única que se compadezca con la gravedad del injusto cometido. En otras palabras: el delito continuado es un instrumento que permite sancionar de forma adecuada conductas que, por su cantidad, gravedad, o por ser partes o fragmentos de un plan unitario, podrían resultar castigadas con mayor severidad si se acudiese a las reglas generales del concurso de delitos; por eso, pues, se dice que su fundamento es la disminución de la culpabilidad²².

Por supuesto, en cuarto lugar, también es viable encontrar enfoques plurales que aúnan los fundamentos anteriores, para dar lugar a posturas eclécticas, sea que se haga más o menos énfasis en cada uno de ellos.

3. Naturaleza jurídica

No en todas las legislaciones penales está prevista la figura por lo cual se la deja librada a la creación doctrinaria y/o jurisprudencial, lo que origina diversas posturas para explicarla²³. En efecto, en primer lugar, quienes atribuyen el inicio de este instituto a los prácticos italianos se inclinan por la teoría clásica o de la ficción²⁴, al tenor de la cual ella supone varias acciones u omisiones que, en virtud de una ficción jurídica —esto es, un supuesto jurídico basado en algo que en verdad no existe—, se tratan como un delito único para evitar así dar cabida a un evento de

20.09.2000, Rad. 678; 09-08.2000, Rad. 2033; 05.04.2000, Rad. 3161 (cfr. www.hrr-straftrecht.de/hrr/bgh-db/abfrage.php3?suchtwort=Fortgesetzt+Tat&feld...).

21 Así, para España antes de la Reforma de 1983, TOMAS TIO, 1987: 112 s.

22 Así, CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 43; CÓRDOBA RODA, 1972, T. II: 325.

23 Véase ZAGREBELSKY, 1976: 116 ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 33 ss.; CASTIÑEIRA PALOU, 1977: 17 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 128 ss.; CANTARERO BANDRÉS, 1990:, 33 ss.; MIR PUIG, 1998: 665; CEREZO MIR, 2001: 292 y 293; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 783; RODRÍGUEZ DEVEZA, 1981: 810; CORREA, 1959: 151 ss.; SAINZ CANTERO, 1985, T. III: 227 s.; TOMAS TIO, 1987: 116 ss.; GÓMEZ MÉNDEZ, 1978: 25 ss.; REYES ALVARADO, 1990a: 159 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, 2006: 686 s.

24 Así, para el Derecho alemán, STRATENWERTH, 2000: 440; STRATENWERTH/KUHLEN, 2004: 399. Para el Derecho italiano, MANZINI, 1949, T. III: 418 s.; BETTIOL, 1978: 621; el mismo, 1965: 556; MAGGIORE, 1971, T. II: 173; LEONE, 1976: 972. Para Derecho español, CASTIÑEIRA PALOU, 1977: 19 y 20; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 469; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 784; SAINZ CANTERO, 1985, T. III: 227 s. Para el Perú: BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995: 235; HURTADO POZO, 1987: 598; el mismo, 2005: 946. En Venezuela: ARTEAGA SÁNCHEZ, 1989: 384; en México, MALO CAMACHO, 1997: 513.

concurso real de delitos²⁵; de esta forma, pues, se impidió que el tercer hurto fuese castigado con pena de muerte por el Antiguo Régimen, como ya se dijo.

En segundo lugar, para la teoría realista²⁶ dicha construcción supone una unidad real de acción (por eso se le llama también teoría de la realidad natural) y no una ficción, a condición de que los diversos hechos o actos parciales obedezcan a una misma resolución de voluntad (unidad subjetiva) y produzcan una misma lesión jurídica (unidad objetiva); de esa manera, pues, lo decisivo es la resolución criminal que puede ejecutarse una o varias veces²⁷.

En tercer lugar, la ciencia penal alemana²⁸ —también en Italia²⁹, España³⁰ y Latinoamérica³¹— defiende la teoría de la realidad jurídica —en verdad una concepción intermedia en relación con las dos anteriores³²— a cuyo tenor semejante elaboración es una creación del derecho que, por razones prácticas, unifica los diversos actos desarrollados por el agente en una única infracción a la ley penal, sea porque el propio derecho lo reconozca o sea porque la costumbre así lo imponga, en una unidad jurídica de acción.

Asimismo, en cuarto lugar, se defiende una noción bifronte o tesis de la combinación según la cual el delito continuado descansa tanto sobre un dolo conjunto como sobre un dolo de continuidad, con lo cual se presenta de dos formas

25 Véase CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 33.

26 Cfr. CORREA, 1959: 154 y 160; ALIMENA, 1915, T. I: 492 ss.; FLORIÁN, 1929, T. II: 70; MADARIAGA, 1957, T. VI: 264; ZAFFARONI, 1980, T. IV: 543. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002: 862.

27 Por eso, autores como ALIMENA, 1915: 498 ss. —que parte del art. 79 del Código penal italiano de 1889, vigente desde el 1º de enero de 1890— le asignan los siguientes requisitos: una sola o una misma resolución; violación de una norma protegida por la misma disposición legal; y una pluralidad de violaciones y, por consiguiente, la pluralidad de acciones.

28 Cfr. VON LISZT, 1929, T. III: 150; VON HIPPEL, 1971, T. II: 533; BLEI, 1977: 316; JESCHECK/WEIGEND, 1996: 711 ss.; JESCHECK, 1993: 649; JAKOBS, 1997b: 1099: «el efecto de cierre procesal...es a lo sumo un mal necesario»; GEPPERT, 1982: 363; para el Derecho suizo: STRATENWERTH, 1996, I: 473; TRECHSEL/NOLL, 1998: 279.

29 Cfr. ANTOLISEI, 1988: 376 pie de página 33, mostrándose «perplejo» por los planteamientos de Santamaría para quien el delito continuado es una «realidad natural»; el mismo: 1982: 458; RANIERI, 1974, T. II: 145.

30 Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 42; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 139 ss. Hace hincapié en las corrientes realistas, SANZ MORÁN, 1986: 201, para concebir el delito continuado como una hipótesis de unidad delictiva con base real u ontológica, por ende como un evento de intensificación cuantitativa de la lesión al bien jurídico con un elemento subjetivo unitario, de tal manera que es un delito único con proceso ejecutivo fraccionado.

31 VILLA STEIN, 1998: 441.

32 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 136.

diferentes: de un lado, como unidad de acción; y, del otro, como una unidad de conducción de vida punible³³.

Por supuesto, en quinto lugar, otras posturas³⁴ lo entienden ora como una presunción, ora como un *tertius genus* con caracteres diferenciales propios e, incluso, al mismo tiempo como realidad natural y jurídica³⁵.

4. Concepto

Para poder definir el delito continuado es necesario, previamente, determinar cuáles son las exigencias o requisitos que lo deben integrar. Esto dependerá de la idea asumida al respecto: objetiva, subjetiva o mixta (objetivo-subjetivo)³⁶, sea que se señalen solo como componentes del mismo los requisitos externos (la similitud de tipo, la homogeneidad de la ejecución, el carácter unitario del bien jurídico amenazado o afectado, la conexión temporal, y la utilización de medios y ocasiones más o menos similares) o se haga solo énfasis en el nexo psicológico o interno, que se denomina unidad de resolución, unidad de plan, proyecto o programa, unidad de deseo, unidad de pensamiento, unidad de designio, unidad de propósito, dolo global o total y/o dolo de continuación, como lo llaman las construcciones germánicas, etc. Es decir, que se acojan todas esas exigencias.

Si se opta por las concepciones mixtas u objetivo-subjetivas, esta institución se presenta cuando el agente ejecuta diversos actos parciales³⁷, conectados entre sí por una relación de dependencia (nexo de continuación) y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final³⁸; en otros términos, se trata de

33 Véase H. WELZEL, 1976: 311; contra la segunda modalidad de delito continuado (1980-1983, T. IV: 550), para quien responde a una culpabilidad de autor que es insostenible. Por supuesto, no faltan críticos que le reprochan a Welzel y Maurach no haber tenido en cuenta su concepto de acción final para acuñar el concepto de delito continuado (cfr. NOVOA MONREAL, 1966, T. II: 273).

34 CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 32; CANTARERO BANDRÉS, 1990: 33 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 138 y 139.

35 Así FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1984: 8 ss.; CANTARERO BANDRÉS, 1990: 45; FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 64.

36 Véase MANTOVANI, 1979: 441; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 781 y 782; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1984: 52 y 53; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 179 a 186; ZAFFARONI: 1980, T. IV: 546 ss.; MADARIAGA, 1957, T. VI: 264 ss.; MEZGER, 1957, T. II: 370; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 45 ss.; RODRÍGUEZ DEvesa, 1981: 811; FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 56 s., 66 ss.

37 Por supuesto, pueden presentarse diversas situaciones en las cuales se conjuguen diversos actos en una sola acción u omisión que no constituyan delito continuado, por faltar el nexo requerido en esta elaboración. Sobre ello, ARTEAGA SÁNCHEZ, 1989: 385; BUSTOS RAMÍREZ, 1989: 304.

38 Cfr. WELZEL, 1967: 312.

una forma especial de llevar a cabo determinados supuestos de hecho mediante la reiterada³⁹ ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares.

Dadas así las cosas, pese a que en apariencia cada uno de los actos parciales representa, de por sí, un delito consumado o intentado, todos ellos se valoran de manera conjunta como una sola conducta ontológica y normativamente entendida —por ende, como un solo delito— para lo cual se debe partir de una concepción social-final de la acción humana⁴⁰; por supuesto, si se alude a otras construcciones, normalmente se verá en el delito continuado una pluralidad de acciones repetidas, como suele suceder con un buen sector de la doctrina⁴¹.

5. Requisitos

Como es obvio, las exigencias de esta institución varían según se parta de las concepciones objetivas⁴², objetivo-subjetivas o subjetivas, como ya se dijo. Por supuesto, hoy priman las posturas mixtas⁴³; así algunas legislaciones, como la italiana, han marcado énfasis en el componente subjetivo, como se deriva del texto del art. 81, párrafo 2, del CP vigente desde 1974⁴⁴.

39 Sobre el carácter repetitivo o reiterativo del delito continuado, se pronunció CARRARA (cfr. 1988: 271). No obstante, FLORIÁN (1929, T. II: 67), piensa que esa no es una característica del delito continuado pues los actos llevados a cabo pueden ser diferentes.

40 Cfr. ZAFFARONI, 1980, T. IV: 553; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002: 865; VILLAVICENCIO TERREROS, 2001: 197; el mismo, 2006: 686.

41 Cfr. MAGGIORE, 1971, T. II: 174; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 469; CASTIÑEIRA PAULOU, 1977: 15, con cita de otras definiciones; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 781; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 128; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 32; CARACCIOLI, 1998: 525; RODRÍGUEZ DEVESA, 1981: 810; FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 81 ss.; TERÁN LOMAS, 1980, T. II: 283; PEÑA CABRERA, 1995: 488; VILLA STEIN, 1998: 440; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995: 234; CURY URZÚA, 1985, T. II: 275.

42 Defendidas a ultranza por FRAGOSO, 1986: 368, a partir del original art. 72 del CP de Brasil de 1940.

43 Véase CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 183, con la advertencia de que sucede igual en Alemania, Italia y España; RODRÍGUEZ DEVESA, 1981: 809. Para la Argentina, CORREA, 1959: 22 ss.; FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 56 y 73; BACIGALUPO, 1984: 246; el mismo, 1998: 430.

44 Críticamente, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999: 782), apoyándose equivocadamente en MANTOVANI (1979: 445) quien, no obstante, califica de «absurdo lógico y dogmático» la tesis del delito continuado heterogéneo, no la concepción subjetiva como pretenden los autores hispanos.

A. Consideraciones generales

Son diversos los enfoques al respecto. Así, por ejemplo, la jurisprudencia⁴⁵ y la doctrina⁴⁶ españolas —después de recoger la más tradicional doctrina alemana, que hace dos exigencias básicas: pluralidad de acciones homogéneas y un dolo de conjunto y/o un dolo de continuación⁴⁷— requiere los siguientes elementos: a) unidad de propósito, de designio, de fin, de plan, de dolo o de resolución de voluntad; b) unidad de lesión jurídica, pues las diversas acciones deben infringir una misma norma jurídica; c) unidad de sujeto pasivo, elemento discutible en los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales; d) unidad de ocasión, dado que las diversas acciones u omisiones deben estar conectadas con una cierta relación espacial o temporal; e) imposibilidad de individualizar las distintas acciones. Semejantes componentes parecen encontrar eco en el art. 74 del CP español de 1995, cuyo precedente es el art. 69 bis introducido mediante la reforma de 1983⁴⁸.

A su turno, la doctrina italiana tradicionalmente inclinada hacia las tesis subjetivistas en esta materia —aunque, a decir verdad, las formulaciones legales hacen pensar en un auténtico criterio subjetivo-objetivo⁴⁹, sobre todo en la actual tras la reforma del once de abril de 1974⁵⁰—, suele exigir tres condiciones: la pluralidad de acciones u omisiones⁵¹; la identidad de disposición penal violada; y la unidad de designio criminoso⁵², también receptados por la doctrina argentina más

45 Véanse las citas de DEL ROSAL, 1948: 158 ss.; CASTIÑEIRA PALOU, 1977: 29 ss.; LANDROVE DÍAZ, 1978: 49 ss.; CEREZO MIR, 2001: 293 y 294; MIR PUIG, 1998: 666 y 667; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 25 ss., 184 s.; MIR PUIG, 2004: 637.

46 Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 782; CÓRDOBA RODA, 1972, T. II: 318 ss.; MUÑOZ CONDE, 1982: 176; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, 2000: 740 a 751; QUINTANO RIPOLLÉS, 1966, T. I: 260 s.; SAINZ CANTERO, 1985, T. III: 229 ss.

47 Ya el antiguo *Reichsgericht* alemán, se pronunció por la exigencia de componentes objetivos y subjetivos, como lo enseña VON HIPPEL, 1971: 536 s.; JESCHECK, 1993: 653; JAKOBS, 1997b: 1092 a 1095; JESCHECK/WEIGEND, 1996: 715 s.; KÜHL, 2005: 704 s.. Con leves matices BLEI, 1977: 316 a 319; MEZGER, 1957: 340 a 342, no así MEZGER, 1962, T. II: 370, que opta por las concepciones objetivas. Aunque en otra línea, en lo atinente al elemento subjetivo, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, T. II: 542 y 543; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 2001: 682 y 683; ROXIN, 2003b, T. II, págs. 871 y 872. A su turno, VON LISZT, 1929, T. III: 150, parece hacer hincapié solo en exigencias objetivas.

48 Sobre ello, GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, 1996, T. I: 421 a 424; MIR PUIG, 2004: 638; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 785 a 788; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, 2000: 750 s.; TOMAS TIO, 1987: 125 ss.

49 Así NUÑEZ, 1965, T. II: 238 s.

50 Así, con toda claridad, ZAGREBELSKY, 1976: 34, al rechazar las posturas objetivistas alemanas.

51 Pareciera restarle trascendencia a este elemento LEONE, 1976: 968.

52 Para el CP de 1890, en su art. 79, véase ALIMENA, 1915, T. I: 498 ss.; FLORIÁN, 1929, T. II: 67 ss.; para el CP de 1930, MAGGIORE, 1971, T. II: 174 ss.; RANIERI, 1974, T. II: 140 ss.; NUÑEZ, 1965, T. II: 229 ss. De conformidad con el art. 81 inc. 2º tras la reforma de 1974, se observan los

tradicional⁵³. En la nueva redacción el art. 81 inc. 2, se observan los siguientes componentes: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de designio criminoso; c) elemento cronológico: «aunque en tiempos diversos»; d) varias violaciones de la misma o de diversas disposiciones legales⁵⁴.

En la doctrina peruana, de cara al original art. 49 CP, un sector tradicional de los estudiosos señala tres requisitos: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de resolución criminal; y c) unidad de delito⁵⁵, mientras que otros contemporáneos, a partir del nuevo texto introducido en 1996, mencionan los siguientes: a) los actos individuales deben dirigirse contra el mismo bien jurídico; b) los diversos actos particulares deben lesionar el mismo precepto penal o semejante; c) identidad específica del comportamiento delictivo, así como un nexo espacio-temporal de los actos individuales⁵⁶.

B. Elementos estructurales

De esta manera, puede afirmarse que las exigencias integrantes de la figura son las siguientes, con la distinción entre componentes externos e internos:

a. *Externos*

Los elementos objetivos son los siguientes:

a.1. Unidad de sujeto activo

Así parezca obvio, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica; naturalmente, ello no significa que el actor solo tenga que ser una

siguientes elementos: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de designio criminoso; c) elemento cronológico: «aunque en tiempos diversos»; d) varias violaciones de la misma o de diversas disposiciones legales (Cfr. FIANDACA/MUSCO, 2004: 619), PAGLIARO, 2003: 604 y 605) y MANTOVANI, 2001: 510), no parecen tener en cuenta el elemento cronológico).

53 Cfr. MADARIAGA, 1957, T. VI: 264 ss.; CORREA, 1959: 22 ss.; FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 81; CREUS, 1988: 240; NUÑEZ, 1965, T. II: 250 ss.; SOLER, 1978, T. II: 304 ss.

54 Cfr. CARACCIOLI, 1998: 526 ss., FIANDACA/MUSCO (1995: 603) y MANTOVANI (1979: 440), no tienen en cuenta el elemento cronológico.

55 PEÑA CABRERA, 1995, T. I: 488 ss.; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995: 235 236; HURTADO POZO, 1987: 599 ss., que comenta el art. 107 del CP de 1924; el mismo, 2005: 947 ss., en relación con el vigente art. 49.

56 Cfr. VILLA STEIN, 1998: 442; VILLAVICENCIO TERREROS, 2001: 197 s. Este último, 2006: 690 ss., recoge ahora los siguientes elementos: pluralidad de acciones u omisiones, igual norma violada, unidad de sujeto activo, unidad o pluralidad de sujeto pasivo, conexión temporal y espacial, y el requisito subjetivo.

sola persona pues la conducta continuada puede ser obra de varias⁵⁷ que, mancomunadamente, tengan esta calidad, como cuando actúa un número plural de coautores⁵⁸. De ello se infiere, además, que si toman parte varias personas en actos distintos, el nexo de continuidad solo se podrá predicar de quienes intervengan en todos ellos; en otras palabras, nada impide reconocer el nexo de continuidad al mismo autor (o autores) que han contado con distintos partícipes⁵⁹.

Asimismo, si aconteciere que intervienen varias personas diferentes en actos a su vez distintos, con participación criminal diversa en cada uno de estos, no habrá identidad objetiva, esto es, no se tratará de una infracción reiterada a un mismo o semejante precepto penal, con lo cual no se podrá hablar de nexo de continuidad alguno⁶⁰.

No es, entonces, posible la continuidad entre acciones de partícipe y de autor, pues el delito continuado exige que la intervención en la infracción penal se lleve a cabo al mismo título⁶¹.

a.2. Unidad de acción final

Ha sido tradicional entre los estudiosos preconizar que este instituto necesita una pluralidad de acciones u omisiones⁶² —lo que permite partir de la tesis de la unidad jurídica de acción⁶³ o no—; no obstante, si se asumen las concepciones realistas, se debe admitir que este es un caso de verdadera unidad de acción final⁶⁴.

57 Así Camargo Hernández, 1951: 106; Cantarero Bandrés, 1990: 82.

58 TOMAS TIO (1987: 126) admite, incluso, la continuación cuando alguno de los agentes no haya intervenido en todos los actos —él habla de acciones— a condición de que concurra previo acuerdo de voluntades.

59 Véase CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 106; CASTIÑEIRA PALOU, 1977: 154 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 249.

60 TOMAS TIO, 1987: 126.

61 Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 2001: 684; JAKOBS, 1997b: 1095; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 246.

62 Con ello, se cae en un aparente concurso material, pues, como dice ZAFFARONI, 1980, T. IV: 545, «si *prima facie* da la sensación de una pluralidad de conductas, visto más en profundidad, muestra su naturaleza de única conducta típica».

63 Véase VON HIPPEL, 1971, T. II: 536 ss.; VON LISZT, 1929, T. III: 150; BELING, 1944: 169; JAKOBS, 1997b: 1091; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/STERNBERG-LIEBEN, 2006: 812 ss., también hablan de «unidad de acción»; OTTO, 1992: 308; WESSELS, 1980: 231; el mismo, 1997: 231; WARDA, 1964: 84 s., lo concibe al mismo tiempo como unidad natural y unidad jurídica; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 53 ss.; CASTIÑEIRA PALOU, 1977: 37 ss., con abundantes referencias en el pie de página N° 53; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 83 ss., 140, que hace diversas matizaciones; CANTARERO BANDRÉS, 1990: 89 ss.; SAINZ CANTERO, 1985, T. III: 230; MANZINI, 1949, T. III: 424; BETTIOL, 1965: 556 ss.; PEÑA CABRERA, 1995, T. I: 489. En el Derecho suizo TRECHSEL/NOLL, 1998: 279 y STRATENWERTH 1996, I: 473, lo exponen como una unidad jurídica de acción.

64 Cfr. ZAFFARONI, 1980, T. IV: 547; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002: 863; REYES ALVARADO, 1990a: 162 ss., 195 ss.; para BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003: 729), en el mismo sentido que

Esto es debido a que los diversos actos o hechos —comisivos u omisivos—, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a cabo en un determinado contexto social y animada por una finalidad también única, como ya se dijo. Sin embargo, debe advertirse, no falta quien haya postulado en la doctrina italiana que el delito continuado puede presentarse no solo cuando hay pluralidad de acciones u omisiones sino cuando, en ciertas hipótesis, se presentare una unidad de acción⁶⁵.

Con ocasión de este componente, se debate si se da o no esta figura en los delitos culposos. Sobre el particular se encuentran divididas las opiniones: hay quienes la admiten⁶⁶, otros la rechazan⁶⁷ e, incluso, algunos lo estiman difícil o

en la unidad natural de acción, en el hecho continuado una serie de actos particulares se conforman en una unidad; VILLAVICENCIO TERREROS, 2001: 197; distinto, VILLAVICENCIO TERREROS, 2006: 690. Para JIMÉNEZ DE ASÚA, 1978: 529, «hay que partir de una verdad a nuestro juicio evidente: el delito continuado no es un caso de concurso de delitos, sino de delito único; una unidad real. Por eso, nosotros preferimos el silencio de la ley (como en España), a la fórmula legislativa, con expresión de muy controvertidos requisitos». En contra: CANTARERO BANDRÉS, 1990: 102.

- 65 Véase LEONE, 1976: 969 y 972, por lo cual se entendía que el texto del derogado art. 81-2 CP italiano se aplicaba también a los casos de concurso ideal homogéneo; en el mismo sentido, ZAGREBELSKY, 1976: 67 ss., 92 y 98.
- 66 Cfr. CASTIÑEIRA, 1977: 137 ss.; CANTARERO BANDRÉS, 1990: 75; QUINTANO RIPOLLÉS, 1963, T. I: 260, nota 1; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: 543, con la advertencia de que para ello se debe eliminar la exigencia del «dolo conjunto»; VON HIPPEL, 1971, II: 543; STRATENWERTH, 1982: 355; WELZEL, 1976: 315, pero limitándolo a la segunda forma de delito continuado que él propone (delito continuado con unidad de conducción de vida punible); MAURACH, 1962, T. II: 432; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 1997: 684, negando que haya continuación entre acciones continuadas dolosas y culposas; MEZGER, 1958: 339; REYES ALVARADO, 1990a: 212, que cita un caso de peculado culposo y apoyado en el concepto final de acción; JESCHECK, 1993: 655, aunque en un sentido diferente JESCHECK/WEIGEND, 1996: 717; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 267, apoyándose en VON LISZT, 1929, T. 3: 151, nota 2; CÓRDOBA RODA, 1972, T. II: 320; TOMAS TIO, 1987: 130; NUÑEZ, 1965, T. II: 253 nota 151, a partir de su concepto de «unidad de culpabilidad»; MANZINI, 1949, T. III: 452 s.; BETTIOL, 1965: 560; el mismo, 1978: 628; RANIERI, 1974, T. II: 144; para JAKOBS, 1997b: 1095, es pensable —incluso— la continuidad entre hechos dolosos y culposos; en contra, BACIGALUPO, 1984: 248; el mismo, 1998: 433; HURTADO POZO, 1987: 607: «La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados pueden significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo. Desde esta perspectiva, es posible admitir que la continuidad puede darse en el caso de una pluralidad de acciones culposas».
- 67 Véase ZAGREBELSKY, 1976: 51; LEONE, 1976: 972; FLORIÁN, 1929, T. II: 70; MAGGIORE, 1971, T. II: 174; CEREZO MIR, 2001: 296; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 83 s.; CARACCIOLI, 1998: 532; MANTOVANI, 1979: 440; FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 82; TERÁN LOMAS, 1980, T. II: 284; BACIGALUPO, 1984: 248; el mismo, 1998: 433.

dudoso⁶⁸. Así mismo, se pregunta la doctrina si es o no viable esta construcción en las conductas de omisión —inquietud solucionada, de manera positiva, por los expositores y las legislaciones⁶⁹—, y no falta quien preconice la concurrencia de conductas de comisión y de omisión⁷⁰.

a.3. Unidad normativa relativa: infracción de la misma disposición o de una semejante

Es indispensable, además, que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción realicen de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante⁷¹, a condición de que el bien jurídico afectado sea el mismo⁷². La doctrina ha dado distintas denominaciones a este requerimiento: unidad o identidad de norma violada, unidad de ley violada, violación del mismo precepto; identidad de bien jurídico lesionado e identidad de tipo violado⁷³.

Así las cosas, puede haber nexo de continuación entre un tipo simple y uno calificado; entre una conducta tentada y otra realizadora del tipo penal, o al revés (acto consumado seguido de tentativa)⁷⁴; o entre la ejecución del tipo básico y el agravado, etc.⁷⁵. Lo importante es que los diversos actos obedezcan a una misma finalidad, encajen en un mismo supuesto de hecho o tipo penal, y se lleven a cabo con igual dinámica comisiva u omisiva.

68 Véase ALIMENA, 1915, T. I: 495; ZAFFARONI, 1980, T. IV: 548; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000: 827; BUSTOS RAMÍREZ, 1989: 304.

69 Para el Derecho Alemán, lo admiten: SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 1997: 684, aunque advierte que no hay continuidad entre comisión y omisión, en este último sentido JESCHECK, 1993: 653. En Italia: ZAGREBELSKY, 1976: 110 ss.; MAGGIORE, 1971, T. II: 174; RANIERI, 1974, T. II: 144. En Colombia, REYES ALVARADO, 1990a: 2124, cita un caso de omisión de apoyo reiterado e, incluso, lo propone en caso de acción y omisión continuada. En España, CASTIÑEIRA PALOU, 1977: 45 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 223 y 224; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 82; CANTARERO BANDRÉS, 1990: 79 ss.; TOMAS TIO, 1987: 134. Para el Perú: HURTADO POZO, 1987: 608; el mismo, 2005: 955, tanto para la omisión propia como para la impropia.

70 Cfr. CANTARERO BANDRÉS, 1990: 103.

71 Para CAMARGO HERNÁNDEZ (1951: 56), este elemento se presenta cuando «hay identidad en la cualidad, mas no en la cantidad, y como consecuencia, se infringe el mismo precepto aunque varíe la gravedad de las distintas infracciones»; el mismo: p. 85; también NUÑEZ (1965 II: 233).

72 Véase LEONE, 1976: 970.

73 Véase TOMAS TIO, 1987: 137 ss.; ZAGREBELSKY, 1976: 77, que opta por la «homogeneidad de la violación»

74 Para CAMARGO HERNÁNDEZ (1951:91 ss.), es viable en ambos casos.

75 Cfr. FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 88; TOMAS TIO, 1987: 137.

- a.4. Exclusión de ofensas a bienes jurídicos altamente personales, salvo que haya identidad de sujeto pasivo del delito

Como norma general, solo se acepta el nexo de continuación cuando los bienes jurídicos afectados no son de aquellos calificables como «altamente personales» —los que comporten una «afección directa al mantenimiento y desarrollo de la personalidad de otro»⁷⁶—, por lo cual si se lleva a cabo una conducta continuada que afecte a uno de esos bienes jurídicos se deberá apreciar una figura distinta: un concurso ideal homogéneo o un concurso material; naturalmente, si el sujeto pasivo —esto es, el titular del bien jurídico, aunque la noción es polivalente⁷⁷— es el mismo, se acepta la continuación delictiva sin importar la clase de bien jurídico afectado⁷⁸.

76 Véase BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997: 208; BUSTOS RAMÍREZ, 1989: 305.

77 Obviamente, cuando se habla de sujeto pasivo debe decirse que, técnicamente hablando, tal designación se utiliza para aludir al titular del bien jurídico, esto es, se hace alusión al llamado sujeto pasivo del delito, expresión que debe distinguirse de la de sujeto pasivo de la acción, esto es, la persona sobre la cual recae la conducta desplegada por el agente. Estos dos conceptos, por supuesto, no se pueden confundir con el de perjudicado, ofendido, lesionado, etc., expresiones que se utilizan a veces como sinónimas para designar aquella persona o personas sobre las cuales recae el daño o perjuicio (Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1997: 383 s.; el mismo, 2008 (1): 573 s.). La necesidad de hacer esta distinción es tan imperiosa que autores como Alimena, 1915: 504, nota 1, confunden el sujeto pasivo del delito con el sujeto pasivo: «si varias cosas pertenecientes a diversas personas son robadas dentro de la misma habitación, hay un solo sujeto pasivo (el que las tenía en posesión en aquel local), aun existiendo varios perjudicados»; se llama, pues, «sujeto pasivo» a quien es «sujeto pasivo del delito» y a la inversa. También, para CARRARA (véase 1975, T. II: 517 nota 1) se debe distinguir el paciente («la persona —o personas— física o jurídica en quien reside el derecho violado por el delito») del sujeto pasivo («es aquel cuerpo sobre el cual consume el culpable su acción criminosa»). Por eso, entonces, no es de extrañar que este mismo autor admita con facilidad el delito continuado con sujeto pasivo plural: «la unidad o la pluralidad de los sujetos pasivos es un criterio falaz para unificar o multiplicar los delitos que dimanen de varios actos materialmente distintos» (1975, T. I: 355), y que lo admita cuando son varios los propietarios de la cosa en el hurto: «en la práctica encontramos casos de continuación declarada respecto a varios hurtos cometidos en el curso de muchos meses, en diversos lugares, y en perjuicio de varios propietarios distintos» (1975, T. I: 357, nota 1).

78 En la legislación española, sin embargo, se hace una distinción: el numeral 3 del art. 74 descarta el instituto cuando se tratare de «ofensas a bienes eminentemente personales» salvo las atinentes al honor y a la libertad sexual, casos en los cuales se deja a la valoración judicial la aplicación o no de la construcción según la naturaleza del hecho y del precepto infringido; por ello, no puede invocarse delito continuado de homicidio o de lesiones, pero sí de acceso carnal violento o abusivo, de injuria o calumnia, en relación con un mismo sujeto pasivo. Esto lleva a un sector doctrinario a criticar severamente la normativa: así, GONZÁLEZ CUSSAC (Cfr. VÍVES ANTÓN, 1996, T. 1: 426), que habla de una «lógica de la sinrazón».

a.5. Unidad o pluralidad de sujeto pasivo

Asimismo, se exige que la conducta solo recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico (el sujeto pasivo del delito), lo cual no la descarta cuando se tratare de diversos sujetos pasivos de la acción o de distintos perjudicados. No obstante, se ha abierto paso en la discusión la posibilidad de que el sujeto pasivo del delito sea plural como acontece cuando los bienes jurídicos afectados no son «altamente personales», o en el llamado delito masa.

Así las cosas, con respecto a este requisito tres son las tesis formuladas⁷⁹: una, para la cual el sujeto pasivo —debiera agregarse «del delito»— debe ser siempre único; otra, que no admite distinciones y clama por el reconocimiento de la figura siempre que haya pluralidad de sujetos pasivos⁸⁰. Y una tercera o intermedia, que acepta la pluralidad de sujetos pasivos a condición de que los bienes jurídicos afectados no fueren altamente personales⁸¹, en cuyo caso no procede⁸². Es más,

79 MANZINI, 1949, T. III: 439; FONTÁN BALESTRA, 1977, T. III: 88 s.; SOLER, 1978, T. II: 305.

80 Cfr. LEONE, 1976: 970; ANTOLISEI, 1960: 374; RANIERI, 1974, T. II: 142; MANTOVANI, 1979: 442; CÓRDOBA RODA, 1972, T. II: 323; FRAGOSO, 1986: 369.

81 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, 1997: 226, 250, 268 ss.; JAKOBS, 1997b: 1092, menciona los siguientes eventos en los que no cabe la continuidad o es dudosa: «Por consiguiente, en los homicidios (tentativas de homicidio) y lesiones a diversas personas, en la interrupción de varios embarazos en una o varias mujeres o en la vulneración de la libertad sexual de distintas víctimas, decaerá la relación de continuidad, así como en la extorsión a varias víctimas, en la infracción de derechos de autor relativas a las obras de varios autores (muy dudoso), en el cohecho de varios funcionarios e incluso en el ingreso reducido de varios impuestos, entre otros».

82 En la doctrina alemana de las últimas décadas, por lo menos hasta 1994, es generalizada la opinión según la cual solo es posible apreciar la continuación en tratándose de bienes jurídicos altamente personales, cuando el sujeto pasivo es el mismo, en los demás casos es imposible. Cfr. VON HIPPEL, 1971, T. II: 537 —en la jurisprudencia— y 539 —en la doctrina, con algunas posturas discordantes citadas en la nota 4— y 541 —con su opinión al respecto—; VON LISZT, 1929, T. III: 151, para quien, a manera de regla directriz, solo se puede dar el delito continuado cuando el bien atacado por el delito y su titular son separables; BLEI, 1977: 316; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003: 728; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995: 544; JESCHECK, 1993: 653 —igual JESCHECK/WEIGEND, 1996: 716-; WESSELS, 1980: 233; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 1997: 682; OTTO, 1992: 309; GEPPERT, 1982: 364. Por su parte, STRATENWERTH/KUHLEN, 2004: 399 y 400, apenas si se ocupa de la figura, dado que ella ha perdido trascendencia luego de recientes decisiones jurisprudenciales, como lo advierte WESSELS/BEULKE, 2006: 293 ss. Es tan significativo el «desplome» de esta institución jurídica en la discusión alemana contemporánea que SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/STERNBERG-LIEBEN, 2006: 812 ss., le dedica ahora un reducido espacio y remite a ediciones. Para Italia: MAGGIORE, 1971, T. II: 181; ALIMENA, 1915: 504 s.; FLORIÁN, 1929, T. II: 71; MANZINI, 1949, T. III: 440. Para la doctrina portuguesa Cfr. MAIA GONÇALVES, 1998: 153, así el art. 30.2 no lo diga expresamente; también es el parecer de la jurisprudencia (*idem*: 154 ss.). Igual sucede en la doctrina argentina más tradicional: Cfr. MADARIAGA, 1957, T. VI: 268 y 269; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1978: 532; NUÑEZ, 1965, T. II: 257 nota 162; mismo, 1984: 325; CREUS, 1988: 242, que renuncia a la exigencia de la unidad de

a manera de variante de la tercera tesis, algún sector doctrinario y del derecho comparado distingue entre bienes jurídicos «altamente personales» que excluyen la continuación y los que sí la permiten para dejar, en veces, a la valoración del funcionario judicial la apreciación o no del nexo de continuidad, tal como sucede con el art. 74.3 del CP español 1995⁸³ con base en las pautas del art. 69 bis introducido en 1983⁸⁴.

Para otros autores, sin embargo, el problema se debe resolver a partir del bien jurídico afectado de la mano de una concepción ontológica de la acción humana⁸⁵; o bien, en atención al poder de absorción de cada figura⁸⁶.

a.6. Otras exigencias

A título de requerimientos complementarios, accesorios o accidentales, suelen mencionarse tres componentes más: en primer lugar, se necesita el empleo de

sujeto pasivo. En España, ya CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951:24 nota 9, 64 s.; BACIGALUPO, 1984: 247; el mismo, 1998: 431; MUÑOZ CONDE, 1982: 177; QUINTANO RIPOLLÉS, 1966: 377; el mismo, 1963, T. I: 261. En contra: CÓRDOBA RODA, 1972, T. II: 321. En el Derecho peruano, por exclusión legal, no se reconoce el delito continuado cuando se trata de bienes jurídicos «de naturaleza eminentemente personal» y los sujetos pasivos fueren distintos (cfr. art. 49 inc. 3); así lo explica VILLAVICENCIO TERREROS, 2001:198, «Se admitirá la continuación cuando se lesione al mismo titular o sujeto pasivo en el caso de los delitos que afectan bienes jurídicos altamente personales (*v. gr.* Violación, lesiones, secuestro, contra la libertad sexual). Por el contrario, no se admite delito continuado cuando los actos parciales inciden sobre diferentes sujetos pasivos. Ejemplo: homicidio de diferentes personas, violación de distintas mujeres. La reforma de la Ley 26683 precisa que la calificación como delito continuado quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos. Cuando se trata de bienes jurídicos que no son personales (*v. gr.* Propiedad), no se requiere la identidad del titular del bien jurídico afectado para aceptar el delito continuado. La reforma de la Ley 26683 incorpora una circunstancia agravante si con las diferentes violaciones se hubiere perjudicado a una pluralidad de personas en cuyo caso se aumentará la pena en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave»; el mismo, 2006: 692. Para el Derecho venezolano, ARTEAGA SÁNCHEZ, 1898: 387.

83 En efecto, según esta disposición, la norma general es la exclusión de la continuación cuando se tratare de ofensas a «bienes eminentemente personales», pero se hace la salvedad en tratándose de las «infracciones contra el honor y la libertad sexual» en cuyo caso atendida «la naturaleza del hecho y del precepto infringido» se podrá «aplicar o no la continuidad delictiva». El CP, en su art. 49, es claro al señalar en su inciso 3 que quedan excluidos de la continuidad aquellos eventos en los que resulten afectados «bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos».

84 La redacción de esta disposición originó múltiples críticas. Cfr. CANTARERO BANDRÉS, 1990: 107 ss., 114 ss.

85 Así ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000: 828 s.; ZAFFARONI, 1980, T. IV: 552; REYES ALVARADO, 1990a: 224 ss.

86 Así SOLER, 1978, T. II: 308 s.

medios o procedimientos semejantes salvo —claro está— que su utilización no conlleve la ejecución de tipos de delito distintos. Como se ha dicho, este elemento no es más que un medio de prueba o una confirmación especial del elemento «unidad o semejanza de tipo infringido», o un medio para interpretar el elemento subjetivo que debe concurrir⁸⁷. En segundo lugar, el aprovechamiento de ocasiones idénticas, esto es, que haya unidad o identidad de ocasión de tal manera que los diversos segmentos de la conducta final se lleven a cabo en circunstancias fácticas similares o asimiladas.

También, en tercer lugar, es indispensable que haya una cierta conexión espacial y temporal, o sea, se demanda que los diversos actos desplegados por el agente se ejecuten en un determinado lapso y en un contexto espacial más o menos preciso. Por supuesto, no basta con obrar en un mismo ámbito espacio-temporal, pues si el actor lleva a cabo diferentes actos (incluso distintas acciones) sin mediar el nexo de continuidad, no se podrá invocar la figura en examen⁸⁸. Así mismo, esto no implica que tales actos se tengan que ejecutar en un lapso breve, sino que se debe dejar a la discrecionalidad del sentenciador el juzgamiento de la situación —lo cual demuestra que es una cuestión puramente procesal—, de tal manera que él aprecie si ellos se han producido o no con cierta periodicidad o ritmo, según si pueden ser o no abarcados dentro del plan delineado por el actor⁸⁹.

b. *Interno*

Este elemento es el más discutido. En efecto, en primer lugar, un amplio sector doctrinario de orientación italiana acude a criterios como la «unidad de designio»⁹⁰ —denominado por algunos expositores hispanos como unidad de propósito⁹¹—, que la actual redacción del art. 81.2 CP designa como un mismo designio

87 Así, TOMAS TIO, 1987: 149.

88 Cfr. ARTEAGA SÁNCHEZ (1989:386): «no hay delito continuado, en mi opinión, en quienes se proponen asaltar en una noche varios establecimientos de la misma zona. Cada hecho es absolutamente independiente y la relación es solo de oportunidad. Majno, con acierto y aunque la fórmula no sea muy clara en la práctica, trata de ilustrar el criterio señalando que una cosa es cometer un delito continuado y otra continuar cometiendo delitos».

89 Así, TOMAS TIO, 1987: 151.

90 Concepto en extremo controvertido como advierte LEONE (1976: 970), para quien debe entenderse como la propuesta inicial del agente, esto es, la ideación de un programa que ha de llevarse a cabo en varias fases, sin que sea necesario que se trate de un verdadero proyecto de acción o de omisión, determinado y concreto, ni que los medios estén preestablecidos; es, según él, suficiente que todos las acciones u omisiones se presenten como la actuación de una ideación inicial global, como un fin único.

91 Emplean voces como unidad de propósito delictivo (CUELLO CALÓN, 1975: 566), unidad de propósito (CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951: 50 s.), o un dolo conjunto o designio criminoso que no debe confundirse con el dolo (RODRÍGUEZ DEVESA, 1981: 812).

criminoso⁹², aunque también en el pasado se ha hecho referencia a la «unidad de resolución»⁹³ (en realidad un concepto semejante al de dolo⁹⁴).

En segundo lugar, tras un largo e intenso debate, las construcciones alemanas⁹⁵ se inclinan por una de estas tres nociones: una, que defiende el llamado «dolo global»⁹⁶, a cuyo tenor se requiere que el autor planee desde un comienzo

92 Cfr. ZAGREBELSKY, 1976: 31 ss., para quien el designio criminoso supone no solo la ideación de una serie de hechos y el deseo de querer llevarlos a cabo, sino una deliberación genérica que no excluye deliberaciones específicas para cada una de las «acciones» involucradas (cfr. pp. 35 ss.); ANTOLISEI (1988: 373; el mismo, 1982: 454) habla de *identidad de designio delictuoso*; CARRACCIOLI, 1998: 528 ss., para quien el «diseño criminoso» tiene dos componentes: un elemento psicológico unificador y una deliberación genérica preexistente; FIANDACA/MUSCO, 2004: 620 s., aluden a dos componentes: a) representación anticipada de episodios delictivos singulares, b) un programa directo encaminado a la consecución de un fin unitario; BOSCARRELLI, 1982: 235; MANTOVANI, 2001: 511).

93 El art. 80 del CP TOSCANO de 1853 hablaba de la «misma resolución criminal», el art. 79 del CP de 1889 aludía a la «misma resolución». El art. 81 del CP italiano de 1930 empleaba la expresión «mismo proyecto criminoso» —o unidad de plan, proyecto o programa— que MANZINI (1949, T. III: 435 s.) entendía como «un proyecto de acción o de omisión, firme, determinado y concreto, que no resulta solamente de la coordinación de una serie de ideas sustanciales, sino que presupone además la elección de los medios para conseguir un determinado fin y el previo conocimiento de las condiciones objetivas y subjetivas en las cuales se desarrollará la actividad delictuosa». BETTIOL, 1965: 559, al comentar este último texto legal lo concebía como «un esbozo, como un programa que el agente ha ideado y que desea realizar sucesivamente en épocas y lugares distintos y también en perjuicio de sujetos diferentes», en el cual es determinante el elemento intelectual; como él RANIERI, 1974, T. II: 143.

94 Cfr. ALIMENA, 1915, T. I: 498; no obstante, en el Perú, PEÑA CABRERA (1995, T. I: 489) habla de «unidad de resolución criminal» —expresión contenida en el originario art. 49 del CP de 1991 y en la redacción actual— entiende el concepto en un sentido bien distinto: «Es necesario la presencia de una resolución común en las diversas acciones. Esto es lo que la doctrina denomina «dolo conjunto» o «dolo total», que comprende la unidad de la finalidad en las diversas acciones que se realizan». Así mismo, para VILLAVICENCIO TERREROS, 2001:197, «el término «resolución criminal», usado por el texto legal alude al factor final», y es equivalente al «dolo total o unitario que comprende la unidad de finalidad y que abarque a la pluralidad de conductas» (p. 197); obviamente, si se rige por un concepto finalista de acción no debería admitir «pluralidad de conductas», cosa que todavía postula (cfr. 2006: 690).

95 La discusión en Maurach, 1962, T. II: 431 y 432; Maurach/Gössel/Zipf: 541; Blei, 1977: 318 y 319; Schönke/Schröder/Stree, 2001: 683 y 684; Otto, 1992: 308; Jescheck, 1993: 654; Jescheck/Weigend, 1996: 716; Wessels, 1980: 232; Geppert, 1982: 364 s.; Gimbernat, 1979: 156.

96 Así, JESCHECK, 1993: 654, quien opta por el «dolo global» ante la ausencia de referencia legal; JESCHECK/WEIGEND, 1996: 716, aunque advierten que muy raras veces en la práctica se da un dolo global en sentido estricto; como él, VILLAVICENCIO TERREROS, 2006: 693 s. WELZEL (1976:312), después de optar por el «dolo global» y atendidas las mismas razones, pretexto que se debe acudir a las «circunstancias concomitantes externas»; WESSELS (1980:232), critica el «dolo de continuación» porque la extensión que ello supone «es dudosa en el aspecto dogmático»

la ejecución de los actos sucesivos y progresivos, teniendo a la vista el resultado global, de tal manera que todos ellos queden comprendidos en él; otra, que se inclina por el denominado «dolo de continuación»⁹⁷, construcción según la cual el autor actúa en la medida en que se producen circunstancias análogas, pero sin un plan previo o preconcebido. Y una más, que acude a posturas mixtas, al combinar ambos componentes, como lo hace el derecho español tras la reforma de 1983⁹⁸ cuando habla de la ejecución de un plan preconcebido (esto es, una expresión sinónima a la de designio criminal) o del aprovechamiento de idéntica ocasión (o unidad de motivación⁹⁹), distinción que se mantiene en el art. 74 del CP español de 1995¹⁰⁰.

Así las cosas, puede afirmarse que la figura del delito continuado requiere un «dolo global o conjunto» (plan preconcebido), o sea, una verdadera unidad de finalidad¹⁰¹; en otras palabras: es indispensable un designio único a manera de verdadera abrazadera que permita aglutinar los diversos actos en una sola acción o conducta.

IV. EL DELITO MASA

Para poder precisar los alcances de esta elaboración doctrinaria y determinar si es una mera construcción de los estudiosos o un fenómeno tomado de la vida real, y si tiene o no autonomía, es pertinente hacer algunas consideraciones¹⁰².

y arriesgada desde el punto de vista de la política criminal». Crítico con la concepción del dolo de continuación ZAFFARONI, 1980, T. IV: 549; también, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002: 863.

97 Cfr. BLEI, 1977: 318 y 319; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, 2001: 683 y 684; OTTO, 1992: 308; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995: 541; sintomática es la exposición de MAURACH (1962, T. II: 430 ss., también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: 540 s.).

98 Sobre ello, CANTARERO BANDRÉS, 1990: 68 ss.; para SAINZ CANTERO, 1985, T. III: 226; TOMAS TIO, 1987: 130. Así las cosas, se acogen las dos concepciones alemanas en esta materia: la del dolo global o de conjunto y la del dolo de continuación.

99 Las dos asimilaciones en BUSTOS RAMÍREZ, 1989: 303; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997, T. I: 206.

100 Véase MIR PUIG, 2004: 638: «La unificación de las distintas acciones puede tener lugar, pues, por dos vías: o bien por la existencia de un “plan preconcebido”, lo que equivale al «dolo conjunto» y supone una unificación puramente subjetiva, sin que importe la ocasión; o bien por el *aprovechamiento de idéntica ocasión*, lo que exige objetivamente la unidad de ocasión y subjetivamente su aprovechamiento consciente, en forma correspondiente al “dolo continuado”».

101 Cfr. ZAFFARONI, 1980, T. IV: 549; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002: 863.

102 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2008: 63 ss.

1. Origen y fundamento

La discusión en relación con esta figura encuentra sus antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia españolas de mediados del siglo pasado¹⁰³, y halla plasmación en el actual art. 74, num. 2 CP español de 1995, con precedentes en el art. 69 bis introducido tras la reforma de 1983¹⁰⁴. Sus desarrollos se iniciaron hacia 1958 cuando el entonces Fiscal del Tribunal Supremo, Reol Suárez, publicó un estudio referido al tema¹⁰⁵, al cual le siguieron reflexiones similares de Díaz Palos¹⁰⁶ (1960), Sainz Cantero (1971)¹⁰⁷, y Landrove Díaz¹⁰⁸, entre otros. En torno de su fundamento, se puede decir lo siguiente: este instituto fue introducido, justamente, para castigar de manera más severa aquellos fraudes colectivos en los cuales aparece un número plural de afectados, en casos de delito continuado, y a los cuales no era aplicable la teoría del delito continuado entonces desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia españolas; en otras palabras: se buscaba reprimir con pena más severa unos hechos que, mirados desde una perspectiva global, representaban una mayor gravedad en relación con la concurrencia normal de diversos delitos¹⁰⁹.

Así las cosas, parece haber acuerdo entre los estudiosos en el sentido de que el delito masa implica una mayor gravedad del injusto y de la culpabilidad en relación con el mismo hecho punible continuado, y con otras infracciones normales a la ley penal semejantes a él¹¹⁰. No obstante, debe advertirse, esta institución no ha contado siempre con el beneplácito de la doctrina dado que reputados autores la rechazan al calificarla como una figura insostenible desde el punto de vista dogmático¹¹¹.

103 Cfr. CÓRDOBA RODA, 1971, T. II: 322 y 323. En el Derecho italiano, sin embargo, el tema no es ignorado puesto que la doctrina y la jurisprudencia han concebido como delito continuado situaciones en las cuales el sujeto pasivo es plural. Así, por ejemplo, ANTOLISEI (1960: 380; 1988: 374; 1982: 455 y 456).

104 No obstante, ya en la Base 2ª de la Exposición y Estudio para un anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal, elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de codificación de diciembre de 1972, se contemplaba el delito masa. Cfr. LANDROVE DÍAZ, 1978: 18.

105 Cfr. REOL SUÁREZ, 1958: 21 ss.

106 Cfr. DÍAZ PALOS, 1960: 75 ss.

107 Cfr. SAINZ CANTERO, 1971: 649 ss.

108 Cfr. LANDROVE DÍAZ, 1978: 41 ss.

109 Así, SAINZ CANTERO, 2001: 652 a 654, 666; CHOCLÁN MONTALVO (1997: 367). Ello sucedía por tres razones: a) El fundamento que se le daba al delito continuado, al entenderlo como un expediente procesal; b) la no concurrencia de la unidad de ocasión; c) la falta de unidad del sujeto pasivo.

110 Cfr. SAINZ CANTERO, 1971: 667; LANDROVE DÍAZ, 1978: 12 y 13.

111 Cfr. CEREZO MIR (2001: 301); CHOCLÁN MONTALVO (1997: 391).

2. Naturaleza jurídica

Si se parte de una concepción real, ontológica, no cabe duda en el sentido de que esa es la sustancia de esta creación y no una mera ficción jurídica¹¹². No se trata, pues, de una construcción artificial del legislador, sino de una realidad existencial concreta.

3. Concepto

Por tal, se entiende aquel evento en virtud del cual el sujeto activo, mediante la ejecución de varios actos criminosos confundidos en una unidad final de acción —para algunos, con un punto de partida causalista, bastaría con una sola «acción»—, pone en ejecución un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa o colectivo de personas, las cuales no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico de ninguna especie¹¹³.

Diversas hipótesis de común ocurrencia, constitutivas de fraudes colectivos¹¹⁴, ilustran el concepto anterior: estafas cometidas contra los intereses de grupos de ahorradores; casos de especulación con los precios de alimentos, considerados de primera necesidad; alteraciones hechas en las máquinas expendedoras de combustible para ponerlas a marcar una cantidad diferente de la realmente suministrada; distribución de alimentos incluyendo una cantidad inferior a la anunciada; eventos generalizados de alteración de medicamentos o licores, expendiendo productos que no se corresponden con lo anunciado o introduciendo al mercado elementos de menor calidad o falsificados por no estar legalmente autorizados. En fin, piénsese en la actividad de los promotores de urbanizadoras «piratas» que, con el pretexto de suministrar vivienda a los usuarios, luego de exigir las respectivas cuotas iniciales, desaparecen con los dineros recaudados; en las estafas mediante la venta de loterías o juegos de azar inexistentes; en la obtención de emolumentos extras por parte de los empleados oficiales, cuando exigen bonificaciones a los usuarios por la prestación de un determinado servicio público; o en el que capta de manera masiva y habitual dineros del público, por fuera de los topes autorizados, mediante mecanismos diversos —recuérdense, por ejemplo, las llamadas «pirámides» tan en boga en Colombia—, etc.

112 Cfr. SAINZ CANTERO, 1971: 665; no obstante, al ocuparse del delito continuado tras la reforma de 1983, parte de la teoría de la ficción jurídica (Cfr. 1985, T. III: 228).

113 Véase SAINZ CANTERO, 1971: 664; el mismo, 1985, T. III: 233 s.); como él, VILLA STEIN, 1998: 443; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2004: 470); en el mismo sentido MUÑOZ CONDE, 1982: 177.

114 Véase los casos mencionados por REYES ALVARADO, 1990a: 237 ss.

Estas hipótesis y otras similares llevaron a la jurisprudencia y a la doctrina españolas —en busca de impedir el castigo más benévolo, resultante de punir de manera individualizada cada uno de los fraudes de poca entidad cometidos sobre un número plural de sujetos pasivos—, a plantear una sanción más elevada para la conducta cometida sobre una masa de perjudicados, sobre todo en atentados contra el patrimonio económico¹¹⁵ y que, con el correr de los años, se extendió a conductas similares que menoscaban otros bienes jurídicos como, por ejemplo, el orden económico social (piénsese en comportamientos tan reprobables como el acaparamiento, la especulación, la captación masiva de fondos del público, etc.).

4. Requisitos

En cuanto a los componentes del delito masa respecta, la doctrina¹¹⁶ y la jurisprudencia españolas¹¹⁷ señalan los siguientes: a) unidad de plan criminal (elemento subjetivo); b) pluralidad de acciones o diversidad de actos integrantes de una sola acción (presupuesto material)¹¹⁸; c) unidad de precepto penal infringido; d) sujeto pasivo masa, esto es, una multiplicidad de personas afectadas como sujeto pasivo del delito. Adicionalmente, la legislación española excluye también —lo mismo sucede con el delito continuado— el delito masa cuando se trata de la afectación de bienes jurídicos altamente personales (art. 74, num. 3 CP español).

115 Esta fue la justificación que primó en la doctrina de los años sesenta del siglo pasado. Cfr. SAINZ CANTERO, 1971: 650 s.

116 Véase SAINZ CANTERO, 1971: 668 ss.; LANDROVE DÍAZ, 1978: 46 y 47; CEREZO MIR, 2001: 300 y 301, que califica la figura de «artificiosa construcción». Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC (Cfr. VIVES ANTÓN: 1996, T. 1: 424), añade los siguientes elementos fuera de los del delito continuado: a) que se trate de delitos contra el patrimonio; b) que el sujeto pasivo esté conformado por una pluralidad de personas; c) que el hecho revista notoria gravedad; en el mismo sentido SAINZ CANTERO, 1985, T. III: 235 s. Para MUÑOZ CONDE, 1982: 177, son tres: existencia de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; pluralidad de acciones u omisiones; e infracción del mismo o semejantes preceptos penales; también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000: 537.

117 Cfr. las referencias de SAINZ CANTERO, 1985, T. III: 657 ss.

118 Para CEREZO MIR (200:300, nota 63) —en contra de la opinión de SAINZ CANTERO, 1985, T. III p. 670—, sin embargo, «en el delito masa existe siempre una pluralidad de acciones»; para BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997: 209 (apoyado en SAINZ CANTERO), el delito masa puede ser cometido mediante una o varias acciones: «sin duda el delito masa puede ser cometido por una sola acción, pues no siempre son necesarias varias acciones para defraudar a un (sic) pluralidad de personas. Justamente este es el aspecto distintivo del delito masa donde hay una pluralidad de personas afectadas que constituyen el sujeto pasivo del delito y la conciencia de ello por parte del autor»; BUSTOS RAMÍREZ, 1989: 306.

5. ¿Modalidad de delito continuado o figura independiente?

Pese a que un buen sector de estudiosos entiende que el «delito masa» es una especie del género «delito continuado»¹¹⁹, del cual difiere porque el sujeto pasivo es plural, otros son partidarios de posturas diferentes. En efecto, en primer lugar, se afirma que se trata de dos figuras completamente independientes aunque coincidan como modalidades de delito único¹²⁰, como se deriva de su distinto elemento subjetivo, de su presupuesto material y del número plural de sujetos pasivos¹²¹. Otra opinión, por el contrario, estima que —cuando la defraudación se comete mediante una sola acción— es un evento de concurso ideal homogéneo¹²².

V. LAS FIGURAS EN EL CP 1991

1. Antecedentes

El art. 107 del CP 1924 —que se vació sobre el tenor literal del art. 78 del CP Italiano de 1889¹²³— disponía lo siguiente: «Cuando varias violaciones de la misma Ley penal hubieren sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado y se reprimirán con la pena correspondiente a este»¹²⁴.

Con posterioridad, diversos proyectos se ocuparon del tema antes de que se expidiese el original art. 49 CP: arts. 85 del Proyecto de septiembre de 1984; 35 del Proyecto de octubre de 1984; 36 del proyecto de agosto 1985¹²⁵; 54 del Proyecto

119 Véase GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN, 1996, T. 1: 424; CEREZO MIR, 2001: 302; CANTARERO BANDRÉS, 1990: 144; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1984: 62 y 63; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995: 238; también, aunque va más lejos, CHOCLÁN MONTALVO (1997: 375 y 391).

120 Cfr. SAINZ CANTERO, 1985: 665 s.

121 No obstante, si se tienen presentes los desarrollos insinuados por REOL SUÁREZ (1958: 26 ss.) debe recordarse que, para él, el sujeto pasivo del delito era único: «cuando se trata de una masa, aunque se conozcan los nombres de los individuos componentes de la misma, no son sujetos pasivos, sino que estimamos hay *uno solo*, que es esa masa».

122 Así BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (1997:209); BUSTOS RAMÍREZ, 1989: 305.

123 Cfr. HURTADO POZO, 1987: 598; el mismo, 2005: 946.

124 Cfr. LEVENE/ZAFFARONI, 1978, T. I: 295.

125 Decía así: «Cuando varias violaciones de una misma disposición legal son ejecutadas con acciones u omisiones homogéneas que obedecen a un mismo móvil y con identidad de ocasión, se consideran como un solo hecho punible continuado y se reprime con la pena correspondiente a este». En el inciso segundo se indicaba que lo dispuesto en el inciso 1º «no es aplicable a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales», lo que HURTADO POZO (1987: 603), rechaza: «el resultado obtenido es claramente insatisfactorio»; en otro sentido, 2005: 946.

de abril de 1986; 54 del Proyecto de septiembre de 1989; 55 del Proyecto de julio de 1990; y 49 del Proyecto de enero de 1991¹²⁶. El texto original del art. 49 contenido en el Decreto Ley 635 de tres de abril de 1991, de manera similar al tenor literal de 1924, rezaba así: «Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a este»¹²⁷.

2. La fórmula actual

La Ley N. 26683 de 11.11.1996, que modificó el art. 49 CP original y es la normatividad en vigor —sin duda, profundamente influida por las elaboraciones españolas de 1983 y 1995—, dispuso en su artículo único lo siguiente:

Quando varias violaciones de la misma ley penal o de una igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave.

Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos¹²⁸.

3. Un punto de partida

Pues bien, si se aplican las nociones expuestas en precedencia, se puede intentar caracterizar la fórmula peruana a partir de diversas situaciones.

A. Sobre la naturaleza y el fundamento

Pese a que, en principio, nada impediría afirmar que el delito continuado —y con él, el delito masa— se puede concebir como una unidad real de acción acorde con la teoría de la realidad natural, y no una ficción, la concepción defendida

126 Véase VILLAVICENCIO TERREROS, 2001: 196 s.

127 Cfr. Nuevo Código Penal: 24.

128 En www.unifr.ch/derechopenal/legislacion; también Código Penal, 1999: 64.

encuentra reparos en el texto del art. 49 CP cuando en su inciso primero parece adscribirse a la teoría de la ficción: «serán considerados como un solo delito continuado».

Así mismo, en torno al fundamento parece claro que se debe rechazar el basamento humanitario de este instituto si se tiene en cuenta que la punición imponible es la equivalente al acto más grave —castigo muy similar al que disponen los arts. 48 y 50 CP para los casos de concurso ideal y concurso material de delitos, que se reprimen «con la que establezca la pena más grave» o con «la pena del delito más grave», respectivamente—, que puede ser incrementada en «un tercio de la máxima prevista para el delito más grave» cuando se tratare de un delito masa. Pero, debe advertirse, si se recuerda que en sus orígenes este instituto surgió para evitar la pena de muerte infligida a quien incurría en el tercer hurto, no cabe duda en el sentido de que el muy severo tratamiento punitivo actual de la legislación peruana es más «humanitario» que él de entonces.

Así las cosas, podría decirse que su fundamento es tanto material como utilitarista. Lo primero, porque todo indica que su sostén es la justicia real, dado que se castiga al infractor con una sanción única que pretende compadecerse con la gravedad del injusto cometido; y, lo segundo, porque es innegable que en la práctica judicial peruana esta institución está llamada a resolver diversas dificultades procesales y probatorias, cuando no se logra demostrar la existencia de cada uno de los actos que integran la acción unitaria, lo cual debe replantearse como ya ha sucedido en la discusión suiza y alemana.

B. Concepto

De igual forma —con un punto de partida propio de las concepciones mixtas, para el cual se debe optar por el concepto final de acción—, se puede concebir el delito continuado como aquella manifestación criminosa en virtud de la cual el agente ejecuta de forma reiterada diversos actos particulares, conectados entre sí por una relación de dependencia, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad final de acción. El delito masa, por su parte, no será más que una especie de este aunque limitada a atentados básicamente patrimoniales con sujeto pasivo del delito colectivo; cosa distinta, desde luego, sucede con hipótesis en las cuales con una «acción» —en sentido natural— se defrauda a una masa de personas, que, desde este ángulo —salvo expresas previsiones de la Parte especial como la del tipo de estafa—, no encajan en dicha figura, aunque sí como un concurso ideal homogéneo.

C. Los componentes

De esta manera, los elementos de carácter obligatorio que debe reunir esta construcción asentada en datos ónticos son tanto de índole objetiva como subjetiva, tal como ya se dijo¹²⁹. Como requisitos objetivos se deben tener en cuenta los siguientes: en primer lugar, la unidad de sujeto activo, elemento que se desprende de la expresión «el agente» utilizada por el inc. 2 del art. 49 CP; en segundo lugar, la unidad de acción, exigencia que se infiere de la locución «con actos ejecutivos» empleada en el inciso 1 del texto legal.

En tercer lugar, la infracción de la misma disposición o de una semejante (unidad normativa relativa), componente que con mucha abundancia se desprende del inciso 1 del texto legal: «Cuando varias violaciones de la misma ley penal o de una igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos». Esto es, a título de factor normativo —si se tiene en cuenta el punto de partida asumido—, se requiere que la unidad de acción encaje varias veces en la misma ley penal o en una semejante a condición de que afecten el mismo bien jurídico¹³⁰. Así las cosas, pueden presentarse varias violaciones de «una misma» ley penal, o varias violaciones de «una igual o semejante», cometidas —por actos diversos— al momento de la acción o en tiempos distintos; naturalmente, la fórmula puede llevar a equívocos —igual que las precedentes— porque la expresión «en el momento de la acción» referida a las «varias violaciones de la misma ley» hace también alusión a los diversos casos de «unidad de acción» diferentes al delito continuado y con él al delito masa, con lo cual parecieran confundirse el género y la especie¹³¹.

En cuarto lugar, la unidad o pluralidad de sujeto pasivo. También este componente tiene claro asidero en el texto legal, si se tiene en cuenta que en el inc. 2 se dispone: «si [...] el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas

129 Cfr., *supra* III.

130 Así VILLAVICENCIO, 2001: 198.

131 Según Hurtado Pozo, refiriéndose al antiguo texto (1987: 600), «tampoco debe confundir al intérprete, el empleo de la palabra acción en el art. 107. Del contexto se deduce, con facilidad, que el legislador solo ha recurrido a ella para referirse al marco temporal en que han «de tener lugar las exteriorizaciones de la resolución criminal»; es más, luego señala: «Con la expresión mismo momento de acción, se refiere a un estrecho contexto temporal, durante el cual el agente comete el delito mediante acciones físicamente independientes. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad, se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias subtracciones, exigidas por circunstancias accidentales. Lo mismo sucedería, en caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual sucesivamente y tantas veces como sus condiciones personales se lo permitan»; también, 2005: 951, al examinar el art. 49 vigente. Para CAMARGO HERNÁNDEZ (1951:109), el concepto de delito continuado «se encuentra confundido con el del delito único con pluralidad de actos».

[...]; así mismo, en el inc. 3, se excluye la continuación cuando se tratare de bienes altamente personales «pertenecientes a sujetos distintos». En otras palabras, pues, el «sujeto pasivo» puede ser uno o plural.

En quinto lugar, que no se trate de ofensas a bienes jurídicos altamente personales. De igual forma, el Código dispone que solo se acepta la figura cuando los bienes jurídicos afectados no son de los calificables como «altamente personales»; este componente se deduce del inc. 3 del texto legal, cuando señala: «La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos». Obviamente, la expresión «sujetos distintos» debe entenderse como referida a los titulares de los bienes jurídicos que el Código llama «de naturaleza eminentemente personal», esto es, a los sujetos pasivos del delito.

En cuanto al requisito subjetivo, es indispensable la unidad de fin —esto es, el factor final situado al lado del factor normativo¹³²—, en cuya virtud se requiere que el agente obre con «la misma resolución criminal» que es fruto de las construcciones italianas (cfr. CP 1889)¹³³. Naturalmente, nada impide entender la expresión utilizada por el legislador como sinónima de «dolo global» o «dolo de conjunto»¹³⁴.

Obviamente, también se pueden incluir los tres requisitos accidentales ya indicados¹³⁵: empleo de medios o procedimientos semejantes; aprovechamiento de ocasiones idénticas; y que haya una cierta conexión espacial y temporal.

Ahora bien, el delito masa puede ser concebido como una especie de delito continuado si se tiene presente que el inciso segundo del artículo prevé un incremento punitivo, cuando los actos llevados a cabo por el autor recaen sobre «una pluralidad de personas»; con ello, además, se da entrada al delito continuado con plurales «sujetos pasivos», a condición de que no se trate de bienes de naturaleza «eminentemente personal». Repárese en el texto: «Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave».

Por supuesto, la conducta desplegada debe recaer sobre una verdadera masa de personas, esto es, debe tratarse de un colectivo de seres humanos verdaderamente

132 Así VILLAVICENCIO TERREROS, 2001: 197: «El término «resolución criminal», usado por el texto legal alude al factor final; y la frase «varias violaciones de la misma ley» se refiere al factor normativo, pues les asignan el carácter de unidad de conducta («como un solo delito continuado»).

133 Así HURTADO POZO, 1987: 606; el mismo, 2005: 953.

134 Así VILLAVICENCIO TERREROS, 2001: 197; el mismo, 2006: 693.

135 Cfr., *supra* III.

significativo, tanto que esté en la posibilidad de cambiar los acontecimientos como dice el diccionario al ocuparse de los alcances de la expresión¹³⁶.

D. Figuras previstas

Un análisis detenido del texto legal enseña que del mismo se desprenden diversas elaboraciones teóricas: a) el concurso ideal homogéneo; b) el delito continuado con sujeto pasivo único, sin distinguir el bien jurídico afectado; c) el delito continuado con sujeto pasivo plural, cuando los actos recaen sobre bienes que no se puedan calificar de «naturaleza eminentemente personal»; d) el delito continuado con sujeto pasivo plural, cuando los actos recaen sobre bienes que se puedan calificar de «naturaleza eminentemente personal»; e) el delito masa, en sus diversas modalidades.

Es más, a ellas deben añadirse algunas hipótesis de la parte especial que, sin duda, aluden al delito continuado y al delito masa¹³⁷: por ejemplo, la injuria (art. 130); la difamación (art. 132); el acaparamiento que conlleva sustraer del comercio «bienes de consumo o producción» «en perjuicio de la colectividad»; la especulación (art. 234), que supone la puesta en venta de «productos considerados oficialmente de primera necesidad» en perjuicio de número plural de perjudicados, así el sujeto pasivo del delito sea la colectividad como titular del bien jurídico «orden económico»; igual ocurre con la adulteración del art. 235 que recae sobre «artículos» considerados, oficialmente, como de primera necesidad con «perjuicio del consumidor». También, la venta ilegal de mercaderías («bienes») destinadas a la distribución gratuita (art. 237); las «afirmaciones falsas» sobre la calidad de productos (art. 238); la venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los enunciados (art. 239); el aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial (art. 240); el fraude en remates, licitaciones y concursos públicos mediante diversas «acciones» señaladas en la ley (art. 241); la conducta de promover instituciones financieras ilegales mediante la «captación habitual de recursos del público» (art. 246); el tráfico de moneda falsa (art. 254) que afecta el orden financiero y monetario, porque el agente introduce en el

136 La expresión «masa», entre sus numerosas acepciones, presenta estas dos según el léxico: «8. Gran conjunto de gente que por su número puede influir en la marcha de los acontecimientos. *La masal*/9. Muchedumbre o conjunto numeroso de personas. U. m. e pl. *las masas populares*» (Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, T. II: 1461).

137 Estos eventos, dice Novoa Monreal (Cfr. 1966 II: 274 y 275), se caracterizan porque «el sentido de la ley no envuelve la idea de que cada acto separado de esta especie constituirá un nuevo delito, sino que puede ser absorbido como un conjunto en una sola transgresión penal». El autor, pues, parte de la siguiente clasificación de los tipos penales: «o hay tipos en los que cada conducta que encuadre en ellos constituye un nuevo hecho delictuoso, de manera que a pluralidad de conductas deberá concluirse que hay concurso real de delitos, o hay tipos para los que la pluralidad o repetición de los actos en ellos descritos es legalmente indiferente».

territorio «monedas o billetes falsificados o alterados por terceros»; la comercialización o tráfico de productos nocivos comprometiendo «la salud de las personas» (art. 288); la violación de «medias impuestas por la ley» en materia sanitaria (art. 292), etc.

E. Punción de las figuras

En cuanto a la forma como son castigadas las diversas hipótesis de delito continuado, se tiene lo siguiente: en primer lugar, las modalidades calificables de usuales o normales —o sea, aquellas en las cuales se hubiere perjudicado a una sola persona—, se sancionan con la pena señalada en la parte especial más grave, esto es, la máxima de la indicada. Así mismo, en segundo lugar, cuando se tratare de delitos continuados con pluralidad de personas «perjudicadas» —independientemente de que haya o no sujeto pasivo del delito plural—, la punición es la establecida en el inciso 2: «la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave»; esto es, se parte de nuevo del correctivo previsto en la parte especial incrementando el más grave en la tercera parte, con lo cual se multiplica la dureza correctiva del estatuto peruano en esta materia.

En tercer lugar, también el delito masa o fraude colectivo queda sometido a las previsiones del inciso 2 porque lo característico de este instituto es que haya un sujeto pasivo masa, esto es, una multiplicidad de personas perjudicadas, y se trata básicamente de atentados patrimoniales. Y, para concluir, en cuarto lugar, el delito continuado cometido sobre sujetos distintos —debiera entenderse plurales sujetos pasivos del delito, no de la acción— y los bienes afectados fueren de «naturaleza eminentemente personal», queda excluido del tratamiento punible señalado en el art. 49 CP por tratarse de verdaderos casos de concurso ideal homogéneo que, paradójicamente, tampoco se incluyen en las previsiones del inciso primero como eventos de «unidad de acción»; por supuesto, ello pone una vez más sobre el tapete la crítica ya hecha a ese aparte del texto legal.

Desde luego, las hipótesis de delito continuado y/o masa que surgen de la parte especial están sometidas a su propio régimen de punición, esto es, el correspondiente a los marcos señalados en la ley para cada caso.

4. El Anteproyecto de Parte General de Código Penal de 2004

En el art. 51 del Anteproyecto de Parte General de Código Penal —redactado por la Comisión Especial Revisora del CP, creada por Ley 27837 del cuatro de Octubre del 2002— que se intitula como «Delito continuado y delito masa» se dispone lo siguiente¹³⁸:

138 Cfr. la página a cargo de Hurtado Pozo, www.unifr.ch/derechopenal/legislacion

Cuando varias violaciones de la misma Ley penal hubieren sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se consideran como un solo delito continuado, y se reprimirán con la pena correspondiente a este. Si el hecho representa notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave¹³⁹.

Naturalmente, si se compara este texto con el vigente art. 49 se encuentran las siguientes diferencias: en primer lugar, la normativa vigente solo se intitula como «delito continuado», mientras que el texto propuesto se refiere a las dos figuras: «delito continuado y delito masa»; en segundo lugar, se elimina de la fórmula la expresión «o de una igual o semejante naturaleza» con lo cual parece descartarse la posibilidad de que se reconozca el delito continuado cuando la trasgresión de la ley recaiga sobre norma diferente, restricción que no tiene razón de ser si se mira la fórmula desde la perspectiva político-criminal.

En tercer lugar, en materia de punibilidad se observa cómo mientras en el art. 49 se castiga al agente con la pena correspondiente «al más grave» —se supone que es el «delito» más grave— en el texto proyectado ello se hace con «la pena correspondiente a este» lo que, a no dudarlo, implica un tratamiento punitivo menos riguroso, si es que el «este» está referido a la figura prevista en la parte especial porque —de no entenderse así— la construcción lingüística sería ininteligible; además, en cuarto lugar, tratándose del delito masa, el Proyecto añade una exigencia no contenida en el art. 49 en el sentido de que el hecho, fuere de haber perjudicado a una generalidad de personas, debe comportar «notoria gravedad».

Finalmente, en quinto lugar, desaparece el inciso 3, destinado a la prohibición de reconocer la figura del delito continuado cuando se tratare de bienes jurídicos altamente personales y los afectados fueren sujetos distintos, con lo que se da a entender que ahora sí sería posible semejante construcción en esos casos lo que, obvio es decirlo, vuelve a reabrir el debate sobre el asunto y en torno al cual ya se ha sentado una postura clara en este trabajo¹⁴⁰.

139 También, el art. 49 de la Parte General del Proyecto de Código de Justicia Militar acuña una fórmula sobre el delito continuado, en los siguientes términos: «Si se violase la misma ley penal en acciones sucesivas provenientes de una misma determinación criminal, se aplicará la pena correspondiente a este delito continuado, pero aumentada en su duración no más allá del máximo» (cfr. Proyecto de Ley N. 1204, Publicado en el art. 44 del Código de Justicia Militar vigente (Decreto Ley N° 23214 de 24 de julio de 1980): «Si se violase la misma ley penal en acciones sucesivas provenientes de una misma determinación criminal, se aplicará la pena correspondiente a este delito continuado, pero aumentada en su duración». Como se ve, el Proyecto solo añade la expresión «...no más allá del máximo».

140 Cfr., *supra*, III, 5.

Estos son, a grandes rasgos, los cambios sin descontar algunas modificaciones de carácter lingüístico y de redacción. Evidentemente, añádase, en el art. 84 del Anteproyecto también se alude a la figura del delito continuado cuando, con ocasión del inicio del plazo a efectos de contabilizar los términos de prescripción de la acción penal, se dice que ellos comienzan «3º En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa». Lo extraño es que no se mencione también el delito masa a no ser, claro está, que se entienda que la disposición también lo cobija con lo cual se aceptaría que el delito masa es una modalidad del continuado y no una figura diferente, como creen algunos. Era, pues, necesario unificar los contenidos de los arts. 51 y 84 del Anteproyecto.

VI. CONCLUSIONES

Primera: la exposición demuestra cómo las figuras del delito continuado y del delito masa no han aparecido de manera inesperada en el art. 49 CP, sino que, por el contrario —sobre todo la primera—, ellas han adquirido carta de naturaleza desde hace mucho en la discusión doctrinaria, legislativa y jurisprudencial peruanas.

Segunda: no obstante, se echa de menos una construcción dogmática coherente de ambas instituciones de tal manera que la aplicación del texto legal no quede librada a la sana intuición de los órganos judiciales, o al azar. Esta es, pues, la tarea que debe emprenderse.

Tercera: así mismo, llama la atención el yerro técnico en que incurre el legislador al incluir todas las modalidades de unidad de acción como delito continuado, cuando lo cierto es que esta última figura apenas si es una manifestación de la primera; en otras palabras: se confunden el género y la especie, lo cual se evidencia aún más cuando —en el inc. 3º— se excluyen de las hipótesis del delito continuado los casos de inequívoca unidad de acción.

Cuarta: igualmente, la fórmula adoptada permite sin dificultad la distinción entre diversas especies de delito continuado, según si los afectados con los distintos actos son o no plurales; ello, justamente, permite una estratificación punitiva que arranca con la pena más elevada señalada para los casos normales de delito continuado que se incrementa, en las hipótesis más graves, en la tercera parte.

Quinta: naturalmente, pese a que este escalonamiento punitivo se compadece con un distinto grado de injusto y de culpabilidad, también es evidente que comporta un severo castigo para el agente, en la medida en que no se parte de la pena mínima señalada en la parte especial, sino de la más grave, lo cual desdice bastante de esta elaboración, sobre todo cuando se le mira desde la perspectiva de las teorías realistas. Por supuesto, un replanteamiento sobre la materia se observa

en el art. 51 del Anteproyecto de 2004, cuando parte de la pena «correspondiente a este».

Sexta: dicho en otras palabras, parece cuestionable desde el punto de vista político-criminal la inusual ferocidad punitiva dispuesta por el legislador en estas materias que, obviamente, contrasta con lo señalado en la fórmula original de 1991 en su art. 49 y en el propio art. 107 del CP 1924, que imponían como pena la indicada para el delito en la parte especial: «se reprimirán con la pena correspondiente a este», sin hacer distinciones de ninguna índole. Este último camino es el que, por supuesto, retoma el art. 51 del Anteproyecto.

Séptima: así mismo, al reiterar una larga veta doctrinaria y jurisprudencial, el texto legal (cfr. inc. 3º) dispone que no se puede apreciar la continuidad ni tampoco el delito masa cuando se tratare de bienes jurídicos altamente personales y, en el primer caso, la conducta recae sobre un número plural de personas; esos eventos, pues, deben ser concebidos como situaciones de concurso ideal homogéneo sometidas a la punición especial. Lógicamente, a conclusión diferente se llega cuando se examina el tenor literal del art. 51 del Anteproyecto de 2004, como ya se señaló.

Octava: no debe olvidarse, asimismo, que existen previsiones de delito continuado y de delito masa en la parte especial del Código sometidas a un tratamiento distinto al señalado para los anteriores casos, pues para ellos la pena aplicable será la indicada en la norma respectiva, a partir del mínimo legal.

Novena: aunque el autor es consciente de lo difícil que resulta abordar las legislaciones de otros países —que, por supuesto, deben ser estudiadas por sus propios académicos: ¡y conste que en el Perú los hay de extraordinario nivel!—, se sentiría muy motivado si con estas consideraciones logra, por lo menos, crear conciencia entre los expositores de la nación hermana en el sentido de que esta materia debe ir de la mano de una construcción previa de todo el sistema penal, tarea que compete por igual a la doctrina y a la jurisprudencia.