



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Maldonado Fuentes, Francisco  
Delito continuado y concurso de delitos  
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXVIII, núm. 2, diciembre, 2015, pp. 193-226  
Universidad Austral de Chile  
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173743354010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## Delito continuado y concurso de delitos

Francisco Maldonado Fuentes\*

### RESUMEN

*La presente contribución no pretende ofrecer una aproximación al delito continuado de modo constructivo, entendido en términos literales. Es decir, no busca ratificar u ofrecer criterios de conexión que permitan identificar una hipótesis de continuación delictiva. Nuestro objetivo apunta más bien a problematizar la función que dichos elementos están llamados a cumplir frente a los casos problemáticos que aborda esta institución basados en los objetivos que parecerían inspirarla. Se concluye tras dicho contraste que el delito continuado procura canalizar una multiplicidad de intereses y que la inadvertencia de esta diversidad ha incidido negativamente, y de forma decisiva, en su capacidad de rendimiento para ofrecer soluciones aceptables respecto de los problemas que procura resolver, asumiendo la tarea de proponer una conceptualización básica que tiende a neutralizar dicho efecto.*

Delito continuado – concurso de delitos – reiteración delictiva

### *Continuing offense and concurrent offences*

### ABSTRACT

*The present contribution is not intended to provide an approximation to the continuous commission of a felony in a constructive key, given it in literal terms. This means that it does not seek to ratify or to offer a connection criteria which will allow to identify an hypothesis to the continuous commission of a felony. Our goal says relationship with identifying the problems that the role that such elements are called to face within the problematic cases that deals with this institution, based on the objectives that seem to inspire it. It is concluded after the contrast that the continuous commission of a felony seeks to channel a multiplicity of interests and that the unawareness of this diversity has influenced negatively, and decisively, in its capacity of performance to offer acceptable solutions regarding the problems which seeks to resolve, assuming the task of proposing a basic concept that tends to neutralize this effect.*

Continuing offense – concurrent offences - recidivism

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado. Doctor en Derecho. Profesor e Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Correo electrónico: frmaldonado@utalca.cl.

El texto forma parte del proyecto Fondecyt Nº 1121313, financiado por Conicyt, referido al tratamiento de la reiteración delictiva en Derecho penal, del cual el autor es investigador responsable. El autor agradece los comentarios y sugerencias recibidos de los Drs. Martín Besio y Sebastián Salinero, del Mg. Sr. Federico Szczaranski y del ayudante de investigación, Sr. Patricio Acuña.

Artículo recibido el 30 de octubre de 2014 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2015.

## I. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL DELITO CONTINUADO (INCONGRUENCIAS)

El denominado *delito continuado* constituye una institución jurídico penal de vasto reconocimiento en el medio local y en, general, en los sistemas comparados<sup>1</sup>. Tras dicha noción se acoge la idea (con variados matices) de que es posible apreciar la comisión de un solo delito (*una sola realización típica punible*<sup>2</sup>) en una reiteración de hechos o sucesos fácticos independientes, aun y cuando cada uno de ellos, por separado, pudieren ser objeto de una calificación típica individual y por ello penalizados en forma autónoma bajo las reglas del concurso real de delitos<sup>3</sup>. Su aplicación depende de la posibilidad de constatar la concurrencia de un vínculo de conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta *única realización delictiva* a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de *unidad jurídica de acción*<sup>4</sup>. Lo dicho sintetiza el parecer dominante en la doctrina nacional<sup>5</sup> (en forma prácticamente unánime<sup>6</sup>) y la opinión generalizada de nuestra jurisprudencia, tanto a nivel de instancia como de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> En Chile ha constituido un ámbito de preocupación desde antiguo. Además de los textos monográficos más generales (Fontecilla R., R., "Concurso de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, 1956, pp. 64 y ss; y Etcheberry O.A., *El concurso aparente de leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Colección de seminarios e institutos Vol. II, pp. 8 y ss.), destaca como primera obra Pottstock Padilla, E., "El delito continuado: estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina", Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Universitaria S.A., 1960, seguida por la conocida monografía de Cury Urzúa, E., "El delito continuado", Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Universitaria S.A., 1962.

<sup>2</sup> Garrido Montt, M. *Derecho Penal. Parte General*, (T. II), Edit. Jurídica de Chile, 4° ed., Santiago, 2007, p. 342.

<sup>3</sup> Etcheberry O. A., *Derecho Penal. Parte General*, T.II., Tercera Edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 111.

<sup>4</sup> Cury Urzúa, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7° ed. 2005, p. 653 y 654 (reconociendo que se trata de un caso límite); Etcheberry O., *cit.*, p. 110, Garrido Montt, *cit.*, p. 339; Politoff /, Matus / Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 448; Ortiz, L. / Arévalo, J., *Las Consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 322. Pottstock, pp. 55, 61 y 82. Asimismo, Cortés Zepeda, J.L. "Reiteración y delito continuado desde la perspectiva de la prescripción de la acción penal", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 41, p. 64.

<sup>5</sup> Cous, en Couso Salas, J. y Hernández Basualto, H., (Dirs.) *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Edit. Abeledo Perrot, 2011, p. 637; Garrido Montt, *cit.*, p. 339; Cury Urzúa, 2005, p. 654; Etcheberry, *cit.*, p. 110; Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 449; Ortiz / Arévalo, *cit.*, pp. 321 y ss.

<sup>6</sup> La única opinión (del todo aislada) que se ha alzado contra el reconocimiento de esta institución y sus efectos la ofrece Eduardo Novoa Monreal, sostenida en Novoa Monreal, E. "El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico", en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIII (1964), pp. 139-153. y sintetizada en Novoa Monreal, E., *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, Tomo II, pp. 236 y 242.

<sup>7</sup> El reconocimiento inicial de la jurisprudencia se sitúa en un fallo de la Corte Suprema del año 1966, encontrándose hoy completamente asentada. Enfático, Garrido Montt, *cit.*, pp. 339 y Couso / Hernández, *cit.*, p. 638. Se ratifica en Etcheberry O. A., *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte General y parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2° ed. 1987, T. II, pp. 77 y ss. y en la reseña de fallos más recientes de Couso / Hernandez (*cit.*, pp. 641 a 645). Para revisión más antigua Pottstock, *cit.*, p. 144 y ss.

No obstante, y a pesar de este amplio reconocimiento, son vastas y profundas las discusiones que ofrece su formulación, existiendo una amplia disparidad de criterios a la hora de analizar cuáles son (o *deben ser*) sus presupuestos esenciales (o contenidos definitorios), sus objetivos y fundamentos e inclusive cuál debiera ser la regla de sanción adecuada para su tratamiento penológico<sup>8</sup>, estado que ha llevado a la formación de opiniones favorables a su total supresión, destacando la orientación dominante de la doctrina alemana<sup>9</sup> y, en nuestro medio, la opinión que en su momento formuló de manera asertiva Eduardo Novoa Monreal<sup>10</sup>. En los hechos, la ausencia de consensos ha sido interpretada como un signo de irracionalidad<sup>11</sup> cuyos efectos prácticos se traducen en una amplia arbitrariedad judicial<sup>12</sup>. A esta misma dispersión de opiniones y a la constatación crítica de un cierto grado de voluntarismo de los agentes judiciales ha contribuido sin lugar a dudas el hecho de que su origen y buena parte de su desarrollo –vasto y premoderno– haya sido articulado sobre la base del criterio jurisprudencial<sup>13</sup>, presentando incluso hoy una consagración positiva absolutamente irregular<sup>14</sup>. Son, en efecto, numerosos los modelos –como el chileno y el alemán– donde el reconocimiento (doctrinario y jurisprudencial) carece de respaldo en la ley positiva<sup>15</sup>.

Si bien en lo relativo a sus presupuestos pareciera existir algún grado de consenso, los aspectos controvertidos se refieren precisamente a aquellos que resultan determinantes

---

<sup>8</sup> Recientemente lo ratifica Besio Hernández, M., “El delito continuado en el sistema penal chileno: criterios y tendencias”, en *Revista Razonamiento Penal*, N° 2, 2012, p. 117; Cortés Zepeda, *cit.*, p. 65 (respecto del nexo de conexión); De forma clásica, Cury Urzúa (*cit.*, 1962, p. 55); Respecto del sistema español Camargo Hernández, C. *El delito continuado*, Bosch, 1951, p. 45; Del Rosal, J., “Consumación y aplicación de la Ley penal en el delito continuado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 1, Fasc/Mes 2, 1948, p. 282; y más recientemente en Choclan Montalvo, J.A., *El delito continuado*, Marcial Pons, 1997, pp. 18 y 24.

<sup>9</sup> Maurach, R. / Gössel, K.H. / Zipf, H., *Derecho Penal. Parte General* (trad. Bofill Genzsch), Tomo II, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 541, Marg. & 54, III, 76 y las llamativas expresiones de Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2º Edición corregida, (traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González, J.L.), Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 1098). Una apretada pero completa síntesis en Zaffaroni, E. / Aliaga, A. / Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 861. En España destaca Cobo Del Rosal, M. “Sobre el delito continuado. (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 163.

<sup>10</sup> Novoa Monreal, *cit.*, 1964, p. 139.

<sup>11</sup> A este respecto Choclan Montalvo, *cit.*, p. 18, quien sostiene que dicha tarea implicaría *dar sentido a algo que no lo tiene*, asumiendo que lo relevante es proveer de racionalidad a una *irracional praxis judicial*.

<sup>12</sup> En Alemania las objeciones a este respecto han sido respaldadas por la distendida utilización arbitraria de la institución por razones de naturaleza procedimental y de economía en la administración judicial. Al respecto Vid. Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal español*, 18º edición, Edit., Dykinson, Madrid, 1995, p. 858.

<sup>13</sup> En referencia a ello se ha llegado a sostener que se trata de una *denominación* que ha terminado por consolidarse a partir de su *uso*, a pesar de la total imprecisión que aqueja a su contenido y presupuestos. En este sentido Camargo Hernández, *cit.*, p. 23. Cury Urzúa, 1962, p. 19. En el sentido sostenido en el texto Besio Hernández, *cit.*, p. 118.

<sup>14</sup> En Posada Maya, R. *Delito continuado y concurso de delitos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2011, p.396, se contiene un detallado y actualizado listado de Estados donde se considera una regulación sobre la institución.

<sup>15</sup> Lo destaca a esos efectos Garrido Montt, *cit.*, p. 339.

o definitorios de la institución, lo que relativiza la real utilidad de dichos consensos. Así, se considera en general que para identificar un delito continuado se requiere, cuando menos, una unidad de sujeto activo (individual o colectivo<sup>16</sup>)<sup>17</sup>; estar frente a un caso compuesto por una pluralidad de hechos o acciones que satisfagan individualmente las exigencias del tipo respectivo<sup>18</sup>; una distancia o separación cronológica entre ellas<sup>19</sup> y que se trate de delitos que afecten bienes análogos mediante una forma de comisión semejante (o, a estos efectos, delitos *de la misma especie*)<sup>20</sup>. Si bien existe también (pleno) consenso en entender que la exigencia de *unidad de sujeto pasivo no constituye* un requisito fundante de la institución<sup>21</sup>, parte importante de la doctrina sostiene que dicho contenido puede llegar a constituir una exigencia adicional en la medida de que se trate de la afectación de bienes jurídicos de carácter *personalísimo* (o *altamente personales*)<sup>22</sup>, considerando que dicho estatus impediría la apreciación de una unidad en la ejecución que recae sobre una multiplicidad de individuos diversos<sup>23</sup>. A todo ello se agrega, evidentemente, la necesidad de constatar un particular *vínculo de conexión* entre las diversas realizaciones, aspecto que carece por completo de consensos a pesar de ser precisamente el elemento que cumple una función determinante para apreciar una unidad en la ejecución delictiva<sup>24</sup>.

En nuestra doctrina más clásica pareciera primar a este respecto la exigencia de una especie de *propósito criminal* global o, si se prefiere, de una resolución delictiva única o común (dolo inicial)<sup>25</sup>, aceptándose además, y en paralelo, la alternativa de acreditar un

<sup>16</sup> Garrido Montt, *cit.*, p. 340.

<sup>17</sup> Ortiz / Arévalo, *cit.*, p. 322; Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 449.

<sup>18</sup> Cury Urzúa, 2007, p. 654 y 657; Etcheberry, *cit.*, p. 111; Garrido Montt, *cit.*, p. 340; Ortiz / Arévalo, *cit.*, pp. 322 y 323.

<sup>19</sup> Cury Urzúa, 2007, p. 657; Etcheberry, *cit.*, p. 111; Garrido Montt, *cit.*, p. 340; Ortiz / Arévalo, *cit.*, pp. 322 y 323. Cury Urzúa, 1962, pp. 41 a 44; Mercado Gómez, Marco Antonio. *Problemas concursales y delito continuado en los delitos que protegen la libertad sexual*, Lexis Nexis, 2003, p. 29. En Politoff / Matus / Ramírez (*cit.*, p. 449) se sostiene un *lapso prolongado de tiempo*, que evite apreciar una unidad de contexto fáctico.

<sup>20</sup> Cury Urzúa, 2007, p. 654 y 658; Garrido Montt, *cit.*, p. 340; Ortiz / Arévalo, *cit.*, p. 323; Etcheberry, *cit.* p. 111 (si bien tendencialmente proclive a la unidad de título). En este mismo sentido Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 449.

<sup>21</sup> Cury Urzúa, 2007, p. 655; Garrido Montt, *cit.*, p. 341; Ortiz / Arévalo, *cit.*, p. 322. Con leves matices, Etcheberry, *cit.*, p. 113 (quien sostiene formalmente la regla inversa, pero a partir de la consideración expresa de que la mayoría de los delitos protegen bienes altamente personales).

<sup>22</sup> Por todos Garrido Montt, *cit.*, p. 340. Se considera ya en Pottstock, p. 32 y en Camargo Hernández, p. 61. La jurisprudencia sin embargo tiende a apreciar esta exigencia en forma restrictiva. En este sentido, con cita de respaldo jurisprudencial, Besio Hernández, *cit.*, pp. 141 y ss.

<sup>23</sup> Con ello, tratándose de esa clase de bienes la unidad de *víctima* pasa a constituir una exigencia complementaria de carácter parcial. *Vid.* Cury Urzúa, 2007, p. 658; Garrido Montt, *cit.*, p. 341; Ortiz / Arévalo, *cit.*, pp. 323 y 324.

<sup>24</sup> Cury Urzúa, 2007, p. 654. Ya antes en Cury Urzúa, 1962, pp. 55 y 71. Se ratifica recientemente en Besio Hernández, *cit.*, p. 118, y por Rodríguez Collao, L. / Oliver Calderón, G. "Aplicabilidad de la figura del delito continuado en los delitos sexuales. Comentario a un fallo", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Nº 1, año 16 (2009), pp. 255.

<sup>25</sup> En este sentido Etcheberry, *cit.*, p. 112 (basado en la práctica italiana), quien complementa la exigencia con requisitos objetivos (asociados al fraccionamiento de la ejecución). En el mismo sentido Politoff

*fraccionamiento necesario* en la ejecución del delito (con el objeto de abarcar aquellos casos en que el agente se ha visto de alguna forma compelido o inclinado a ejecutar el delito por partes o fracciones)<sup>26</sup> como también la acreditación de un plan o proyecto ejecutivo único a partir del cual se subdivide la ejecución (en forma no indispensable o *necesaria*)<sup>27</sup>. Dichos criterios, eminentemente subjetivos, se complementan por la jurisprudencia, tendiente a acoger en forma adicional e indistintamente<sup>28</sup> la tesis de la *renovación de la misma resolución delictiva* (referida como criterio de la *alternancia* o *alternatividad* o de la unidad de *designio*)<sup>29</sup>. Se podrá apreciar que en todas estas formulaciones se pretende identificar dicho nexo en un componente subjetivo, tendencia que domina igualmente el parecer en los sistemas italiano y español (tanto en el criterio que formaliza el legislador y, sobre dicha base, de la correspondiente doctrina y jurisprudencia) y marginalmente en el derecho alemán, donde se ofrecen alternativas de idéntica naturaleza<sup>30</sup>, que conforman un conjunto disperso y lleno de matices<sup>31</sup>.

En Alemania en cambio —y en otras latitudes— la dispersión e insuficiencia de dichos criterios motivó la búsqueda de la unidad delictiva propia del delito continuado en nexos de carácter objetivo<sup>32</sup>, sin que dicho camino llevara a mejores resultados<sup>33</sup>. Así —en este y en otros modelos— se ha propuesto identificar un factor de conexión (y unificación de la infracción) en la identidad del lugar donde se ejecutan los delitos, del sujeto pasivo u objeto sobre el que recae la conducta, en una cierta conexión temporal u homogeneidad en la modalidad de comisión del delito o en la clase de norma quebrantada, desarrollándose (latamente) en forma paralela, y a partir de dichos nexos

---

/ Matus / Ramírez, *cit.*, p. 449. Cousiño MacIver, L., “Derecho Penal Chileno”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 311. También se sostuvo en las contribuciones de Pottstock, p. 28 y Manríquez Candia, C., “Concurso o acumulación de delitos”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile, pp. 52 y 54. El hecho de que constituye la opinión dominante se reconoce por Cury Urzúa, *Op. cit.*, en p. 654.

<sup>26</sup> Cury Urzúa, *cit.*, p. 656.

<sup>27</sup> Se menciona por Etcheberry como criterio dominante en el medio alemán (*Op. cit.*, p. 112).

<sup>28</sup> El conjunto de criterios mencionados presenta de hecho una recepción jurisprudencial aleatoria, siendo frecuente la consideración de exigencias asociadas a la constatación de un *dolo global* (no necesariamente inicial, como exige la doctrina dominante), la referida a la *igualdad en la motivación concurrente* y las asociadas al criterio de la alternancia. Al respecto, con detalle y cita de fallos, Besio Hernández, *cit.*, pp. 122 y ss.

<sup>29</sup> Garrido Montt, *cit.*, pp. 341 y 342; y Couso / Hernández, *cit.*, pp. 641 y 644.

<sup>30</sup> A las mencionadas se agrega el aprovechamiento de la misma oportunidad delictiva asociada a una variante de la tesis del designio. Al respecto Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, pp. 535, 541 y 542 Marg. & 54, III, 59; En un sentido equivalente se aprecia en Camargo Hernández, p. 26, quien destaca que en estos casos hay una unidad de designio pero una pluralidad de resoluciones criminosas.

<sup>31</sup> Cantarero Bandrés, Rocío. *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona: PPV, 1990, pp. 57 y ss. especialmente 60 y ss. Asimismo, Choclan Montalvo, *cit.* pp. 25 y 26, destaca que la jurisprudencia española se inclina por criterios subjetivos, sin privilegiar ninguno. Dicha tendencia domina desde antiguo. *Vid.* al respecto Novoa Monreal, *cit.* 1964, p. 142; Pottstock, *cit.*, pp. 83 a 91; Camargo Hernández, *cit.*, pp. 48 a 53.

<sup>32</sup> Anton Oneca, J., “Delito continuado”, en Pellisé Prats (Dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, Edit. SEIX, 1981, p. 457.

<sup>33</sup> Enfático, Cury Urzúa, 2005, *cit.*, p. 655; Ya antes en Cury Urzúa, 1962, *cit.*, p. 58 y 79, Asimismo, Etcheberry, *cit.* p. 112.

o *conexiones*, un uso alternativo del instituto en los denominados casos de *indeterminación procesal*<sup>34</sup>. El menor rendimiento atribuido a dichos supuestos se compensa precisamente con estos últimos desarrollos referidos a situaciones en los que ha sido imposible acreditar en forma específica las condiciones concretas de un conjunto diverso de hechos imputados, apreciándose en su reemplazo *una ejecución delictiva global en un periodo de tiempo* o, si se prefiere, *una repetición de actos típicos separados en el tiempo que dan forma a una globalidad o a un todo identificable*, a partir de la unidad de sujeto, lugar, etc.<sup>35</sup>. Dicho procedimiento pasa a ser utilizado por la práctica jurisprudencial a fin de resolver problemas de carácter práctico constituidos por casos que adolecían de ciertos déficits probatorios (considerados marginales en consideración a la certeza de su carácter reiterado) que, de no ser valorados en forma general y global, harían imposible sostener la imputación penal<sup>36</sup>.

La búsqueda de alternativas objetivas no tuvo mejor fortuna. Al contrario, ofrecieron un escaso rendimiento (fuera del apoyo brindado a los casos de indeterminación procesal) a la hora de alcanzar alguna precisión, motivando que doctrina y jurisprudencia alemana se inclinan posteriormente por la búsqueda de criterios que combinen contenidos que participen de ambos caracteres. La idea, no más afortunada, apunta a considerar una base objetiva común que luego se reafirma a partir de una determinada disposición anímica o volitiva, que en definitiva absorbe en la generalidad de los casos la totalidad del contenido expresivo<sup>37</sup>.

Es cierto además que la mayoría de estas propuestas carecen de razones explícitas destinadas a operar como fundamento o justificación del tratamiento unificado. Las que lo ofrecen, por su parte, presentan una dispersión similar, dando cuenta de un desarrollo que pone en evidencia un aspecto problemático adicional, pues tampoco existe acuerdo acerca de si el contenido de la institución se orienta a justificar un tratamiento idéntico al previsto para la ejecución unitaria, más gravoso que aquel o si trata más bien de

<sup>34</sup> En nuestro medio se menciona este caso en Etcheberry, *cit.*, p. 114. Garrido Montt, *cit.*, p. 339; Couso, en Couso / Hernández, *cit.*, p. 645. A favor por ventajas procesales, López Rojas, D. y Bertor Yero, M.C., "El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N° 3, 2012, p. 729. Muñoz Conde, en Prólogo a Cantarero Bandrés, *cit.*, pp. 11 y 12, lo asocia al desarrollo alemán (advirtiendo los excesos y una abusiva aplicación). En el mismo sentido Jescheck, H.H., / Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte general* ( trad. Olmedo Cardenete), 5° ed. renovada y ampliada, Edit. Comares, Granada, 2002, p. 769.

<sup>35</sup> La recepción jurisprudencial de esta aplicación se recoge en Cury Urzúa (*cit.*, 2005, p. 659); Etcheberry O., *cit.*, p. 114; Garrido Montt, *cit.*, p. 339 y Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 449, emanado de *la imposibilidad material de pesquisar (sic) el detalle de los actos que componen el conjunto*, y en el comentario de Couso / Hernández, *cit.*, p. 645. En nuestro país es un recurso habitual en el derecho penal sexual, atendidas las características propias de la ejecución de dichos ilícitos. En el mismo sentido, con cita de jurisprudencia, Besio Hernández, *cit.*, pp. 138 y ss. Para una cita de jurisprudencia española véase Camargo Hernández, p. 129.

<sup>36</sup> *Vid.* el certero ejemplo que ofrece a este respecto Garrido Montt, *cit.*, p. 339.

<sup>37</sup> Reseña de autores que citan criterios complementarios en Camargo Hernández, *cit.*, p. 41. *Vid.* asimismo Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, pp. 540 y 541 (§ 54, III, 74 y 76 a). A la inversa Anton Oneca (*cit.*, p. 456), entiende que la jurisprudencia aprecia los elementos subjetivos en función de condiciones objetivas. En Chile, en un sentido equivalente pero a favor de la apreciación de componentes subjetivos (en cuanto reflejo de los demás), ver Enrique Cury (Cury Urzúa, *cit.*, 1962, pp. 60, 61, y más claro aún en p. 81).



atenuar el que conceden las reglas concursales<sup>38</sup>. Para algunos el fundamento radica en la menor culpabilidad que supone dicha ejecución; tesis que en general se conecta con la unidad de designio<sup>39</sup> bajo argumentos diversos. Destacan quienes ven que la ausencia de condena fue lo que favoreció la opción por la repetición<sup>40</sup> y los que, en términos próximos, asumen que la renovación del dolo es una señal que amerita indulgencia frente a la debilidad y evita premiar la contumacia<sup>41</sup>. Otros aprecian tras el mismo supuesto una mayor persistencia en el dolo<sup>42</sup>; para otros grupos de autores constituyen más bien casos de culpabilidad común (que es lo que lo diferencia del concurso material)<sup>43</sup>. Finalmente, algunos lo vinculan a la provocación de un *bis in idem*<sup>44</sup> o a argumentos materiales, asumiendo que se trata de casos de mayor injusto<sup>45</sup> o en los que debe reconocerse una única realización si es la única forma de llevar a cabo el injusto<sup>46</sup>.

Con ello, parece claro que la institución ha tendido paulatinamente a alejarse de las motivaciones que la originaron, ofreciendo respuestas que en ocasiones dan forma a un tratamiento más gravoso que el previsto para la sanción independiente de los supuestos que lo componen bajo las reglas del concurso real, a pesar de que existe plena coincidencia en su origen pietista. Y no se trata de un déficit asociado a la falta de consagración formal de la institución en los textos positivos (generado, por ejemplo, por un imprevisto juego descoordinado de las diversas reglas penológicas en pugna), sino todo lo contrario: constituye en general una pretensión intencional regida por la idea de que dicha institución también brinda utilidad para una apreciación adecuada del real desvalor que ofrece la consideración unitaria o conjunta de los diversos hechos que lo componen<sup>47</sup>, efecto que se desvanece o que resulta imposible de alcanzar mediante

<sup>38</sup> Como indica Camargo Hernández, *cit.*, p. 75, una parte compara la sanción con la regla aplicable al concurso material y otro con la pena procedente respecto del delito único.

<sup>39</sup> Camargo Hernández, *cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>40</sup> Al respecto Anton Oneca, *cit.*, p. 457. En este caso la observación lleva a someter todo el régimen del concurso real a una sanción reducida y no solo a los casos de continuidad. En dichos términos véase Fernández, P.J., *Código Penal de la República de Chile*, Santiago, Imprenta de la Librería de El Mercurio, 1877, p. 198. De ahí que tampoco explique el contenido del art. 351 del Código Procesal Penal (o sus precedentes), pues se encuentra limitado por criterios diversos (como en el delito continuado). En los términos observados, Fuenzalida, A., *Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno*, Imprenta Comercial, 1883, tomo I, p. 321, asumiendo (pp. 321 y 322) que la inactividad del sistema de justicia (impotencia de la ley y lentitud) es atribuible al sistema que no intervino a tiempo (y que habría evitado el segundo delito).

<sup>41</sup> Maurach / Gössel / Zipf, I.II., p. 541 y 542, Marg. & 54, III, 78.

<sup>42</sup> Se destaca en Pottstock, *cit.*, p.21 y en Camargo, *cit.*, p. 75.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>45</sup> Zaffaroni / Alagia / Slokar, p. 862.

<sup>46</sup> Cury Urzúa, 2007, p. 656. La idea se asocia al fraccionamiento necesario y asume que si la división (que debe ser intencional) no es obligatoria o *necesaria* habría tras ella una valoración de mera conveniencia (u otra equivalente) que no debiese producir el efecto de privilegiar, como sucede respecto de quien subdivide la ejecución para no ser descubierto. En un sentido equivalente a esta exclusión Sauer, G., *Derecho penal. Parte General*, traducido por Juan del Rosal José Cerezo Mir, Edit. Boch, Barcelona, 1956, p. 347, en relación con la delincuencia profesional.

<sup>47</sup> Elocuente a este respecto la exposición de motivos de la reforma española de 1983 que introduce una fórmula precisa para el delito continuado: se busca una *primacía valorativa de la lesión jurídica producida* sobre



un tratamiento concursal. Con ello se justifica además el uso de reglas de exasperación o absorción agravada<sup>48</sup>, no obstante presentarse dichos casos como hipótesis de indiscutible *unidad de ejecución*, dejando abierta una inquietante duda acerca de las razones que justificarían un tratamiento alternativo o diverso al previsto para los demás casos de unidad natural (o jurídica).

A este respecto conviene tener en cuenta además que la afirmación de que el delito continuado habilita a apreciar *una sola infracción a base de una pluralidad de hechos dependientes a causa de un factor de conexión* resulta totalmente incompatible con la sola apreciación de un concurso real en su base o con la asunción de reglas penológicas que vayan más allá de la consideración del resultado global provocado<sup>49</sup>. Ello, pues el supuesto unitario que se afirma como conclusión obliga a negar toda relevancia al dato que aporta la pluralidad de sucesos fácticos, sin que por ello ofrezca un significado alternativo y propio, diverso al que refleja su consideración global<sup>50</sup>.

Además, y asociado a lo anterior, hemos también anticipado que la falta de acuerdos se extiende a la propia naturaleza de la institución, destacando las tesis que identifican una ficción tras de su reconocimiento y las que entienden que se trata más bien de una especie de realidad jurídica (creada por el derecho)<sup>51</sup>, ofreciendo ambas perspectivas una fisonomía opuesta<sup>52</sup> que lleva naturalmente a contenidos y resultados

---

la pluralidad de acciones, reconociendo que *la naturaleza del hecho y del precepto infringido* puede ofrecer un contenido más gravoso, que justificaría una pena mayor. Al respecto véase Cantarero Bandrés, *cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>48</sup> En este sentido, en Chile, destaca la tesis de Cury Urzúa, *cit.*, 2005, p. 658, quien postula que el delito continuado debe quedar sujeto a la regla de sanción propia del concurso ideal de delitos (asumiendo que comparten fundamento).

<sup>49</sup> En algunos casos la unificación fáctica ofrece un resultado agravatorio, aunque no sea su objetivo, si se lo compara con el tratamiento penológico individual y acumulativo. Así, en los delitos contra la propiedad o el patrimonio en que la regla de sanción se estructura en categorías definidas por el monto del daño o perjuicio. Con ello, la consideración del monto global de los respectivos atentados puede empujar al alza el respectivo marco penal comparado con el máximo de pena aplicable a las infracciones individuales en caso que la sumatoria de las condenas individuales no proponga una pena total equivalente. No se trata por ello de una valoración de la *repetición* sino de la valoración global del hecho, que es lo propio de un verdadero delito continuado (en sentido fuerte). Si al contrario se trata de un concurso real (reiteración) parece adecuado el criterio de favorabilidad (en atención al fundamento que lleva a considerar el tratamiento unitario) o a uno alternativo que motive una valoración penológica diversa. En nuestro sistema la distorsión del efecto penológico se ve favorecida por la independencia que se reconoce a las diversas condenas sujetas al régimen del art 74. Al respecto *Vid.* "Determinación de la pena y concurso de delitos en la ley 20.084", en *Estudios de Derecho Penal Juvenil* Nº 2, Diciembre 2011, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, p. 197, Nota 57.

<sup>50</sup> Etcheberry O., *cit.*, p. 113; Garrido Montt, *cit.*, p. 342; Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 453. Oliver Calderón, G., "La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, Vol. XXVI, Nº 2, p. 183.

<sup>51</sup> Al respecto, de forma actualizada, *Vid.* Posada Maya, *cit.*, pp. 430 y ss. Para una cita más tradicional Camargo Hernández, *cit.*, p. 34 (este mismo adhiere en p. 42); Cury Urzúa, *cit.* 1962, p. 95; Pottstock, *cit.*, p. 9. Históricamente se debatió si la continuación delictiva constituía una realidad material o una de carácter jurídica, cuestión que parece superada (Cury Urzúa, *cit.* 1962, pp. 28 y 29).

<sup>52</sup> Cantarero Bandrés, *cit.*, pp. 43 a 45, ofrece un intento de conciliación, pues la asunción de la *ficción* configura una realidad jurídica que, en cuanto tal, *existe* (tiene realidad material).

diversos<sup>53</sup>. Así, la tesis de la ficción identifica tras el delito continuado verdaderos casos de concurso material o real, donde el factor de conexión ofrecería una razón (considerada suficiente) para sostener la conveniencia o razonabilidad de asignarle, a pesar de ello, un tratamiento penológico unitario. Por su parte, el reconocimiento de un contenido autónomo lleva más bien a negar el que se trate realmente de una hipótesis concursal, siendo por ello ineludible el disponer de una respuesta única o unificada (pues se trata en propiedad, a nivel material, de la ejecución de una sola infracción). Que constituya un problema de determinación de pena o, en su caso, un problema de subsunción, depende de dicha conceptualización, ocurriendo lo propio con los efectos asociados a la regla penológica que se considere apropiada para su tratamiento. En este sentido la asunción tras el delito continuado de una realidad jurídica autónoma lleva necesariamente a sostener una norma de sanción equivalente a la prevista para los casos indiscutidos de unidad de realización, aplicada, en todo caso, sobre el conjunto de los resultados y acciones que lo componen<sup>54</sup>. Por el contrario, la tesis alternativa habilitaría a considerar efectos diversos y que, según hemos visto, se orientan generalmente a justificar un tratamiento agravatorio en cuanto expresivos del significado que ofrece la repetición de sucesos fácticos como modalidad de comisión, necesariamente más gravosa que la ejecución única e individual<sup>55</sup>.

En este contexto, pareciera efectivo el diagnóstico que sirve de base a Novoa Monreal para asumir una perspectiva crítica, cuya única base de tolerancia dependería de la permeabilidad que presenta el sistema judicial frente a las reglas de sanción aprobadas por el legislador, sea por considerarlas excesivas o, en su caso, insuficientes. Este estado de cosas naturalmente opera en favor de una total desconsideración (e incluso, represión<sup>56</sup>) de la institución<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Acerca del conjunto de efectos diferenciales asociados a materias de la más variada índole (prescripción, procesos por hechos no conocidos que formen parte del *hecho continuado*, etc.), véase la reseña expuesta en Cury Urzúa, *cit.* 1962, p. 32 y por Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 91.

<sup>54</sup> Dominante en la doctrina nacional Garrido Montt, *cit.*, p. 342; Etcheberry, *cit.*, p. 113 y en la jurisprudencia. Se confirma, con fallos de respaldo, en Besio Hernández, *cit.*, p. 145 y ss. La excepción la aporta Enrique Cury, quien, según vimos, sostiene la aplicabilidad de la regla prevista para la sanción del concurso medial (Cury Urzúa, *cit.*, 2005, p. 658).

<sup>55</sup> Novoa Monreal, *cit.*, 1964, p. 150, destaca que es doctrina dominante. A nuestro juicio la asunción de una ficción no permite dicho resultado, pues suponer que se trata de un único delito, aunque sea *facticio*, obligaría a apreciar una única regla de sanción, lo que descarta el presupuesto del concurso.

<sup>56</sup> En este sentido se interpreta el texto aprobado como inciso segundo del artículo 83 por la Comisión presidencial conformada para la elaboración de un Nuevo Código Penal en Chile durante el 2013, que establece una prohibición de recurrir a las herramientas propias del delito continuado. En efecto, la regla general prevista para el tratamiento concursal en dicho texto plantea un régimen centrado en la acumulación global de sanciones (Art. 83. *Concurso de delitos. Al responsable de uno o más hechos que constituyan dos o más delitos le serán impuestas todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, determinadas conforme a las reglas precedentes*), régimen que se refuerza drásticamente al disponer que *No obsta a la aplicación del inciso anterior la circunstancia de tratarse de la realización por más de una vez y en momentos distintos de hechos que afecten el mismo derecho o interés, a la misma persona, bajo circunstancias similares de ejecución o respondiendo a la ejecución diferida de un mismo plan* (lo destacado es nuestro).

<sup>57</sup> Cobo del Rosal, M. "Sobre el delito continuado. (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 264.

## II. LAS RAZONES QUE MOTIVAN EL USO DE LA CONTINUACIÓN DELICTIVA

Ahora bien, el dato relevante que ofrece esta constelación de propuestas, criterios, objetivos y efectos (reglas de sanción) no radica que todos los planteamientos son y han sido acreedores de importantes reparos, ofreciendo un panorama inadecuado para dotar a la institución del mínimo de certezas que la tornen aceptable. Es el contraste de las diversas propuestas con los objetivos que históricamente han dado impulso a la institución lo que permite advertir que su mérito se torna crítico por exceso y por defecto a la vez, ofreciendo una característica peculiar. Así, es usual encontrar reparos que apuntan a la incapacidad de los diversos criterios conocidos para satisfacer sus respectivos objetivos, mostrándose todos, por separado, incapaces para justificar o explicar todos los casos que parecen reclamar su aplicación. Por solo mencionar algunos: la tesis asociada al propósito criminal global o resolución delictiva única o común (*dolo inicial*) se le critica el ofrecer un trato injusto respecto de quien delinque a partir de sucesivas decisiones independientes, aportando razones para agravar la condena de quien resultaría privilegiado con el tratamiento del delito continuado: aquel que la planifica y premedita<sup>58</sup>. Además, es discutible que no se pueda advertir tras la mayoría de los casos de reiteración una especie de *propósito genérico de delinquir*, pero difícilmente una pretensión de origen que satisfaga las exigencias propias del dolo<sup>59</sup>. Por lo demás, es usual que siempre se produzcan reformulaciones del propósito inicial, que se reflejen en la suspensión del plan original, su modificación y, con ello, la adopción de nuevas decisiones<sup>60</sup>. Observaciones similares aquejan a las tesis asociadas a la división del plan delictivo, agregándose al fraccionamiento necesario el que constituye una opción más exigente que la referida al dolo común (con lo cual que carga con todos sus *problemas*<sup>61</sup>), lo que además lleva a definirla como una tesis *extrema*<sup>62</sup>. A las tesis asociadas a la unidad de designio o renovación del dolo se le objeta su incapacidad para ofrecer una abrazadera real respecto del conjunto, pues es un hecho que se trata en cada caso de resoluciones diversas y con

<sup>58</sup> Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 540, Marg. & 54, III, 75; *Idem* Jakobs, *cit.* p. 1094; Sauer, *cit.*, p. 347. En Chile adhiere Cury Urzúa, *cit.*, 2007, p. 655. En España, tempranamente, Peláez de las Heras, Antonio. *El delito continuado*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Lumina, 1942, p. 13, destaca que la premeditación es interpretada como una causal de agravación, siendo incoherente recurrir a ella frente a estos casos. En este sentido también Anton Oneca, *cit.*, p. 457.

<sup>59</sup> Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 57, con cita de autores italianos; asimismo, y más latamente en p. 75; en el mismo sentido, Choclan Montalvo, *cit.*, p. 33

<sup>60</sup> Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 59. Una aguda crítica en sentido precisamente inverso se puede apreciar en Carrara, F., "El delito continuado", en *Cuadernos de política criminal*, N° 84, 2004, p. 6.

<sup>61</sup> Besio Hernández, *cit.*, p. 120.

<sup>62</sup> Garrido Montt, *cit.*, p. 341. Lo relevante de la crítica es que reduce la aplicación de la figura a muy pocos casos. A nuestro juicio, además, la *necesidad* no habilita a declarar la unidad. Es lógico no privilegiar a quien decide dividir la ejecución por razones de conveniencia, pero ello no implica que el carácter *cuasi obligatorio* (*necesario*) aporte razones para un privilegio, pues sería equivalente a favorecer la condición de quien justifica la comisión de ciertos delitos, con la *excusa* o *justificación* (o, si se quiere, *atenuación*) de que resolvió cometer otros tantos.

ello de infracciones diversas<sup>63</sup>, mientras que la generalidad de las teorías subjetivas se muestran vacías, ofreciendo contenidos que dependen del intérprete<sup>64</sup>. Tratándose de las teorías objetivas se ha destacado su total parcialidad, reflejada en calificativos asociados a su vaguedad e imprecisión, expuestos en forma generalizada por la doctrina (local y comparada)<sup>65</sup>. Finalmente, la aplicación a casos de indeterminación procesal parece no gozar de mejor fortuna. Justificada por razones de economía procesal<sup>66</sup>, su uso práctico en el siglo XX aparece vinculado a un distendido y arbitrario criterio<sup>67</sup> generando un serio problema de inseguridad y falta de previsibilidad que pasa a ser característico y que decanta en la declaración de su ilegitimidad en Alemania por déficits asociados al debido proceso (derecho a defensa, legalidad del presupuesto incriminatorio, etc.<sup>68</sup>) por parte del Tribunal Supremo en 1994<sup>69/70</sup>. De ahí que dichos autores reafirmen la necesidad de producción de prueba respecto de los supuestos de hecho que compone estructuralmente el caso<sup>71</sup>.

Tampoco pareciera que la consideración conjunta de dos o más propuestas con carácter complementario ofrezca una solución viable, de no mediar una explicación satisfactoria que permita regular en forma más o menos precisa las condiciones de su uso alternativo, a riesgo de constituir una opción formal que encubre y respalde un uso meramente arbitrario. En efecto, asumir que bajo dichos supuestos todas o algunas de las opciones son igualmente aceptables o correctas, conlleva en los hechos reconocer implícitamente que ninguna de ellas lo es en realidad.

Pero además de todo ello, basta escudriñar un poco más de lo habitual para apreciar lo insatisfactorio que resulta en la generalidad de los casos el tomarse en serio los respectivos planteamientos, siendo inevitable llegar a asumir conclusiones inaceptables o cuando menos, indiscutiblemente contradictorias con los objetivos planteados. Desde ya el contenido de la distendida crítica que recae sobre los criterios de conexión de carácter objetivos así lo demuestra, pues pone en evidencia que la unidad de lugar, de sujeto pasivo, de medios o de formas comisivas sustraería del concurso de delitos a la amplia mayoría de los casos de reiteración, pues su exigencia real importaría la inclusión de la totalidad de los casos en que dichos elementos fueren comunes, lo que

<sup>63</sup> Se destaca en el desarrollo de la tesis del dolo de Camargo Hernández, *cit.*, en pp. 24. y 32.

<sup>64</sup> Jakobs, *cit.*, p. 1094. En un sentido similar Sauer, *cit.*, p. 347.

<sup>65</sup> Se aprecia nítidamente en Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 60. Lo reitera en términos similares en p. 79. Respecto de la realidad nacional, además, *Vid. Supra* Nota 35.

<sup>66</sup> Al respecto, muy crítico Camargo Hernández, *cit.*, p. 43.

<sup>67</sup> Por todos Maurach / Gössel / Zipf, I.II., pp. 535 y ss.; Jakobs, *cit.*, p. 1092

<sup>68</sup> Al respecto Cantarero Bandrés, p. 27.

<sup>69</sup> Véase con detalle en Choclan Montalvo, *cit.*, p. 22. Asimismo, Jescheck / Weigend, *cit.*, p.770.

<sup>70</sup> En Cantarero Bandrés (p. 45) se asocia incluso la reforma española de 1983 a la pretensión a enfrentar este mismo tipo de problemas. En el mismo sentido Choclan Montalvo, *cit.*, p. 27; Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal español*, 18º edición, Edit., Dykinson, Madrid, 1995, p. 857.

<sup>71</sup> En nuestro medio destacan a este respecto las sintéticas aportaciones de Couso / Hernández, *cit.*, p. 644. y, con mayor detalle, Rodríguez / Oliver, *cit.*, pp. 259 y 260.

es absurdo<sup>72</sup>. Al respecto se ha llegado a argumentar por ello que en la amplia mayoría de los casos el elemento objetivo es meramente accidental<sup>73</sup>. En cambio, el asumir la tesis del dolo común, unitario o preexistente, hace que toda conexión instrumental devenga en continuada, incluyendo al concurso medial. Se anulan asimismo todos los casos de ejecución dolosa en concurso ideal y todo concurso real *en serie* que pasarían a constituir hipótesis de continuación. El ejemplo de quien se dispone a hurtar o robar hasta alcanzar un monto “x” generaría una indiscutible relación de continuidad entre los diversos hechos, con independencia del tiempo que tarde, del lugar en que se ejecuten o del número de víctimas y contextos<sup>74</sup>. Esta misma tesis obligaría además a identificar un caso de tentativa (inacabada) si la ejecución desarrollada no alcanza a cubrir el total del daño proyectado, pues sería indiscutible que nos encontraríamos frente a la ejecución incompleta de una sola o única infracción<sup>75</sup>.

Lo importante de todo ello es que la constatación de que los diversos planteamientos parecieran a su vez ser excesivos e insuficientes lleva naturalmente, y de manera casi forzosa, a reconocer tras dichas objeciones la configuración de referentes diversos. En efecto, si el cotejo conjunto de las diversas alternativas configura un universo plagado de opciones no solo opuestas sino incompatibles, lo es por cuanto se consideran orientaciones alternativas dentro de un mismo contexto, lo que permite apreciar, sin gran esfuerzo, que la institución en comento (y en particular su tratamiento por parte de doctrina, jurisprudencia y legislación) pareciera orientada a satisfacer diversos intereses o, lo que es igual, a regular casos diversos<sup>76</sup>. De ahí que, cada uno de ellos, haya dado lugar a supuestos, propuestas y formas de tratamiento cuya valoración conjunta (literalmente, *mezclada*) ofrece resultados insatisfactorios. Queda en evidencia si constatamos que determinados nexos propuestos en torno a la continuación delictiva parecen plenamente relevantes para justificar un tratamiento penológico diverso al ofrecido por las reglas generales aplicables al concurso de delitos, siendo a su vez perfectamente razonable que se los considere insuficientes para justificar la apreciación de una única realización delictiva. Los ejemplos asociados a fraudes colectivos con pluralidad de perjudicados dan cuenta suficientemente de lo dicho.

De esta forma, creemos que los contenidos críticos que cargan negativamente a la institución se pueden perfectamente asociar a una inadecuada mecánica de valoración, cuyos efectos han impedido apreciar certeramente el mérito concreto de las diversas propuestas, limitando adicionalmente sus posibilidades de desarrollo (en cuanto difumina el lente con que debe realizarse la valoración). De conformidad con ello parece razonable explorar la alternativa de identificar tras el delito continuado la concurrencia de una

<sup>72</sup> Camargo Hernández, *cit.*, p. 69.

<sup>73</sup> Cury Urzúa, *cit.* 1962, p. 78.

<sup>74</sup> Cury Urzúa, *cit.* 1962, p. 28, citando a Punzo.

<sup>75</sup> Más observaciones similares respecto de las tesis asociadas al fraccionamiento (plan o proyecto ejecutivo único) en Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 535, Marg. & 54, III, 60.

<sup>76</sup> La relevancia de la orientación, fin u objeto del uso de la institución se destaca en Anton Oneca, *cit.*, p. 455.

pluralidad de *imágenes diversas* expresivas de razones y situaciones independientes<sup>77</sup>. Para ello resulta útil considerar que el desarrollo histórico de la institución permite apreciar tres fundamentos o motivaciones alternativas, todas ellas tienen en común el referirse a casos constituidos por una *pluralidad de sucesos fácticos* independientes que se encuentran unidos por *nexos particulares*<sup>78</sup>, cuya valoración ofrece razones para asignarles un tratamiento que decanta en una *regla de sanción unificada*. Nos referimos a la pretensión de asignar a la reiteración delictiva un tratamiento más favorable que el previsto en las reglas generales; al objetivo de obviar la relevancia que detenta la separación fáctica de diversos sucesos en aquellos casos en que resulta posible apreciar una única realización delictiva; y, finalmente, a la pretensión de aplicar una condena a pesar de la constatación de un déficit probatorio que se considera marginal, en los casos referidos a la llamada indeterminación procesal<sup>79</sup>.

Con ello, creemos que la falta de claridad que caracteriza al delito continuado es consecuencia de un error histórico asociado a razones contingentes, que llevó a procurar tratar estos tres casos u objetivos en forma conjunta bajo la pretensión de alcanzar respecto de todos una solución uniforme o común<sup>80</sup>. La naturaleza de la problemática que ofrece cada uno de estos supuestos es diversa, mas allá de que compartan una base fáctica y que se orienten a una determinada clase de resultado penológico (unificado). La primera detenta una indiscutida orientación de carácter político criminal asociada a un problema de determinación de pena; la segunda ofrece un problema de subsunción, mientras que la tercera plantea una tensión de carácter adjetivo (asociada estrictamente al derecho de defensa). De ahí que las alternativas ofrecidas respecto de ciertos casos no parezcan razonables respecto de otros, mientras que la razonabilidad de ciertas argumentaciones es vencida por la existencia de hipótesis alternativas donde carece de todo sentido. Ello sucede precisamente porque se trata de casos o problemas diversos, lo que deja en evidencia que las posibilidades de encontrar una solución única o conjunta para todos estos problemas es, cuando menos, difícil. Para constatarlo daremos cuenta, por separado, del desarrollo que ofrecen los dos primeros objetivos mencionados (seleccionados por cuanto se mueven en torno a cuestiones de carácter sustantivo), reservando para otra oportunidad el tratamiento de aquellas que pertenecen al ámbito adjetivo o procedimental<sup>81</sup>. Previo a ello y a efectos de ofrecer una adecuada comprensión de las

<sup>77</sup> Lo anticipa Muñoz Conde en el prólogo a la obra de Cantarero Bandrés, p. 13.

<sup>78</sup> Camargo Hernández, *cit.*, p. 6; Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 55; Choclan Montalvo, *cit.*, p. 179.

<sup>79</sup> En un sentido equivalente (agrupando los dos primeros objetivos en torno a la unidad del carácter jurídico que ofrecen) Sauer, *cit.*, p. 436. Ya antes Nowakowski, citado en Anton Oneca, *cit.*, p. 453. Su planteamiento se trata también en Choclan Montalvo, *cit.*, p. 138.

<sup>80</sup> Próximo Choclan Montalvo, *cit.*, pp. 80, 86; También en el diagnóstico de Novoa Monreal, *cit.* 1964, p. 145.

<sup>81</sup> Dicha aproximación es indispensable. Aparece a veces inocua la eventual indeterminación de datos como la fecha del delito para la configuración del tipo, sin que se aprecie su incidencia para el ejercicio del derecho de defensa. Al respecto Vid. Couso, en Couso / Hernández, *cit.*, p. 644. Besio Hernández, *cit.*, p. 141 y Rodríguez / Oliver, *cit.*, p. 260.

particularidades comprometidas, creemos que resulta necesario tener presente algunas consideraciones generales de carácter preliminar, a lo que nos dedicaremos inicialmente.

### 1. *Unidad y pluralidad de acciones, hechos e infracciones*

Aunque parezca evidente, resulta conveniente reafirmar que la ejecución de un delito puede materializarse mediante uno o más actos (o acciones) con total independencia de que estos se desarrollen en un mismo contexto fáctico o en varios<sup>82</sup>. Con ello, parece indiscutible que la relevancia atribuible a la facticidad en la configuración de una infracción penal resulta ser bastante baja, y no solo por el hecho de que a estas alturas se encuentre superada la consideración de una acción física como base o pilar sobre el que se construye la teoría del delito<sup>83</sup>. Basta ver cómo parece indiscutible que un contexto fáctico único, sea que se lo identifique con un *hecho* o con una *acción*, puede dar forma a la ejecución de dos o más delitos, como sucede paradigmáticamente en las hipótesis de concurso ideal, siendo posible afirmar también y con la misma propiedad que la presencia de una multiplicidad fáctica no lleve necesariamente a la conclusión opuesta de manera natural<sup>84</sup>.

Ahora bien, lo dicho no implica desconocer que resulta intuitivo asociar una sola realización a una sola infracción y una pluralidad de estas a los demás casos, apreciación que pareciera respaldada por la realidad práctica<sup>85</sup>. De ahí que sea razonable configurar como problemáticos los casos que aborda la teoría del delito continuado, conforme a la definición más propia o natural que ofrece su conceptualización (cuando se orienta específicamente a identificar una hipótesis de efectiva unidad en la ejecución delictiva)<sup>86</sup>. Lo propio sucede con aquellos casos que son abordados bajo la teoría del concurso ideal de delitos en cuanto aparecen naturalmente asociados a una eventual apreciación unitaria, a pesar de constituirse a partir de una pluralidad de infracciones. De ahí la

<sup>82</sup> Tempranamente, vinculado a este respecto, Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 9.

<sup>83</sup> Aun en dicho contexto la uniformidad de la doctrina reconoció que una pluralidad de *actos* pueden perfectamente constituir *una sola acción*, ofreciendo esta última un supuesto complejo desde la perspectiva de su composición fáctica, constatación que ratifica lo sostenido en el texto.

<sup>84</sup> La exigencia de una *cierta* cercanía temporal entre los sucesos que forman el delito continuado es errada, por irrelevante. Es evidente que la distancia temporal (y no la cercanía) hacer difícil apreciar una única infracción compuesta de varios actos, pero se trata de una cuestión natural no jurídica. Por lo demás, como criterio es irrelevante su ausencia en cuanto anulará el problema, constituyendo un presupuesto y no un requisito. Lo relevante es que solo en dichos casos el problema relativo a la resolución de una eventual concurrencia plural de infracciones conserva vigencia. En un sentido similar Jakobs, *cit.*, p. 1093; Camargo Hernández, *cit.*, pp. 66 y 67; Cobo del Rosal, *cit.*, 264. Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, p. 865. En favor de exigirla, sin embargo, Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 546, & 54, III, 88. En nuestro medio, respecto de ambos aspectos (distancia y cercanía) Besio Hernández, *cit.*, pp. 135, con cita de jurisprudencia. Choclan Montalvo, *cit.*, p. 2, destaca su utilidad para resolver casos complejos (como la unidad o pluralidad delictiva en los actos de venta ilegal de drogas o sustancias estupefacientes).

<sup>85</sup> Lo constata como base del problema Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, p. 863.

<sup>86</sup> La presencia de varias *acciones* homogéneas separadas fácticamente constituye por ello una parte definitoria en el presupuesto propio del delito continuado, pues la ausencia de este *requisito* despeja necesariamente el carácter problemático de dichos supuestos.



estrecha vinculación que establece la doctrina entre estos últimos supuestos y la teoría del concurso aparente de leyes penales, mostrándose absolutamente ajena a las esferas propias del concurso material de delitos<sup>87</sup>.

Con ello no parece que sea factible adoptar la opción de prescindir de la institución, por cuanto ello implicaría obviar por completo que el carácter problemático de dichos supuestos mantendrá plena vigencia<sup>88</sup>. Constituye asimismo una constatación que obliga a identificar el objetivo pretendido en torno a un problema asociado a una adecuada subsunción<sup>89</sup>, a desarrollarse conforme a los caracteres del tipo en cuestión, en forma similar a la operatoria que propone el tratamiento del concurso aparente de leyes penales<sup>90</sup>. De lo que se trata a fin de cuentas en todos estos casos es de verificar si se está en presencia de una o de varias infracciones, a pesar de configurarse por varias o por una sola acción o hecho.

## 2. *El concurso aparente de leyes penales como concurso de delitos*

A este respecto conviene advertir que no parece razonable aceptar que la teoría del concurso aparente de leyes penales tenga realmente por objeto desvelar dicha apariencia mediante la aceptación o rechazo de la real concurrencia de una pluralidad de infracciones. Ello pues en cualquier caso (es decir, cualquiera sea la solución) no se podrá negar la real concurrencia de varias normas (o *leyes*) respecto del supuesto de hecho sometido a análisis. Si bien el efecto de una respuesta afirmativa sobre dicha apariencia (que pareciera indicar que en la realidad no concurren varias normas sobre el caso) se traduce necesariamente en el desplazamiento de una de las normas concurrentes, dicha decisión no se adopta a partir de razones que permitan sostener que ha sido preterida por resultar inaplicable al caso<sup>91</sup>. Así por ejemplo, quien *mata a su padre* también *mata a otro*, regla esta última que será desplazada por la flagrante vulneración del *non bis in idem* que supondría su aplicación conjunta (con el consecuente quebrantamiento de la prohibición de exceso)<sup>92</sup>, ya sea porque el desvalor de una de ellas se encuentra totalmente comprendido en el injusto de otra (como en los casos que se resuelven por especialidad

---

<sup>87</sup> Muy nítido en Cury Urzúa, *cit.*, 2005, p. 668; Garrido Montt, *cit.*, p. 351; Se aprecia asimismo en Etcheberry, *cit.*, p. 122; Muñoz Horment, H. "Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, 1986, pp. 369 y 370; y en Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 457. Si bien pareciera que lo dicho no resulta acertado en casos de consunción, lo cierto es que su resolución se basa precisamente en la afirmación de un nexo que permite apreciar una única realización delictiva.

<sup>88</sup> Pottstock, *cit.*, p. 25 (la unidad deriva de su *esencia* y no de la *ley*). Próximo Camargo Hernández, *cit.*, p. 145.

<sup>89</sup> A este respecto Muñoz Conde, en prólogo de Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 12. En el mismo sentido Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 30 (el delito continuado es una valoración y no una apreciación de acciones en sentido natural).

<sup>90</sup> En este sentido Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, p. 862.

<sup>91</sup> En contra, por todos, Cury Urzúa, *cit.*, 2005, p. 667.

<sup>92</sup> Manalich R., J.P., "El principio *non bis in idem* en el derecho penal chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, 2011, pp. 150 y 151. Comparte el mismo fundamento Sanz Morán, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1986, p. 119.

o consunción) o porque dicho contenido se presenta en ambas hipótesis en términos idénticos (alternatividad)<sup>93</sup>. Lo relevante de esta constatación, a nuestros efectos<sup>94</sup>, es que permite restar todo dramatismo al *aparente* problema que supone el que cada hipótesis ejecutiva que se integra en el delito continuado presente caracteres que habilitan a valorar autónomamente su tipicidad, cuestión (definitoria) que pareciera obstaculizar el desarrollo de una valoración paralela de carácter unitario o global. Lo cierto es que la tipicidad de cada hipótesis individual no se opone en modo alguno a la subsunción del conjunto bajo el alero de una única infracción normativa<sup>95</sup>.

### 3. *Concurso real de delitos, reiteración delictiva y unidad de valoración*

Completamente diversa es la problemática que se proponen en aquellos casos en que es posible advertir y justificar la apreciación de un significado valorativo particular tras la consideración conjunta de una pluralidad de *infracciones* y no de *hechos* (o *acciones*), cuestión que se presenta con independencia de que dicha pluralidad se ejecute en un mismo contexto o en situaciones independientes pero conexas. Lo realmente determinante es precisar si dicha valoración colectiva justifica un tratamiento diverso al que corresponde a cada hipótesis individual, sea que dicho significado común lleve a formular una desvaloración más gravosa o una más atenuada.

A este ámbito problemático (acotado estrictamente a la definición de la regla de sanción aplicable) pertenecen concretamente los casos de concurso ideal de delitos (varias infracciones y una razón para asignarle un tratamiento unificado: la unidad del *hecho*), los denominados delitos complejos (donde se dispone una sanción única, generalmente agravada, respecto de varias infracciones unidas también por un determinado contexto o motivación<sup>96</sup>), las reglas aplicables al concurso material de delitos que operan a base de mecanismos de absorción o exasperación (en nuestro caso, varias infracciones *de la misma especie* y, conforme a la doctrina dominante, aquellas que se encuentran unidas por una relación instrumental –concurso medial–) y, según hemos ya advertido, una parte de los casos que desde antiguo son abordados al alero de la teoría del delito continuado (aquellos en que el vínculo de conexión no parece proponer un criterio idóneo

<sup>93</sup> En los casos de subsidiariedad es efectivo el desplazamiento de la norma preterida. Lo relevante: se trata realmente de casos diversos pues no hay concurso, pero ni siquiera en apariencia.

<sup>94</sup> A nivel general consideramos que esta aproximación permite una mejor explicación de los llamados efectos residuales asociados a la norma desplazada y el caso asociado a su *resurgimiento*. Vid. al respecto Politoff / Marus / Ramírez, *cit.*, pp. 460 y 461.

<sup>95</sup> Dicho esto reiteramos la idea de que en estos casos (los referidos al delito continuado) se puede apreciar sin dificultades una especie de concurso aparente de normas penales a ser resuelto, a nuestro juicio, a base de criterios asociados a la consunción. Volveremos sobre ello más adelante.

<sup>96</sup> Vid. al respecto Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 90. En un sentido equivalente Solari Peralta, Tito; Rodríguez Collao, L. "Determinación de la pena en los casos de concurso de delitos (ámbito de aplicación del art. 509 del Código de procedimiento penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº III, 1979, p. 256.

para justificar realmente una unidad de ejecución delictiva)<sup>97</sup>. En derecho comparado la consideración autónoma del llamado *delito masa* también ofrece una fisonomía equivalente<sup>98</sup>. Finalmente, lo propio puede afirmarse de la regla prevista en el art. 451 del Código Penal chileno<sup>99</sup>.

Si bien en todos estos casos el problema consiste en analizar la razonabilidad de disponer de un tratamiento valorativo unificado respecto de un conjunto de infracciones, se podrá apreciar que los dos últimos grupos presentan una fisonomía equivalente, en cuanto constituidos por una pluralidad de infracciones y de sucesos (o *hechos*). El que ofrezcan motivos para un tratamiento unitario no se obstaculiza en modo alguno por ello, pues todos los supuestos mencionados (y no solo estos últimos) comparten con una concepción estricta del delito continuado la pretensión de contar con una regla única de sanción y poco más. Las coincidencias parecieran más estrechas cuando la pluralidad de infracciones se materializa por una pluralidad de sucesos (como sucede en los dos últimos grupos de casos antes mencionados), sin que de ello se extraiga ningún argumento de peso que habilite a realizar una virtual asimilación<sup>100</sup>. En este contexto lo lógico pareciera ser limitarse a diferenciar el tratamiento que cabe asignar a los supuestos conexos y el que resulta adecuado para aquellos que no ofrecen ningún vínculo de conexión<sup>101</sup>, siendo igualmente razonable unificar el tratamiento que cabe dispensar respecto de todos los que pueden reconducirse a este último supuesto (por cuanto ofrecen un único y común contexto problemático). El que esto último no haya sucedido se debe a varios factores. Primero, por el hecho de que en origen se procuró alcanzar el tratamiento sancionatorio unitario bajo la suposición (*declaración o ficción*)

<sup>97</sup> La inclusión en dicha categoría, bajo estos términos, se respalda en quienes reconocen un concurso real en su presupuesto, en las que recurren a la ficción y en las que reconducen su tratamiento al ámbito de la determinación de la pena. Se aprecia en Choclan Montalvo, *cit.*, p. 139 a 148, destacando que *por razones jurídicas* se trata a dichas hipótesis como un solo hecho. Asimismo, Jakobs, *cit.*, p. 1098, asumiendo que el saldo son casos de *unidad de acción*.

<sup>98</sup> Sainz Cantero, J., "El delito masa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 24, Fasc. 3, 1971, pp. 649 a 675; Posada Maya, *cit.*, pp. 577 y ss. En Chile lo trata Garrido Montt, *cit.*, pp. 343 y ss.

<sup>99</sup> En un sentido similar (reconociendo el parentesco) Pottstock, *cit.*, p. 136. Crítico, Fuenzalida, *cit.*, T. III, p. 194. Cury Urzúa, *cit.*, 1962, pp. 103 y 113 (es una forma especial de aparición de la infracción punible. En contra Garrido Montt, *cit.*, p. 342; y Etcheberry O., *cit.*, p. 114 (pues debe ser un caso de unidad jurídica).

<sup>100</sup> Esta virtual confusión explica, por ejemplo, el que algunos hayan pretendido ver en el derecho romano o en otras épocas muestras de delito continuado, que no son más que casos de absorción o exasperación aplicables a hipótesis concursales. *Vid.* p. ej., el desarrollo de Cantarero Bandrés, *cit.*, en pp. 21 y ss.; Asimismo, en Camargo Hernández, *cit.* p. 9 a pesar de que se niega en p. 12, con cita a Pillitu. La mayoría sin embargo respalda la idea de que no existen antecedentes remotos de la institución. Así Camargo Hernández, *cit.* pp. 9 a 20, en especial, 19 y 20.

<sup>101</sup> Parece relevante profundizar la idea sostenida que asocia la acumulación material a casos de concurso real compuesto por infracciones *independientes*, asumiendo un tratamiento diverso a los casos conexos (*dependientes*). Al respecto Nino, C.S., *El concurso en el derecho penal: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, Editorial Astrea, 1972, pp. 21, 22, 38 y 39; y Soler, S., *Derecho penal Argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992, respecto del texto del Código Penal Argentino. El potencial rendimiento positivo (pendiente) se aprecia también en Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 33 quien se remite al texto del parágrafo 74 del StGB (varias acciones *autónomas*). Crítico Novoa Monreal, *cit.*, 1964, p. 148.

de reaccionar frente a casos de *unidad delictiva*, sin que lograran ofrecer a dichos efectos resultados satisfactorios o aceptables. A consecuencia de ello se perjudicó el desarrollo de criterios propios asociado al tratamiento del concurso real, por cuanto la opción de obtener dicho resultado a pesar de la pluralidad infraccional queda invisibilizada. Resultado: carecemos hoy de un desarrollo afianzado específicamente dirigido a sistematizar o siquiera explicar la aplicación de reglas que apliquen un tratamiento unitario a casos de concurso real de delitos (en algo que vaya más allá de reconocer una pretendida y poco razonable intención favorable al reo) y carecemos en paralelo de una teoría del delito continuado que se presente en términos aceptables. En nuestro caso en particular, así parece suceder con las explicaciones acerca de las reglas penológicas previstas en el artículo 351 del Código Procesal Penal<sup>102</sup>, o la prevista en el artículo 451 del Código Penal<sup>103</sup>.

#### 4. *Acumulación material de penas vs. tratamiento penológico único*

Una regla de sanción única no solo se justifica frente a una única infracción penal (afirmación que parece directamente conectada con el desarrollo recién expuesto). Si bien parece intuitivo que existe una relación proporcional entre delito y pena (y entre *tantos* delitos y *tantas* penas) nada se opone a la adopción de un criterio alternativo, particularmente si se constata un particular vínculo que conecte las diversas infracciones y que ofrezca un significado relevante a dichos efectos (paradigmático en el *concurso medial* o *instrumental*). Resulta tan razonable por ello que frente a casos de pluralidad delictiva recurramos a una opción regulativa que acumule materialmente las respectivas sanciones como también que ocupemos un tratamiento diverso, lo que depende de la posibilidad de apreciar un significado relevante a partir de la valoración del conjunto y de los nexos existentes entre los diversos componentes<sup>104</sup>. A este respecto, y a diferencia a como sucede cuando debemos determinar la unidad o pluralidad de infracciones, pareciera

<sup>102</sup> Son escasas las excepciones (tanto respecto de esta figura como respecto de sus precedentes directos), inercia interrumpida recientemente por Oliver Calderón, G., "La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, Vol. XXVI, Nº 2, pp. 167 a 188 y previamente por Solari Peralta / Rodríguez Collao, p. 260. En estas obras, y en las precedentes (que en general se ubican en torno al cambio de siglo XIX al XX), el análisis de la racionalidad de la regla penológica es escaso, limitado a la conveniencia de la acumulación material en general. El soporte no suele superar razones de *benignidad* (lo que no explica que se aplique solo a delitos de *la misma especie*) lo que solo justifica correctivos de carácter general, como en el derecho Alemán.

<sup>103</sup> Por todos, Oliver Calderón, *cit.*, pp. 182 y 183.

<sup>104</sup> La pluralidad casi siempre ofrece significados relevantes en casos de multiplicidad fáctica (*reiteración* o *recidencia*). Con ello la preferencia por la acumulación material es expresión de irrelevancia al respecto, expresiva de un extremo interpretativo, propio de una aproximación retributiva (por todos, tempranamente, Fuenzalida, *cit.*, T.I., p. 321. Con citas referidas a la génesis del texto Fernández, *cit.*, pp. 196 y 197). En nuestro caso, debiera por ello tener utilidad solo ante la total ausencia de significados relevantes, con carácter subsidiario. En un sentido próximo Cuerda Riezu, A., "Concurso de delitos y determinación de la pena", Edit. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 43 y ss. en cuanto asume que solo sirve como *límite máximo*, alternativa que se apoya en la crítica a las consecuencias insatisfactorias de la acumulación (véase, por las mismas razones, el propio texto de Fuenzalida, tomo I, pp. 321 y 322 y el de Fernández, *cit.*, p. 197), que favorece como respuesta general

plenamente relevante considerar su configuración fáctica<sup>105</sup>, pues tanto la unidad de contexto<sup>106</sup> como su pluralidad<sup>107</sup> aportan elementos de conexión relevantes a efectos valorativos y penológicos.

---

mecanismos de absorción o exasperación aun sin nexos de conexión evidentes (o suficientes), lo que confirma que el tratamiento unitario es algo que excede la consideración de la cantidad de infracciones a sancionar.

<sup>105</sup> En un sentido similar Soler, S., *Derecho penal Argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992, p. 340, limitando la valoración a efectos penológicos.

<sup>106</sup> La coincidencia fáctica de una pluralidad de infracciones da lugar a una valoración reiterada o dual de un mismo supuesto de hecho, en tanto habilita a fundar una multiplicidad de atribuciones penales sobre una misma y única base. Dicha valoración (múltiple o plural) materializa por ello habilitar a la constatación de un *bis in idem*. En el mismo sentido, en su momento, Soler, S., *cit.*, pp. 343 y 344. Sobre ello, con algo más de detalle, Maldonado Fuentes, F., “Consideraciones sobre la producción de resultados de riesgo general o de una multiplicidad de resultados lesivos a partir de la ejecución de una sola conducta delictiva en el derecho chileno. A propósito del desempeño en el tráfico rodado”, en Vargas, Tatiana, (Dir): *Relevancia Jurídica del tráfico vial*, Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edición especial, 2014, p. 96. Con ello, la regla prevista para el tratamiento del concurso ideal de delitos pareciera ofrecer una solución acertada, pues concede los efectos de la absorción agravada (o, si se prefiere, de una exasperación atenuada) precisamente con el objeto de evitar que, en términos prácticos, se materialicen los efectos de una (indebida) doble consideración, sostenida en una parcial valoración común del supuesto de hecho. Un sentido similar se aprecia en Bañados Espinoza, F., *Código Penal de la República de Chile. Concordado y comentado*, Editorial, L.A. Lagunas, Santiago de Chile, 1920, pp. 118 y 119, quien interpreta la regla desde la óptica de la *absorción*. Debemos advertir que, en cuanto un mismo contexto situacional puede albergar conductas independientes, existe la posibilidad de que el *bis in idem* no se produzca. Lo dicho lleva a asumir una interpretación restrictiva de la regla o, en su caso, a asumir la necesidad de una justificación complementaria (o, evidentemente, a desechar el criterio por entender que no cumple con una explicación completa del precepto), pero en un sentido diverso al de la doctrina dominante, pues no depende de la existencia de una relación de *necesidad* entre los diversos supuestos. Con ello se descarta la mera contingencia como explicación (Politoff Lifschitz, S. / Ortiz Quiroga, L. (Dirs.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I*, Libro Primero y Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 397 y 401); la opinión restrictiva de autores como Garrido o Novoa Monreal y los planteamientos referidos a la *necesidad de tener que cometer un delito para cometer otro* (por todos, Etcheberry, *cit.*, p. 120) en cuanto, además, se ven aquejados por las razones antes expuestas sobre el recurso a la necesidad (*Vid. Supra* nota 64). Antes Fuenzalida (tomo I, p. 325) sostuvo un motivo asociado a culpabilidad: el que recae en un segundo hecho, ya es más experto y vence con menos dificultad sus resistencias o miedos internos, lo que no sucede si no hay un nuevo *hecho*.

<sup>107</sup> Como anticipamos, la pluralidad fáctica (reiteración o recaída) ofrece múltiples significados que pueden tener incidencia para la determinación de las reglas de sanción. Las alternativas a este respecto son múltiples y variadas pudiendo mencionar, por vía ejemplar, un signo de *profesionalización* (en supuestos englobados bajo la idea de *multirreincidencia*), *bábito* o *tendencia* o la asunción de un mayor acostumbramiento que incide negativamente en la culpabilidad. Puede también advertirse que dichos significados o *móviles* pueden no concurrir en un caso en particular, como en los casos de multiocasionalidad o en la recaída motivada por razones pasionales y la referida a delitos imprudentes, entre otros. Al respecto Maldonado Fuentes, F., *Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes*, en Estudios de Derecho Penal Juvenil IV (Informes en Derecho), Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Noviembre 2013, p. 196. Además, con independencia de los presupuestos de la reincidencia, puede también ofrecer signos de una animosidad o móvil asociado a *contumacia*, *rebelría* o *desprecio por el derecho* (sobre ello *Vid.* Etcheberry, *cit.*, p. 34 y Mera Figueroa en Couso / Hernández, *cit.*, p. 345), nociones que antiguamente se asociaban a una mayor perversidad moral en el infractor (Kunsemüller L., C., “La circunstancia agravante de reincidencia”, en *Gaceta Jurídica* N°212, 1998, p. 64.). Para una síntesis, con base histórica, en Rivacoba y Rivacoba, M., “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito”, en *Separata de Doctrina Penal* N° 43, Julio-Septiembre de 1988, edit. Depalma, Buenos Aires, pp. 477 y ss.

Por todo lo dicho, resulta indiscutible que no es necesario acudir al expediente de identificar una única infracción penal para reclamar un tratamiento penológico unificado. Así sucede en todos los casos mencionados en el apartado precedente, esto es, en el concurso ideal de delitos (en la mayoría de las legislaciones), en el concurso medial<sup>108</sup>, en el tratamiento de la reiteración de ciertos delitos de la misma especie, y en parte de las alternativas que hasta la fecha han sido tratadas al alero del delito continuado, siendo perfectamente identificable este derrotero en la formulación originaria que ofrecen los prácticos italianos. En una lectura histórica se confunde lo que es pena única como respuesta frente a una problemática delictiva en particular (compuesta por uno o más delitos y por una o más acciones) con la aplicación de la pena adecuada a un único delito cometido (unificación del presupuesto que lleva a considerar una sola pena y no varias), bajo la pretensión (justificada, según veremos) de que dicho expediente da efectividad a la decisión e impide objetar dicho efecto. Procuraremos confirmar todo lo dicho en forma inmediata.

### III. DELITO CONTINUADO (O *continuidad delictiva*), REITERACIÓN DELICTIVA Y DETERMINACIÓN DE LA PENA. LA PROPUESTA ORIGINAL DE LOS PRÁCTICOS ITALIANOS

Existe relativo consenso en radicar los orígenes de la institución en el desarrollo jurisprudencial ofrecido por los prácticos italianos<sup>109</sup> (en particular en la obra de Farinaccio<sup>110</sup>) motivada estrictamente por fines pietistas (o, si se prefiere, *pro reo*<sup>111</sup>). En concreto, se favorece el reconocimiento de una unidad de ejecución delictiva, a pesar de la constatación de una hipótesis plural, con el único objeto de soslayar los efectos que acarrea el uso de las reglas aplicables a ciertos casos de reiteración, en particular, la sanción de la horca prevista para la comisión del tercer hurto, en cuanto se considera excesiva. Inspirado en *razones de justicia material*<sup>112</sup> se procuró *apreciar* una unidad delictiva donde no la

<sup>108</sup> A nuestro juicio las razones que explican la regla aplicable al concurso ideal concurren también a dar sentido a su extensión a las hipótesis de concurso medial. Acerca de ello Maldonado Fuentes, *cit.*, pp. 96 y 97.

<sup>109</sup> Cury Urzúa, *cit.*, 2005, p. 654; Etcheberry, *cit.*, p. 110; Garrido Montt, *cit.*, p. 339; Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 452; Pottstock, *cit.*, p. 9. Existe también consenso respecto de precedentes concretos en los glosadores y postglosadores, quienes ofrecen los cimientos de la institución. Camargo Hernández (*cit.*, p. 15 a 17), ofrece a este respecto citas concretas de Bartolo. En el mismo sentido Cantarero Bandrés, *cit.*, pp. 23 y ss., aun con mayor detalle. Asimismo, Anton Oneca, *cit.* p. 449. Para una panorámica Posada Maya, *cit.*, pp. 339 y ss.

<sup>110</sup> Farinaccio es el más citado, pues es el más claro (Camargo Hernández, *cit.*, p. 19). Pottstock, *cit.* p. 15. Cortés Zepeda, *cit.* p. 63, nota 2.; Cury Urzúa, *cit.* 1962, p. 16; Muñoz Conde, en Prólogo a Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 11.

<sup>111</sup> Camargo Hernández, *cit.* p. 6;

<sup>112</sup> En Pottstock, *cit.*, p. 18 lo vincula a la injusticia o desproporción. En un sentido similar Cortes Zepeda, *cit.* p. 63; Muñoz Conde, en Prólogo a Cantarero Bandrés, *cit.* p. 11; Pelaez de las Heras, *cit.*, pp. 7 y 12. En torno a pretender *una pena justa adecuada a la culpabilidad*. En Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 536, Marg. & 54, III, 65, Lo relevante es que no parece haber mutado el objetivo de fondo perseguido (la proporcionalidad) caracterizada en el planteamiento originario en torno al objetivo pietista. En contra, Choclan Montalvo, *cit.*, p. 24.

hay basada en la constatación de *un propósito unitario*, aproximación que solo pretende justificar un tratamiento más beneficioso que el concedido por las reglas generales por fines humanitarios<sup>113</sup>. Basta tener en cuenta que no se aportan motivos explícitos que expliquen por qué la recaída preconcebida y solo en este delito permiten apreciar una única realización, ni tampoco se explica en forma alguna por qué esos mismos *motivos* no resultan convincentes en los demás supuestos en que concurren. Dichas omisiones ratifican que la única motivación real apunta a evitar la horca, argumento que por sí solo resulta insuficiente para motivar dicho efecto<sup>114</sup>. La apreciación de esta idea en su sentido originario ofrece algunos elementos de juicio que son relevantes de destacar a los fines de la presente contribución.

No es efectivo que se proponga realmente un criterio idóneo para justificar una unidad infraccional. De ahí el nexo que suele establecerse entre esta construcción (original) y la denominada tesis *de la ficción* (formulada a efectos de determinar la naturaleza de la institución) aplicada concretamente para la unificación *artificial* del presupuesto del delito continuado<sup>115</sup>. Lo relevante tras ello es que se busca ofrecer una razón (más allá de su mérito) para alterar la regla penológica aplicable conforme a las reglas generales, siendo en ello del todo secundaria la unidad en el contenido de injusto. Lo relevante de la elección de dicho expediente (la asunción ficticia de que se trata de un solo delito) radica en la posibilidad de ofrecer un contenido que sea idóneo o capaz de negar la ocurrencia de una reiteración (por ello la apreciación de *un único delito*) en cuanto *la recaída* constituye precisamente la base que justifica la regla que se pretende obviar (esto es, el motivo de *la horca*)<sup>116</sup>. No existe por ello tras dicho planteamiento una relación entre la unificación del presupuesto y la obtención de un tratamiento penológico unificado, sino solo la pretensión de controvertir los fundamentos del régimen penológico que se pretende obviar<sup>117</sup>. Basta ver que el planteamiento busca precisamente evadir un régimen unificado (la *horca* para el *tercer* hurto) y no una regla de acumulación material de penas, para advertir que la pretensión de alcanzar un efecto de similares características (unificado) no puede estar vinculada a la suposición de una única infracción. Lo que importa realmente es que se trate de una respuesta diversa (un *ajuste penológico*) orientada —según ya apuntamos— a obtener una adecuación basada en la constatación de una desproporción. Con ello parece evidente que la propuesta aborda una problemática que se mueve en el ámbito de la determinación de la pena, sin que existan razones (más allá

<sup>113</sup> Camargo Hernández, *cit.*, pp. 17 y 39). Asimismo, Pottstock, *cit.* pp. 9 y 14

<sup>114</sup> Pottstock, *cit.*, pp. 23 y 27. Una renovada formulación se aprecia sin embargo en las doctrinas que ven tras su uso, una muestra de mayor indulgencia frente a aquel que presenta un carácter más débil, asociado a la proposición de criterios como la *renovación de la resolución delictiva*. Vid. al respecto Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 542, Marg. & 54, III, 78.

<sup>115</sup> Por todos, Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 36; Pottstock, *cit.*, p. 9.

<sup>116</sup> En este mismo sentido Carrara, *cit.*, p. 5. Conviene poner de relieve que la aplicación de la regla prevista no distingue si se trata de un supuesto concursal o de un caso de reincidencia. A este respecto Manríquez C, *cit.* p. 17.

<sup>117</sup> En el mismo sentido Cantarero Bandrés, *cit.* p. 19 y Pelaez de las Heras, *cit.*, p. 10. Como indica Camargo Hernández, *cit.* p. 72, se considera un único delito solo a efectos de pena conforme a su fundamento de origen. En el mismo sentido Cortés Zepeda, *cit.* p. 63.



de la declaración formal) para advertir una cuestión asociada a la subsunción (o, si se prefiere, a la real constatación de un único supuesto delictivo)<sup>118</sup>.

De conformidad con ello, si la unificación del presupuesto no busca más objetivos que anular los fundamentos de la regla penológica que se pretende obviar (en este caso, negar la recaída y sus efectos expresivos) debemos aceptar la idea de que el razonamiento propuesto por Farinaccio permitiría reconocer el mismo tipo de efectos ante cualquier componente capaz de lograr idénticos objetivos (privar de sentido o razonabilidad a la regla aplicable al caso conforme a los criterios generales) con total indiferencia a si para ello resulta necesario afirmar o negar la reiteración (o, si se prefiere, el concurso). Con ello, se reafirma la idea de que la unificación no constituye un aspecto nuclear o modular en la propuesta de dicho magistrado, sino una cuestión accidental motivada en los caracteres particulares del caso sobre el que se pretende aplicar. Finalmente, lo dicho permite advertir que tampoco el uso de una regla de absorción única y global, referida al delito unificado (o, si se prefiere, *continuado*), es connatural a los fundamentos metodológicos de la propuesta, pues para satisfacer sus objetivos bastaría con postular una regla penológica idónea para evitar los efectos que se pretenden obviar y que sea coherente con el argumento que avala dicha definición.

Esta última exigencia es precisamente la que permite explicar que para este caso parezca adecuada una regla de absorción, en atención a la necesidad de postular la unidad ejecutiva (para obviar la reiteración), postulado que, según advertimos, puede perfectamente configurarse de manera diversa. Con ello, y asumiendo el papel secundario (y ficticio) que cumple a nivel general el reconocimiento real de una única realización delictiva, parece adecuado concluir que el efecto propio de la institución se traduce en una regla penológica superior a la que corresponde a la unidad de acción e inferior a la prevista para su ejecución concursal (excesiva o desproporcionada)<sup>119</sup>. Sin perjuicio de ello es posible identificar casos donde la mecánica propuesta sugiere que este último régimen resulta inadecuado en cuanto insuficiente cuando la conexión de los diversos hechos permite apreciar un mayor desvalor (como se plantea respecto de la hipótesis conocida como *delito masa*), caso que escapa al desarrollo histórico por su indiscutible orientación pietista (que no es más que el motivo de fondo que en este caso se postula para un tratamiento *especial*).

La pretensión de asignar a estos casos una regla penológica unificada (por oposición a la acumulación) constituye más bien una extensión malentendida del criterio, que se hace más sólida a partir de razones contingentes, completamente externas al desarrollo propio de la institución. El advenimiento del liberalismo (y en particular, la exigencia de legalidad de la pena) motiva una generalizada previsión de reglas de acumulación material de sanciones para el régimen del concurso de delitos y reglas de reincidencia de aplicación general (diferenciando con ello dichos casos de los referidos en las reglas concursales), colocando a dicho régimen en el lugar que ocupa *la borca*

<sup>118</sup> En términos de Maurach / Gössel / Zipf, *cit.* p. 536, Marg. & 54, III, 66 “solo se busca *introducir ajustes en la determinación de la pena*”.

<sup>119</sup> Camargo Hernández, *cit.*, p. 6; Pottstock, *cit.*, p. 18.

en el caso enfrentado por Farinaccio y, por oposición, a la unificación como la única respuesta idónea para evitar sus consecuencias<sup>120</sup>. Dicha asunción favorece también la supervivencia de la ficción (la necesidad y posibilidad real de justificar una unidad en la infracción) pasando a operar como referente u objetivo autónomo a partir del cual se debe apreciar la idoneidad de los diferentes criterios que serían propuestos a partir de ese momento como vínculos de conexión. El resultado ya lo conocemos. Tras dicho derrotero se pasa por alto que lo realmente relevante (en la propuesta original) no es identificar situaciones que habiliten a apreciar una unidad en la ejecución típica, sino en reconocer nexos o vínculos que justifiquen un régimen penológico diverso del previsto a nivel general<sup>121</sup>. La insuficiencia del vínculo es, de hecho, una condición estructural de este tipo de aproximación, pues, de no ser así, no se discutiría la *unidad de acción*, sin que sea posible asignar efectos incrementales a partir del dato de la repetición. Enfrenta, pues, una problemática propia de la teoría del concurso de delitos y, en particular, del concurso real o material<sup>122</sup>, cuya consideración en dicha sede permite descargar al contenido del factor de conexión de una exigencia de entidad (aquella que lleva a valorar su idoneidad en función de la afirmación de un caso de unidad jurídica) y le da sentido a la consideración de una regla de exasperación expresiva del conjunto (sin que deba decantar necesariamente en la formulación de una regla de absorción estricta referida a la globalidad).

Así sucede en la regulación prevista en el régimen español e italiano<sup>123</sup>, destacando en ambos el papel preponderante que cumplen los respectivos factores de conexión por sobre la idea de que efectivamente se trata de unidades de ejecución delictiva, su total insuficiencia para justificar dicha afirmación y el uso de reglas penológicas más gravosas que las previstas para la mera absorción (que, en algunos casos, supone incluso un régimen agravado respecto del previsto bajo las respectivas reglas concursales)<sup>124</sup>. Asimismo, se puede apreciar en la regulación que ofrece nuestro legislador en el artículo

<sup>120</sup> Esta contraposición se favorece por cuanto dicho expediente (la aplicación de una pena unificada) se opone al régimen de condenas excesivamente largas que provoca la acumulación, bajo razones similares (desproporción, injusticia, exceso o humanidad). Si bien aplicables respecto de la generalidad y no fundada en criterios particulares (como la eventual relación de continuidad).

<sup>121</sup> La doctrina también ha destacado que el pensamiento de los postglosadores (precursores) ofrece una orientación similar. En este sentido Camargo Hernández, *cit.* p. 17; Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 17, y en el tratamiento del denominado hecho punible conjunto (referido a la actividad delictiva profesional o habitual). Al respecto Maurach / Gössel / Zipf, *cit.* pp. 594 y 595.

<sup>122</sup> Pottstock, *cit.*, p. 21 da cuenta de que esta opinión con base en Manzini y Raimundo del Río en Chile, ambos a partir de la tesis de la ficción. Parcialmente lo reconoce Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 9., al menos como parte del presupuesto inicial (y que luego, una vez clarificada su procedencia, pierde sustento).

<sup>123</sup> En relación con el desarrollo italiano Anton Oneca, *cit.*, p. 451. En este sentido pueden interpretarse las expresiones de Cantarero Bandrés, pues entiende que se trata de un verdadero concurso que tiene regla penológica especial en atención a un vínculo. (*cit.*, p. 102). Ya lo había reconocido Camargo Hernández, *cit.*, p. 23. Conviene también tener presente lo dicho respecto de la propia exposición de motivos de la reforma española de 1983 (*supra* nota 48).

<sup>124</sup> La existencia de estas reglas necesariamente contribuyó a motivar un mayor desarrollo dogmático. En relación con el temprano caso italiano (1854), así lo expone Cury Urzúa, *cit.*, 1962, pp. 18 a 20.

451 del Código Penal<sup>125</sup> y en el régimen de reiteración delictiva dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal<sup>126</sup>.

#### IV. EL DELITO CONTINUADO EN SENTIDO ESTRICTO

La determinación de las condiciones y casos que dan lugar a la ejecución de una determinada hipótesis delictual no puede realizarse al margen del contenido propio que lo constituye, es decir, del que es propuesto y descrito en la correspondiente definición típica<sup>127</sup>. De ahí que pueda sostenerse con propiedad que la pretensión de identificar criterios de validez general que sean idóneos para lograr esos objetivos se encuentre condenada al fracaso desde un inicio. Consideramos que esto es lo que ha sucedido con el contenido que ofrece la definición sustantiva del delito continuado en su literalidad<sup>128</sup>, en cuanto concentra el peso de sus efectos en la potencialidad que detentaría la concurrencia o ausencia de un determinado factor o elemento de conexión con carácter general. En los hechos, a partir de la base ofrecida por los prácticos italianos, la doctrina pareció *tomarse en serio* la idea de que la institución pretendía realmente identificar casos de unidad de ejecución, abandonando la idea original que reconocía tras dicha premisa una mera ficción, funcional a la obtención de una determinada solución penológica. Es por ello que solo bajo esta percepción se puede llegar a sostener que se trata de una institución general y concretamente de un caso de unidad jurídica de la acción, orientación a la que adhiere nuestra doctrina dominante<sup>129</sup> y que ha mostrado magros resultados. La real posibilidad de satisfacer dicho objetivo (identificar factores generales que ofrecieran una valoración de continuidad común) contó con importantes adherentes en la

<sup>125</sup> En Vera, R., "Código Penal de la República de Chile", Imprenta de P. Cadot i cía, 1883, p. 242 se aprecian fundamentos similares a los expuestos en este acápite basado en los efectos desmedidos de la regla de acumulación (p. 672). Lo considera directamente como una hipótesis de esta naturaleza Fontecilla, *cit.*, p. 70. y en Labatut Glena, G., *Derecho Penal*, 7ª ed. actualizada por Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 215. En Muñoz Horment, pp. 340 y 341 destaca que la comprensión de esta hipótesis como delito continuado se extiende hasta la aparición de la obra monográfica de Cury Urzúa en 1962, quien lo rechaza por exigir una pluralidad de delitos. Oliver Calderón, *cit.*, p. 183 sostiene que se trata de un caso de *concurso material de delitos tratado con benignidad, probablemente por la estrecha conexión que existe entre las diversas acciones, lo que hace que se parezca a un delito continuado*. En derecho comparado Camargo Hernández, *cit.*, p. 109 entendió en qué constituía en Chile una expresión de delito continuado (en p. 113, reitera esa misma evaluación).

<sup>126</sup> En su momento lo puso de relieve Pottstock, *cit.*, pp. 138 y 139, sobre el texto del artículo el 506 del CPP (precedente de la citada disposición). Asume la misma razón Novoa Monreal, *cit.*, 1964, p. 149 (con matices).

<sup>127</sup> Esta es la razón que demanda una cierta homogeneidad entre los diversos supuestos concurrentes, por la sencilla razón de que deben poder reconducirse a una misma prohibición. Explícito en Jakobs, *cit.*, pp. 1092 y 1093 quien destaca la relevancia que presenta por ello la forma o modalidad de afectación del bien jurídico (conforme al tipo). Próximo Cury Urzúa, *cit.*, 2007, p. 656, al descartar que el tema se vincule a la acción para reconducirlo al ámbito del injusto.

<sup>128</sup> Autores como Camargo Hernández, *cit.*, p. 20 y Del Rosal (1948, p. 688) dan cuenta de esta mutación en los objetivos a los que invita el tratamiento de la institución.

<sup>129</sup> *Vid.* Nota 4.

discusión italiana y alemana de la primera mitad del siglo XX<sup>130</sup>, configurando una expectativa que favoreció la pretensión de concentrar bajo dicho rótulo el tratamiento de un problema propio de la parte especial, con perjuicio evidente para la consideración de los contenidos que cada infracción ofrece para apreciar los contornos y límites de las respectivas prohibiciones (lugar donde se ubican estos casos).

Si el núcleo problemático propuesto radica en la real posibilidad de reconducir la interpretación de un conjunto de actos típicos para apreciar una única ejecución delictiva, lo relevante apunta a contar con elementos de juicio que permitan afirmar que la realización del conjunto de dichos supuestos admite ser interpretada como *una sola lesión* o, mejor dicho, como *una sola infracción*. Constituye por ello, esencialmente, un problema de adscripción o subsunción<sup>131</sup> (*un problema de interpretación del tipo*<sup>132</sup>), con ello, la posibilidad de llegar a realizar dicha afirmación dependerá –según señalamos– necesariamente del conjunto de caracteres que integran la definición de la prohibición<sup>133</sup>. Cobra por ello pleno sentido a dichos efectos la propia caracterización del bien jurídico (el hecho de que este acepte una lesión fraccionada o su espiritualidad o carácter personalísimo) y la modalidad comisiva prevista por el legislador para describir la afectación, contenidos que dan forma a la conducta prohibida y que exceden, y por mucho, al conjunto de características que pueden predicarse de la acción delictiva<sup>134</sup>. Lo relevante no es por ello, en exclusiva, el contenido de la acción –que fue el tópico que motivó el desarrollo de estas doctrinas<sup>135</sup>–, sino la posibilidad de constatar la realización o ejecución de una infracción a partir de su descripción (es decir, del tipo)<sup>136</sup>. A dichos efectos los factores de conexión cumplen un papel necesariamente auxiliar. A este respecto, y a diferencia de lo sucedido en el modelo italiano<sup>137</sup>, en la temprana doctrina alemana que se ocupó del tema primó precisamente la idea de que el nexo de continuidad radica en una base objetiva, en una referencia que debe reconducirse a la forma de comprensión vigente para el contenido de lo injusto (marcado por lo que conocemos como *causalismo*). La

<sup>130</sup> En este sentido, con ejemplos, según Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 28.

<sup>131</sup> En este sentido Soler, S. *cit.*, p. 360. Asimismo, Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 54.

<sup>132</sup> Choclan Montalvo, *cit.*, p. 17; Zaffaroni Alagia / Slokar, *cit.*, p. 861.

<sup>133</sup> A este respecto resulta ilustrativo el análisis de casos que ofrece Carrara, *cit.*, pp. 6 a 8. Asimismo, la definición de Juan del Rosal, en p. 291 y las expresiones sintetizadas por Posada Maya, *cit.*, p. 95, en torno a la idea de *unidad del sentido típico de la acción*.

<sup>134</sup> La relevancia a esos elementos para resolver la *unidad de sujeto pasivo* se aprecia en Pelaez de las Heras, *cit.*, p. 26.

<sup>135</sup> Anton Oneca, *cit.*, p. 452.

<sup>136</sup> Choclan Montalvo, *cit.*, p. 175. En un sentido similar Posada Maya, *cit.*, pp. 135, 136 y 459 (si bien, asumida con matices, toda vez que dicho autor entiende que se trata del aspecto normativo que complementa el aspecto ontológico que es prejurídico). En ese sentido se deben interpretar además las expresiones de Sauer (*cit.*, p.346): *El delito continuado es una pluralidad de acciones naturales iguales, ligadas en una unidad de delito por la unidad de culpabilidad e injusto* (lo destacado es nuestro).

<sup>137</sup> La mayor adherencia a la ficción en el pensamiento italiano se vincula a una temprana consagración legal basado en el sistema de exasperación, pues no parece posible que en dicho contexto la institución se deje interpretar como un problema de subsunción. Se explica así la mayor importancia atribuida al vínculo de conexión y a su caracterización subjetiva en perfecta continuidad con los orígenes de la institución.

casuística con que normalmente se reflejan los contenidos expuestos a este respecto no da cuenta por ello del sentido de fondo que ofrece dicha aproximación, dirigida a apreciar la relación que se extrae de cada hito respecto de *la norma quebrantada*<sup>138</sup>. A ello se apunta cuando se exige una *unidad de injusto del resultado*<sup>139</sup> o una *unidad de causa*<sup>140</sup>, afirmaciones de las que fluye naturalmente la necesidad de vincular la aplicación de la figura a una correcta interpretación del contenido de las respectivas prohibiciones<sup>141</sup>.

En este contexto, no es relevante un determinado factor o su carácter objetivo o subjetivo<sup>142</sup>, sino la lectura que ofrecen para justificar la apreciación unitaria del conjunto (un significado diverso al que propone la mera constatación de una pluralidad de infracciones). Con ello, los criterios de conexión formulados tradicionalmente no son más que razones que pueden cobrar relevancia para apreciar una unidad global, sin que detenten a dichos efectos un carácter absoluto o general, ni que por ello puedan operar como motivos excluyentes. A dichos efectos brinda especial utilidad la idea de apreciar el aprovechamiento de un mismo y único contexto situacional (siempre que sea la misma oportunidad y no una *equivalente*<sup>143</sup>) y el fraccionamiento del plan ejecutivo<sup>144</sup>.

De esta forma, la aceptación o rechazo de la aplicación de esta institución depende en exclusiva de la posibilidad o imposibilidad de asumir una valoración de conjunto (es

<sup>138</sup> En ese sentido es que deben interpretarse las criticadas expresiones de Beling que sugiere *dejarlo librado a la apreciación judicial* (Beling, E. von, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo*, Librería el Foro, Buenos Aires, 2002, p. 215), asumida como una base para la arbitrariedad (Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 63; Pottstock, *cit.*, p. 101:) y un reconocimiento de la ausencia de criterios idóneos. Baste ver el resto de sus expresiones para constatarlo.

<sup>139</sup> Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 91, con cita que lo califica como dominante en la jurisprudencia alemana de la época. En este sentido se dejan también interpretar las tempranas palabras de Pedro Ortiz Muñoz, en *Naciones generales de Derecho penal*, Edit. Nascimento, Santiago de Chile, 1933, pp. 101 y 102.

<sup>140</sup> Cury Urzúa, *cit.*, 1962, pp. 64 y 65, en cita a la tesis de Cernelutti.

<sup>141</sup> Un sentido similar (bastante nítido) se aprecia en contribuciones remotas. Así, en Manríquez C., *cit.*, p. 55 y en Ortiz Muñoz, *cit.*, p. 106.

<sup>142</sup> Es indispensable una estrecha conexión entre ambos aspectos, siendo la unidad de la *lesión* (afectación del bien jurídico) y de la intención lo que da forma al contenido del delito, como se propone en los criterios mixtos. Así en Mezger (Cury Urzúa, *cit.*, 1962, pp. 60 y 61), y en Alimena (Manríquez C., *cit.*, p. 53). En la realidad española Choclan Montalvo, *cit.*, p. 26 lo destaca como costumbre en la jurisprudencia. Goza además de pleno respaldo en los orígenes de la institución. Si bien las referencias más antiguas aluden precisamente a la unidad de fin, concretamente, en fragmento gaiano D.IX, 2. 33 *al legem* Aquilium de Bartolo, citado por Camargo Hernández, *cit.*, pp. 15 y 16, y que expresa que *si hay unidad de fin, hay un solo delito*, este mismo autor cita casos adicionales reconocidos a partir de la constatación de un mismo *efecto o lesión*. En el mismo sentido Cantarero Bandrés, *cit.*, p. 25, quien detalla que Bartolo conecta por la unidad de fin, *entendida como unidad de lesión de intereses jurídicos*.

<sup>143</sup> En Chile Rodríguez / Oliver, *cit.*, p. 256 lo expresan del siguiente modo: *la semejanza de las circunstancias motivantes del comportamiento del individuo*, criterio que, según se detalla en el texto, debe entenderse en referencia, claro está, a la descripción típica.

<sup>144</sup> Parece asimismo que la exigencia de un dolo *conjunto* es obvia, en el sentido de la teoría de la unidad de designio o renovación, teniendo en cuenta que ello no implica una exigencia de anticipación, pues ello sería equivalente a una generalizada exigencia de dolo directo. Basta la asunción consciente y aceptada (o querida) de cada realización. Lo mismo sucede de hecho en el marco de la teoría de la acción: quien se trenza a golpes luego de una acalorada discusión que culmina con consecuencias de carácter fatal, carece probablemente de un dolo inicial de matar, debiendo responder a pesar de ello a título doloso.

decir, de apreciar una sola y gran infracción de la misma prohibición), pues concurre siempre la posibilidad de sanción autónoma de los diversos sucesos que lo integran<sup>145</sup>. De ahí que la exigencia de una razonable *separación temporal* entre todos ellos<sup>146</sup> se deje leer en mejor forma como una exigencia referida a la posibilidad de sostener la comisión de una multiplicidad de infracciones<sup>147</sup>. En definitiva, el caso se construye en forma similar a como se determina el tratamiento de los actos copenados conforme al principio de consunción<sup>148</sup>, pues la afirmación de una valoración global punible necesariamente lleva a sostener el desplazamiento de la punibilidad de los sucesos que lo componen en atención a que la primera da cuenta del injusto total del hecho<sup>149</sup>. Dicha relación se deja explicar de buena forma bajo la tradicional lógica de la interferencia<sup>150</sup> como también por la que hace descansar dicho supuesto en una valoración de *insignificancia*<sup>151</sup>.

Por lo mismo, lo relevante apunta a la preferencia que detenta dicha calificación global en atención a que constituye una comprensión más acabada y precisa de lo ocurrido<sup>152</sup>. De ahí que no sea relevante, en la totalidad de los casos, que la pena que en definitiva se llegue a imponer sea necesariamente superior a la que corresponde a las diversas y sucesivas realizaciones, individualmente consideradas, como tampoco el que siempre se termine aplicando un efecto privilegiado respecto del previsto a partir de las

<sup>145</sup> Nítido en Carrara, *cit.*, p. 6; y también en Camargo Hernández, *cit.*, p. 28.

<sup>146</sup> *Vid.* al respecto *Supra* nota 20.

<sup>147</sup> Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 37. Próximo Besio Hernández, *cit.*, p. 118. En el mismo sentido Nino, *cit.*, p. 107.

<sup>148</sup> Soler, *cit.* p. 360.

<sup>149</sup> De ahí también la cuota de incertidumbre que caracteriza a sus definiciones, propiedad común a este tipo de casos, en atención a la necesidad de llevar a cabo un análisis particularizado. Politoff, Matus / Ramírez, *cit.*, p. 458. En el mismo sentido Cury Urzúa, *cit.*, 2005, p. 657. Una síntesis de perspectivas críticas a este respecto en Choclan Montalvo, *cit.*, p. 176.

<sup>150</sup> Y es que no existe entre los diversos supuestos y el supuesto global una relación de especie a género, sino la que ofrecen las partes respecto del todo. En este sentido se pronunció en su tiempo Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 90, sosteniendo en la actualidad una relación de *medio a fin* (basado en el fraccionamiento necesario). Cury, *cit.*, 2005, p. 658. No aprecia sin embargo que *el conjunto* no es un resultado final de la ejecución, sino uno que se integra en propiedad con todas ellas. Supondría además la concurrencia de más de un delito en su estructura (y no es su base) incompatible con la *unidad jurídica*.

<sup>151</sup> Al respecto Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 459 donde se puede apreciar que el caso se explica casi de mejor forma a cómo sucede respecto de los ejemplos por él utilizados.

<sup>152</sup> En este sentido Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, p. 862. Esta acotación obliga a determinar los contenidos del caso global enjuiciado en el texto de la sentencia, lo que contribuye a resolver los eventuales problemas que se pudieren presentar a la hora de fijar la penalidad única aplicable al caso. Si bien en atentados patrimoniales la conformación del resultado global no presenta dificultades, el tema no parece tan sencillo en aquellos casos donde la homogeneidad de los respectivos ilícitos se configura a partir de tipos delictivos (específicos) diversos o que se encuentran en grado diverso de ejecución. Más detalles acerca del problema en Besio Hernández, *cit.*, pp. 145 y ss. La respuesta acerca de cuál debe ser el marco penal de referencia la aporta precisamente el encuadre típico de dicha descripción global.

reglas concursales<sup>153, 154</sup>. Así acontece, por lo demás, en las relaciones que se resuelven a partir del criterio de la consunción<sup>155, 156</sup>. Lo relevante a este respecto es que la reacción corresponda a la valoración legislativa del caso (en global), con ello cualquier eventual desproporción será más bien un problema que aqueja a las respectivas reglas penológicas (en sus propias definiciones) y no una cuestión que emane de un análisis comparativo de las alternativas de solución.

Completamente diverso es por ello el caso en que *las partes* no presentan relevancia punible en forma independiente, situaciones que se reconducen naturalmente al análisis de la conducta prohibida o, si se prefiere, a la teoría de la acción unitaria<sup>157</sup>. La continuidad delictiva no es una extensión del tipo de razonamiento que se desarrolla en torno a dicha tarea (asociada a la *unidad simple* y, desde antiguo, a la resolución de casos donde la *acción* se compone de varios *actos*<sup>158, 159</sup>, sino que da cuenta de un problema y de una forma de aproximación diversa<sup>160</sup>. No busca determinar si lo realizado *cabe* dentro de la conducta prohibida<sup>161</sup>, sino resolver la posibilidad de establecer una valoración global o común independiente de la que se realiza respecto de cada uno de los sucesos, homogéneos y penalmente relevantes en forma autónoma<sup>162</sup>. De otra forma la construcción sería inútil, pues para determinar los límites de la interpretación de la conducta prohibida bastaría con el rendimiento que ofrece la determinación de la unidad (natural o jurídica) de la acción<sup>163</sup>, siendo de suyo objetable todo eventual efecto extensivo. El delito continuado cumple por ello una función que contribuye a la delimitación de los extremos de las

<sup>153</sup> También se pueden plantear otros efectos adversos adicionales a los que afectan al tratamiento penológico del caso. Al respecto *Vid.* Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 543, Marg. & 54, III, 80; Ya lo destaca Pelaez de las Heras, *cit.*, p. 7.

<sup>154</sup> Crítico a este respecto Besio Hernández, *cit.*, p. 146.

<sup>155</sup> Con detalle Politoff / Matus / Ramírez, *cit.*, p. 458, aludiendo incluso a los casos de la llamada consunción inversa.

<sup>156</sup> De esta forma se podría perfectamente llegar a privilegiar la condición de quien mediante una sumatoria de sustracciones no alcanza a superar los límites que llevarían a elevar el marco penal aplicable, cuando se trata de sistemas que basan la determinación legal de la pena en el monto del resultado. Así sucedería en nuestro caso si un individuo sustrae en 4 oportunidades montos equivalentes a 5 UTM, sin alcanzar un monto global superior a las 40 UTM. Lo mismo sucede a la inversa. *Vid.* Supra Nota 50.

<sup>157</sup> Lo confirma Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 14 y en p. 95. Con un sentido diverso, en Carrara, citado por Camargo Hernández, *cit.*, pp. 21 a 26, y como opinión propia en pp. 53 y 54. En contra Pottstock, *cit.*, p. 32.

<sup>158</sup> Camargo Hernández, *cit.*, pp. 21 a 25; Manríquez C. *cit.*, pp. 31, 51 y 55. Sobre la virtual imposibilidad de distinguir acciones y actos Choclan Montalvo, *cit.*, p. 91.

<sup>159</sup> En el sentido objetado en el texto Anton Oneca, *cit.*, p. 449.

<sup>160</sup> Una cita de referencia que da cuenta de opiniones basadas en dicha aproximación se contiene en Choclan Montalvo, *cit.*, pp. 127 y 128. Como se indica en Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 535, de lo que se trata en torno al delito continuado es de abordar *otros casos* diversos a los que proponen aquellos que dan forma a una acción.

<sup>161</sup> Acerca de las funciones posibles de asignar a las nociones naturales y jurídicas de acción *Vid.* Choclan Montalvo, *cit.* p. 112, en particular en la referencia a la aportación de Maiwald.

<sup>162</sup> Choclan Montalvo, *cit.*, p. 82 *la unidad típica a que da lugar la relación de continuidad es más amplia que la que resulta de la simple interpretación del tipo penal*, concluyendo (p. 87) que no hay continuidad en casos de una unidad de acción.

<sup>163</sup> Es en este sentido Cobo y Vives, *cit.*, p. 559.



prohibiciones penales, con resultados que pueden ser interpretados como extensivos si se los compara con el rendimiento que naturalmente cumple la interpretación de la conducta prohibida<sup>164</sup>. De ahí que no parezca acertada la opinión de quienes le atribuyen limitadas posibilidades de incidencia, efecto que probablemente se afirma a partir de una inadecuada aproximación metodológica; tampoco la de quienes objetan los resultados que ofrece en cuanto se los considera una extensión indebida del contenido de las prohibiciones penales ni, finalmente, la de quienes, en perspectiva opuesta, le niegan toda capacidad de rendimiento a los mismos efectos.

## V. COROLARIO

Antes de finalizar quisiéramos dar cuenta de dos consideraciones concretas, a modo conclusivo. Respecto de los casos en que hemos sostenido la concurrencia de una variante importante del delito continuado más de alguien podrá cuestionar el rendimiento de la aproximación ofrecida es casi nulo, bajo la expectativa de contar con un criterio o regla definitoria. A dichos efectos me parece necesario reiterar que, por las razones apuntadas, no parece posible ofrecer criterios de validez general idóneos para satisfacer dicha pretensión, pues se trata de una cuestión dependiente de la configuración individual de cada prohibición<sup>165</sup>. A dichos efectos conviene tener presente, como aproximación, lo siguiente: i) Parece evidente la necesidad de que el conjunto de hipótesis a analizar presenten una estrecha relación en lo referido al título de la incriminación, en la modalidad que adopta la forma de provocar su afectación (pues ahí se define concretamente *la* prohibición) y en el objeto de la lesión (a propósito del bien jurídico y sujeto pasivo); ii) El nexo en el título de incriminación no supone una estricta equivalencia o identidad<sup>166</sup>, sino una razonable homogeneidad<sup>167</sup>, aspecto sobre el que no parecieran existir grandes diferencias. Lo complejo es resolver las condiciones de dicha homogeneidad sugiriéndose a este respecto considerar que se trate de delitos de la misma especie o de idéntica *naturaleza*<sup>168</sup>, llegando algunos a exigir la propia identidad en el título de incriminación<sup>169</sup>. A este respecto, parece más o menos evidente que la opción del bien jurídico resulta insuficiente, pues constituye una base de mínimos<sup>170</sup>. Por sobre ello

<sup>164</sup> Choclan Montalvo (*cit.*, p.87) ve una especie de *ampliación cuantitativa de la cobertura del tipo*. En un sentido similar Sanz Moran, *cit.* p. 137.

<sup>165</sup> Pelaez de las Heras, *cit.*, p. 5; Anton Oneca, *cit.* pp. 455 y 456.

<sup>166</sup> No se requiere unidad del título, artículo o disposición. Camargo Hernández, *cit.*, pp. 55 y 58.

<sup>167</sup> Maurach / Gössel / Zipf, *cit.*, p. 543, Marg. & 54, III, 83.

<sup>168</sup> En este sentido Cury Urzúa, *cit.*, 2005, p. 658, integrando tras dicho concepto una exigencia relativa al bien jurídico y al modo de comisión. Pottstock, *cit.*, pp. 77 a 80, con idéntico contenido.

<sup>169</sup> Al respecto véase una buena síntesis en Cantarero Bandrés, *cit.*, pp. 92 y ss.

<sup>170</sup> Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 48, destaca la insuficiencia del bien jurídico a dichos efectos (postulado parcialmente en Alemania). En un sentido similar Camargo Hernández, *cit.*, p. 56. Pottstock, *cit.*, p. 80 sostiene la exigencia del mismo interés para que haya una misma y única prohibición (Jakobs, *cit.*, p. 1092). En el mismo sentido Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, p. 864.

se muestra particularmente relevante la exigencia de equivalencia o *similitud* en las modalidades de comisión<sup>171</sup>, en cuanto se trata de un componente que determina la materialidad de la conducta prohibida (la forma que adopta la lesión cuya ejecución se proscribe). La indiferencia del legislador al respecto (mediante definiciones de conducta de carácter resultativo u otras equivalentes) concede por ello un campo más amplio de operación. Por sobre ello, habrá que atender al ámbito de cobertura que se proponga en particular, lo que tampoco se traduce en una exigencia de identidad. El que la institución se constituya a partir de una relación de interferencia (o insignificancia) respecto de los sucesos de base que lo conforman, explica de manera sencilla por qué no existe problema alguno en acoger un conjunto que incluya figuras especiales y comunes (básicas y calificadas o privilegiadas y entre actos incompletos y consumados, etc.)<sup>172</sup>, en la medida en que dicha relación se pueda afirmar. Como indica CURY, *no es posible cometer robo sin violar la norma del hurto*<sup>173</sup>. La doctrina suele coincidir en este punto, conclusión que no debiera ser considerada aceptable si se sostiene que realmente se trata de un caso de *unidad de acción*. Esta necesariamente deberá encontrarse referida a una única norma que resulta vulnerada, debiendo por ello ser exigible una identidad absoluta en el objeto lesionado y en el modo comisivo; iii) Finalmente, para sostener la ocurrencia de una única infracción debe necesariamente tratarse de una única lesión (*unidad de violación de la norma, unidad de lesión jurídica*, etc.)<sup>174</sup>, lo que también depende de las características que ofrezca la respectiva descripción en cuanto a la forma como se materializa la afectación del bien jurídico protegido<sup>175</sup>. Lo relevante a este respecto es que esta se deje interpretar como una lesión gradual (y que ha aumentado su entidad o gravedad) y no como una nueva lesión<sup>176</sup>, lo que depende de la aptitud del bien jurídico para admitir una lesión fraccionada o una afectación en diversas entidades<sup>177</sup>. La exigencia de unidad de sujeto pasivo si se trata de bienes *altamente personales* es a este respecto equívoca, ofreciendo un referente acotado y parcial<sup>178</sup>.

Ahora bien, respecto de los demás casos tratados bajo el delito continuado debemos aclarar que la adscripción parcial de esta institución a la teoría de la determinación de la pena otorga pleno sentido a las voces que reclaman la necesidad de dotarlo de

<sup>171</sup> Manríquez C., *cit.* p. 53; Pelaez de las Heras, *cit.*, p. 24.

<sup>172</sup> Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, p. 864.

<sup>173</sup> Cury Urzúa, *cit.*, 1962, pp. 49 y 50.

<sup>174</sup> Acerca de los conceptos mencionados Cury Urzúa, *cit.*, 1962, pp. 44 a 54.

<sup>175</sup> Como señala Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, p. 861, es la propia configuración típica la que permite interpretar los casos en que habrá una mayor afectación del bien jurídico y no una nueva afectación independiente.

<sup>176</sup> En un sentido equivalente se habla de una *intensificación cuantitativa del injusto típico*. Al respecto Choclan Montalvo, *cit.* pp. 123 y 124.

<sup>177</sup> Aporte atribuido a Mezger. Al respecto Anton Oneca, *cit.*, p. 458 en relación con la jurisprudencia alemana. *Vid.* asimismo Zaffaroni / Alagia / Slokar, *cit.*, 861; Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 52. A este respecto Novoa Monreal, *cit.*, 1964, p. 147.

<sup>178</sup> Como indica Anton Oneca, *cit.*, p. 458, la unidad de sujeto pasivo muchas veces depende del azar. Crítico también, en su tiempo, Cury Urzúa, *cit.*, 1962, p. 96 (en relación con la finalidad –de lesión–). Otra opinión en Choclan Montalvo, *cit.*, p. 123.

reconocimiento legal<sup>179</sup>, posición que, por las mismas razones, suele concurrir en quienes aprecian cualquiera de los caracteres propios de este grupo de casos. Lo opuesto se predica, sobre sus propias razones, respecto de los casos de subsunción, pues el reconocimiento de las respectivas hipótesis depende necesariamente de los contenidos que ofrezca la descripción de las tipologías penales previstas en la parte especial. En el primer caso, el hecho de que su contenido apunte a la proposición de reglas penológicas alternativas a las previstas bajo el régimen general basadas en una determinada valoración global de un conjunto de hipótesis delictivas, supone necesariamente una tarea que corresponde al legislador, con lo que su desarrollo por medio del criterio judicial constituye una actuación que resulta incompatible con las exigencias más básicas que sugiere el principio de legalidad (en la vertiente referida a la legalidad de la pena y de su determinación). No obstante, debemos también reconocer que la presencia de casos concretos en la legislación positiva que presentan contenidos que se dejan explicar bajo dicha lógica de tratamiento (como sucede con el contenido del artículo 451 del Código Penal o con la regla aplicable a la reiteración delictiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal) ofrece la posibilidad de disponer de una base argumentativa idónea para sostener una aplicación analógica a supuestos diversos (acotado, en cualquier caso, a efectos que favorezcan la posición del condenado). Ello dependerá, necesariamente, de una adecuada identificación del concreto fundamento que las respalda, pues solo de esa forma se podrá enfrentar la tarea de verificar su concreta concurrencia en una hipótesis alternativa<sup>180</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANTON Oneca, J., "Delito continuado", en Pellisé Prats (Dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, Edit. SEIX, 1981, pp. 448 a 465.
- AYALA Gómez, I., "El delito Masa", en Calderón Cerezo, Angel (Edit.) *Unidad y pluralidad de delitos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1995, Vol. 2, pp. 270 a 301.
- BAÑADOS Espinoza, F., *Código Penal de la República de Chile. Concordado y comentado*, Editorial, L.A. Lagunas, Santiago de Chile, 1920.
- BESIO Hernández, M., "El delito continuado en el sistema penal chileno: criterios y tendencias" en *Revista Razonamiento Penal*, N° 2, 2012, pp. 117 a 147.
- BELING, E. von, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo*, Librería el foro, Buenos Aires, 2002.
- CAMARGO Hernández, C., *El delito continuado*, Bosch, 1951.
- CANTARERO Bandrés, R., "El delito continuado", en *Temas básicos de derecho: una visión actual*, Vol. 1, 1992, pp. 117-140.
- CANTARERO Bandrés, R., *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, PPV, 1990.

<sup>179</sup> Camargo Hernández, *cit.*, pp. 6 y 145.

<sup>180</sup> Lo relevante en la integración analógica in *boman partem* es la identidad de la razón que respalda una determinada solución legislativa y no necesariamente la identidad del supuesto que aparece formalmente regulado a partir de su valoración.

- CÁRCAMO Gil, A., "Concurso de normas y delitos: el delito continuado", en *El delito fiscal*, 2009, pp. 371-391.
- CARRARA, F., "El delito continuado", en *Cuadernos de política criminal*, ISSN 0210-4059, Nº 84, 2004, pp. 5 a 8.
- CASTIÑEIRA Palou, M.T., *El delito continuado*, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1977.
- COBO del Rosal, M. / Vives Anton, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO del Rosal, M., "Sobre el delito continuado. (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 243 ss.
- CORTÉS Zepeda, J.L., "Reiteración y delito continuado desde la perspectiva de la prescripción de la acción penal", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Nº 41, pp. 63-73.
- COUSIÑO Mac Iver, L., *Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- COUSO Salas, J. / Hernández Basualto, H., (directores) (2011), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Edit., Abeledo Perrot, Santiago de Chile.
- CUERDA Riezu, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Edit. Tecnos, Madrid, 1992.
- CURY Urzúa, E., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- CURY Urzúa, E., *El delito continuado*, Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Universitaria S.A., 1962.
- CURY Urzúa, E., "El delito continuado", en *Revista de Ciencias Penales*, t. XVIII, (1959), págs. 201-215.
- CHOCLÁN Montalvo, J.A., "¿Delito continuado de tráfico de drogas?", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 447, 2000, págs. 4-5.
- CHOCLÁN Montalvo, J.A., *El delito continuado*, Marcial Pons, 1997.
- DEL ROSAL, J. *Consumación y aplicación de ley penal en el delito continuado*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 1, Fasc. 2, 1948, pp. 277 a 291.
- DEL ROSAL, J. "Sobre el delito continuado (Hurto)" en, del mismo, *Estudios Penales*, Seminario de Derecho Penal, Universidad de Barcelona, Madrid, 1948, pp. 135 a 177.
- ETCHEBERRY O.A., 2004, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ETCHEBERRY O.A., *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Parte General y parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2º ed. 1987.
- ETCHEBERRY O.A., *El concurso aparente de leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Colección de seminarios e institutos Vol. II.
- FERNÁNDEZ, P.J., *Código Penal de la República de Chile*, Santiago, Imprenta de la Librería de El Mercurio, 1877.
- FONTECILLA R.R., *Concurso de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 1956.
- FUENZALIDA, A., *Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno*, Imprenta Comercial, 1883.
- GARRIDO Montt, M., *Derecho Penal. Parte General* (T. I y II), Edit. Jurídica de Chile, 4º ed., Santiago, 2007.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª Edición corregida (Traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González, J.L.), Edit. Marcial Pons, Madrid. 1997.
- JESCHECK, H., / Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte general* (trad. Olmedo Cardenete), 5º ed. renovada y ampliada, Edit. Comares, Granada, 2002.
- KUNSEMÜLLER L.C., "La circunstancia agravante de reincidencia", en *Gaceta Jurídica* Nº 212, 1998, pp. 61 a 71.
- LABATUT Gléna, G., *Derecho Penal*, 7º ed. actualizada por Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

- LÓPEZ ROJAS, D. y Bertor Yero, M.C., "El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple", en *Revista Chilena de Derecho* vol. 39 N° 3, 2012, pp. 725 a 751.
- MALDONADO Fuentes, F., "Consideraciones sobre la producción de resultados de riesgo general o de una multiplicidad de resultados lesivos a partir de la ejecución de una sola conducta delictiva en el derecho chileno. A propósito del desempeño en el tráfico rodado", en Vargas, Tatiana, (Dir): *Relevancia Jurídica del tráfico vial*, Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Edición especial, 2014.
- MALDONADO Fuentes, F., *Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes*, en Estudios de Derecho Penal Juvenil IV (Informes en Derecho), Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, Noviembre, pp. 169 a 212.
- MALDONADO Fuentes, F., *Determinación de la pena y concurso de delitos en la ley 20.084*, en Estudios de Derecho Penal Juvenil N° 2 Diciembre 2011, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, pp. 169 y ss.
- MANRÍQUEZ Candia, C. "Concurso o acumulación de delitos". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile.
- MAÑALICH R., J.P., "El concurso de delitos. Bases para su reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico", en *Revista Jurídica* de la Universidad de Puerto Rico N° 74, 2005.
- MAÑALICH R., J.P., "El principio *non bis in idem* en el derecho penal chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, 2011.
- MAURACH, R. / Gössel, K.H., / Zipf, H., *Derecho Penal. Parte General* (trad. Bofill Genzsch), Tomo II, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MERCADO Gómez, M., *Problemas concursales y delito continuado en los delitos que protegen la libertad sexual*, Lexis Nexis, 2003.
- MONER Muñoz, E. "Delito continuado", en *Revista La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 91, 2012, pp. 98 a 99.
- MUÑOZ Cuesta, F.J. "Aplicación del principio de proporcionalidad de las penas al enjuiciamiento separado de un delito continuado", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 9, 2011, págs. 31-39.
- MUÑOZ Horment, H. "Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, 1986 pp.
- NINO, C.S., *El concurso en el derecho penal: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, Editorial Astrea, 1972.
- NOVOA Monreal, E., *Curso de Derecho Penal chileno*, 3ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- NOVOA Monreal, E. "El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico", en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIII, 1964, pp. 139-153.
- OLIVER Calderón, G., "La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, Vol. XXVI, N° 2, pp. 167 a 188.
- ORTIZ Muñoz, P., *Nociones generales de Derecho penal*, Edit. Nascimento, Santiago de Chile, 1933.
- ORTIZ, L. / Arévalo, J. *Las Consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- PELÁEZ de las Heras, A. *El delito continuado*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Lumina, 1942.
- POLITOFF, S.; Matus A., J.P.; Ramírez, M.C. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General y Parte especial*. 2ª Edición, T.I., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- POLITOFF Lifschitz, S. / Ortiz Quiroga, L. (Dirs.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I*, Libro Primero y Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- POSADA Maya, R. "El delito continuado", en *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, N° 38, 67-122.
- POSADA Maya, R. "El delito continuado", en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* de la Universidad de Costa Rica, N° 3, 2011.

- POSADA Maya, R. *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Edit. Comares, Granada, 2012.
- POSADA Maya, R. “El delito continuado”, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2010.
- POTTSTOCK Padilla, E., “El delito continuado: estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Universitaria S.A., 1960.
- RIVACOBA y Rivacoba, M., “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito”, en *Separata de Doctrina Penal* Nº 43, Julio-Septiembre de 1988, edit. Depalma, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ Collao, L. / Oliver Calderón, G., “Aplicabilidad de la figura del delito continuado en los delitos sexuales. Comentario a un fallo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Nº 1, año 16 (2009), págs. 251-264.
- RODRÍGUEZ Devesa, J.M., *Derecho Penal español*, 18ª edición, Edit., Dykinson, Madrid, 1995.
- SAINZ Cantero, J., “El delito masa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 24, Fasc. 3, 1971, pp. 649 a 675.
- SANZ Morán, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1986.
- SAUER, G., *Derecho penal. Parte General*, traducido por Juan del Rosal José Cerezo Mir, Edit. Boch, Barcelona, 1956.
- SOLARI Peralta, T. / Rodríguez Collao, L. “Determinación de la pena en los casos de concurso de delitos (ámbito de aplicación del art. 509 del Código de procedimiento penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº III, 1979, pp. 255 a 271.
- SOLER, S., *Derecho penal Argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992.
- TOMÁS Pío, J.M. “El delito continuado en el código penal (art. 69 bis)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 31, 1987, págs. 111-154.
- VERA, R., *Código Penal de la República de Chile*, Imprenta de P. Cadot i cía, 1883.
- ZAFFARONI, E. / Aliaga, A. / Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002.