



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

López Rojas, Dayan Gabriel; Bertot Yero, María Caridad
EL DELITO CONTINUADO Y LA PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE
Revista Chilena de Derecho, vol. 39, núm. 3, diciembre, 2012, pp. 725-751
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177026003006>

- 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

EL DELITO CONTINUADO Y LA PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE

CONTINUING OFFENSE AND PROHIBITION OF MULTIPLE CRIMINAL PROSECUTION

DAYAN GABRIEL LÓPEZ ROJAS*
MARÍA CARIDAD BERTOT YERO**

RESUMEN: El presente estudio se encamina a analizar los efectos procesales derivados del juzgamiento de una infracción continuada y su relación con el principio de *non bis in idem*. En este sentido se ofrece una panorámica general sobre los aspectos dogmáticos del delito continuado que guardan relación con las cuestiones procesales estudiadas y se valoran determinadas situaciones configurativas de persecución penal múltiple, al tiempo que se proponen alternativas para impedir su efectiva materialización. La investigación, que encara la temática examinada partiendo de la realidad legislativa cubana, se apoya además en algunos pronunciamientos que traslucen la posición que en relación con al tema han asumido los órganos jurisdiccionales cubanos.

Palabras clave: Continuidad delictiva, objeto del proceso, non bis in idem.

ABSTRACT: The present study was aimed at analyzing the procedural effects arising from the continuing offense prosecution and its relation to the principle of *non bis in idem*. In this sense it provides an overview on the dogmatic aspects of the continuing offense that relate to procedural issues studied and valued configurative situations of double jeopardy, while alternatives are proposed to prevent their effective realization. The research, which addresses the issue examines some of the Cuban legislative reality, is further supported by some statements that foreshadow the position in relation to the subject have assumed the Cuban courts.

Key words: Continuing offense, object of the process, non bis in eadem.

1. LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO EN LA DOGMÁTICA

Dentro de los amplios predios de las ciencias penales a la institución del delito continuado se le ha reservado un debate especial. Tanto su origen, concepto y elementos, como lo relativo a la naturaleza jurídica y fundamento de la figura han despertado una profunda polémica en el foro académico, llegando a afirmar en este sentido NOVOA MONREAL que “no hay concepto penal más confuso y anárquico”¹.

* Profesor de Derecho Penal, Universidad de Matanzas “Camilo Cienfuegos” (Cuba). Correo Electrónico: dayo30law@yahoo.es, dayo30@enet.cu. Abogado; Licenciado en Derecho, Universidad de Matanzas “Camilo Cienfuegos” (Cuba).

** Jueza de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Correo Electrónico: mariacaridad@tsp.cu. Licenciada en Derecho y Especialista en Derecho Penal, Universidad de La Habana.

¹ Citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2010).

La diversidad de opiniones en torno a sus presupuestos ha provocado que la mayoría de las legislaciones hayan prescindido de una formulación normativa, aunque vale aclarar que ello no ha impedido su recta aplicación por parte de los tribunales, sino que, muy por el contrario, los contornos de esta figura se han ido perfilando en buena medida gracias a los continuos aportes emanados de las decisiones judiciales, a tal punto que el delito continuado ha sido valorado como un genuino producto de la jurisprudencia, sustentado originalmente en razones de piedad y justicia².

Quienes han estudiado en profundidad el instituto analizado ubican su origen en los siglos XV y XVI, y lo conciben como una creación de los prácticos italianos, especialmente de Julio CLARO y Próspero FARRINACCIO, a quienes se les atribuye comúnmente su paternidad por haberle dedicado en sus obras una especial explicación³.

En Cuba se reconoció por vez primera la figura del delito continuado por vía jurisprudencial, a través de la Sentencia de fecha 24 de octubre de 1903 dictada por la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, a pesar de no encontrarse positivizado en el Código Penal español de 1870. Desde esta fecha vivió a merced de la creativa labor tribunalicia hasta la entrada en vigor del Código de Defensa Social de 1936⁴, en cuyo artículo 23-C quedó definitivamente consagrado; y desde entonces ha ocupado un lugar en la parte general de las sucesivas leyes penales cubanas.

Dentro de las variadas conceptualizaciones propuestas sobre el instituto, se destaca la ofrecida por CHOCLÁN MONTALVO, quien lo define como una pluralidad de acciones que en sí mismas ya tienen sentido típico, pero que son aunadas bajo una sola denominación dotada de sentido típico propio⁵.

Vale la pena resaltar en este sentido los puntos de contacto que se aprecian entre el delito continuado y el concurso real de delitos, así como sus elementos diferenciadores. Ambas figuras poseen similar constitución en tanto suponen la existencia de varios hechos perfectamente individualizados por tipos penales autónomos; pero en la continuidad delictiva el conjunto de actos y encuadres poseen una relación tal que le merece un especial tratamiento procesal y jurisprudencial⁶. Así, mientras el concurso real de delitos supone una pluralidad de acciones delictivas independientes y autónomas en sentido naturalístico y jurídico, en los supuestos de continuidad los distintos hechos guardan cierta dependencia entre sí, tanto por el común elemento subjetivo que los enlaza como por razones objetivas.

² Cfr. ALABAU TRELLES (1956) pp. 7-14.

³ Cfr. ALABAU TRELLES (1956) p. 11; FONTÁN BALESTRA (1998) p. 450; COBO DEL ROSAL (2004); SOLER (1992) p. 354.

⁴ Aunque ALABAU TRELLES alude a una Ley Arteaga, de 23 de junio de 1909, identificándola como el primer cuerpo legal que aludió de modo expreso al delito continuado, esta disposición normativa se limitó a mencionar el instituto y a señalar una mayor pena “*cuando las infracciones revistieren las formas y caracteres del delito continuado*”, pero no lo definió. Tal es así que en opinión de Diego Vicente TEJERA Y GARCÍA, esta ley confundió las nociones de delito continuado y delito permanente, pues en realidad se estaba refiriendo a este último. *Apud.* TEJERA Y GARCÍA (1944) p. 76.

⁵ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO (1998) p. 16.

⁶ *Apud.* ARCE AGGEO (1996) p. 191.

Los elementos configurativos del delito continuado han sido definidos a partir de distintos puntos de vista, según se defienda una concepción objetiva, subjetiva o mixta⁷; siendo esta última la mayoritariamente aceptada. Según sus postulados, la apreciación del delito continuado exige la concurrencia de factores objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo son requeridas la *identidad o similitud del tipo*, la *unidad del bien jurídico violado*, la *conexión temporal* y una *cierta homogeneidad en la ejecución* (utilización de medios, relaciones y ocasiones análogas)⁸; y desde la óptica subjetiva se valora el *ánimo subyacente en la actuación del sujeto comisor*, cuya interpretación se ha orientado en dos posiciones: la del *dolo global o conjunto*, y la otra que se adscribe al *dolo continuado o de continuación*, sin que ninguna de estas categorías puedan identificarse con el dolo particular que anima los diversos actos parciales del delito continuado, pues tanto el *dolo global* como el *continuado* constituyen el factor subjetivo unificador de las distintas acciones en continuación, la unidad subjetiva propia del instituto⁹.

En el ordenamiento penal cubano, el Código de Defensa Social concibió al delito continuado sobre la base de la teoría objetivo-subjetiva. Sin embargo, de la redacción del artículo 11 del Código Penal de 1979 –que en esencia es la misma a la de la ley penal en uso–, se infiere que dicho cuerpo legal optó por el criterio objetivo puro en tanto el legislador no hizo expresa referencia a ningún elemento subjetivo, particular que se confirma en la “Exposición acerca del Código Penal”¹⁰. No obstante, en este propio documento, se reconoce que la fundamentación del delito continuado descansa en “el sucumbir siempre de nuevo a la tentación”, lo que hace presumir que en realidad la voluntad del legislador estaba permeada por una concepción mixta, orientada en la faz subjetiva hacia la idea del *dolo continuado*, cuya presencia en el caso concreto habrá que deducir del resto de los elementos objetivos legalmente exigidos para su estimación¹¹.

Pero dentro de la polémica que rodea al delito continuado, es indudable que el debate en torno a su naturaleza jurídica constituye el eje central de la temática analizada. Sobre este particular se aprecia en la doctrina un mosaico de posturas científicas, que van desde la clásica y extendida *teoría de la ficción*, pasando por los *criterios realistas*, hasta las menos

⁷ Un estudio sistemático sobre cada una de estas posturas puede verse en QUIRÓS PÍREZ (2007) pp. 235 y ss.

⁸ COBO DEL ROSAL (2004). Sobre los requisitos objetivos del delito continuado, apunta MIR PUIG que en España, antes de la reforma de 1983, la jurisprudencia exigía en ocasiones la “unidad de sujeto pasivo”. Cfr. MIR PUIG (2005) p. 637.

⁹ El *dolo global o conjunto* se identifica con la ideación de un programa que ha de llevarse a cabo en varias fases, sin que sea necesario que se trate de un verdadero proyecto de acción o de omisión, determinado y concreto, ni que los medios estén preestablecidos; siendo suficiente que todas las acciones u omisiones se presenten como la actuación de una ideación inicial global, como un fin único. La tesis del *dolo continuado* –creación de la doctrina alemana– demanda una homogeneidad subjetiva en los distintos actos que conforman la continuidad, que se satisface si cada acto obedece a situaciones motivacionales semejantes. El autor actúa en la medida en que se van produciendo circunstancias análogas, pero sin un plan previo y preconcebido. Esta posición se funda tanto en razones de realismo como en el hecho de que “caer en la misma tentación criminal” justifica un trato más benigno. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER (1999a) pp. 587-588.

¹⁰ Cfr. RIVERO GARCÍA y BERTOT YERO (2009) p. XXVI.

¹¹ Según ZAFFARONI, las exigencias de conexión temporal y espacial constituyen un indicio acerca de la unidad de la finalidad. Vid. ZAFFARONI *et al.* (2002) p. 865.

importantes concepciones de *la presunción, de la circunstancia agravante o atenuante* y la del *tertius genus*.

La *teoría clásica o de la ficción* constituyó la primera explicación del instituto desde la época de los prácticos italianos, y supone que las distintas acciones u omisiones que componen el delito continuado constituyen delitos autónomos e independientes entre sí, siendo en virtud de una ficción jurídica que se tratan como un delito único para evitar la punición correspondiente al concurso real de delitos¹².

Junto a la *teoría de la ficción* sobresalen, por ser ampliamente conocidas, las denominadas *teorías realistas*, distinguiéndose en su seno la *teoría de la realidad natural* y la *de la realidad jurídica*.

Para la *teoría de la realidad natural*, la construcción analizada no constituye una ficción sino un supuesto de *unidad ontológica, prejurídica o real de acción* en tanto las distintas acciones que lo integran no son verdaderos delitos, sino solo la realización parcial de un resultado total único, vinculado a una única resolución o propósito (unidad subjetiva), que ocasiona una única lesión jurídica (unidad objetiva); de modo que al considerar el orden penal que esa pluralidad de acciones constituye un único delito, no finge nada, sino que se limita a reconocer lo que como unidad existe en el mundo de la realidad¹³.

La *teoría de la realidad jurídica* significa una concepción ecléctica o intermedia en relación con las anteriores, por lo que no requiere la unidad real ni precisa acudir a la idea de ficción basada en la unidad de designio. Esta postura entiende al delito continuado como una creación del Derecho que, con independencia de su reconocimiento legal, debe ser admitido por vía consuetudinaria al constituir una unidad jurídica de acción con apoyo en razones de utilidad práctica.

Desde nuestro punto de vista, es necesario dejar de lado la interpretación del delito continuado que lo identifica con una ficción, ya sea con fundamento pietista o pragmático; siendo más acertado el *criterio de la realidad natural*, que concibe este fenómeno como una *unidad delictiva en sentido real u óntico* de tal suerte que los distintos actos que en el orden formal lucen como infracciones independientes, en realidad carecen de sustancia típica autónoma y no son más que el reflejo de la ejecución fragmentada de una real y única resolución delictiva que conlleva a una simple intensificación cuantitativa del injusto¹⁴.

¹² Vid. QUIRÓS PÍREZ (2007) pp. 242-243.

¹³ Vid. MADRIGAL GARCÍA y RODRÍGUEZ PONZ (2004) pp. 8-9. En Cuba defendió esta postura Adolfo RUIZ MARTÍNEZ, quien explicó que “no es que por cuestiones sentimentales se aprecie lo que es más en menos, creando una ficción, sino que, si bien en sus orígenes se llegó a esta fórmula de considerar como un solo delito al continuado, movidos por la piedad, el tiempo y el análisis de los elementos que integran el delito, han servido para hallar bajo el ropaje de lo que tan solo era una excusa, una realidad jurídica que no necesita de artificios para ser lo que tan solo se creía que aparentaba”. Citado por ALABAU TRELLES (1956) p. 27.

¹⁴ Al respecto explica ZAFFARONI que la consideración del delito continuado como un hecho o conducta única, proviene del reconocimiento de una desvaloración jurídica unitaria respecto de un contenido de comportamiento humano final, que nada tiene de ficción –y menos de mera construcción jurisprudencial beneficiante–, sino que se basa en el dato óntico del elemento final y en el componente normativo que se obtiene comprobando que –a la luz de la prohibición– su consideración jurídica fraccionada no es racional y lleva a resultados absurdos en los casos concretos. Cfr. ZAFFARONI *et al.* (2002) p. 862. Explica por su parte SANZ MORÁN, que desde la década de los ochenta el Tribunal Supremo español ha reconocido esta posición, según una constante línea jurisprudencial. Cfr. SANZ MORÁN (2004). Un pronunciamiento del Alto Foro español, contenido en la

Un repaso crítico sobre los distintos criterios doctrinales en torno al fundamento del delito continuado¹⁵, nos hace concluir que no es posible seguir invocando como justificación de su existencia las razones pietistas defendidas por la teoría clásica de la benignidad, vinculadas al origen histórico de la institución. Desde nuestro ángulo de análisis, una concepción mixta que armonice los postulados ofrecidos por quienes invocan una disminución de la culpabilidad del sujeto y, al tiempo, razones de utilidad práctica, resulta mucho más atemperada a la evolución histórica y actual concepción del instituto.

De este modo, la justificación dogmática del delito continuado se centra en el análisis psicológico y motivacional del sujeto a quien se le formulará el juicio de reproche, partiendo de que en los casos de continuación la actividad del agente se encuentra facilitada por ciertas condiciones que hacen comprender que, a pesar de evidenciarse un aumento del contenido de injusto (mayor antijuricidad debido a una superior intensidad en el ataque al bien jurídico), la voluntad criminal es menos grave e intensa que en el concurso real de delitos; pues una vez cometido el primer acto criminal existe en la mente del agente una disposición psíquica que hace más fácil la realización de los sucesivos, lo cual representa una resolución criminal menos intensa y, por ello, una disminución de la culpabilidad.

Por otro lado —aunque no debe ser considerado el fundamento exclusivo de la figura— no parecen del todo desdeñables las razones utilitaristas¹⁶ que, desde una óptica político-criminal, cojustifican la aplicación del delito continuado bajo el argumento de que este se compone generalmente por un amplio número de acciones singulares, tornándose casi imposible en ocasiones determinar con exactitud las particularidades de cada una de ellas (número de actos parciales, fechas de la ejecución, etc.); y ante esta problemática la figura del delito continuado ofrece la ventaja de evitar sucesivos procesos a medida que se descubran nuevas actividades comprendidas en la continuidad, después de dictada la sentencia, en respeto a los efectos de la cosa juzgada. Y es que, con independencia de que la indeterminación no constituye un elemento de la figura y en tal sentido no debería supeditarse su configuración al éxito de la práctica probatoria; en ocasiones resulta poco racional continuar con un trabajo engorroso, superficial y extremadamente gratuito que en definitiva culmina con la imposición de una pena de conjunto.

sentencia de fecha 3 de julio de 1982, ilustra su afianzamiento a esta postura: "la figura del delito continuado tuvo una primera justificación en razones de benignidad hacia el reo, que se transformaron después en razones de utilidad procesal cuando resultaba imposible singularizar las acciones, pero en la última década la doctrina jurisprudencial ha entendido que el delito continuado no es ni mera ficción *pietatis causae* ni expediente de política o pragmatismo procesal, sino una realidad natural, sustancial u ontológica que puede operar tanto en favor como en contra del reo". Cfr. COBO DEL ROSAL (2004).

¹⁵ Las razones justificativas del delito continuado se sistematizan, esencialmente, en tres posturas o criterios teóricos, a saber: el de la *benignidad*, el de la *utilidad práctica* y el de la *disminución de la culpabilidad*. Cfr. QUIRÓS PÍREZ (2007) pp. 239-241.

¹⁶ De esta opinión en la doctrina alemana, STRATENWERTH, quien sostiene que "*el instituto en cuestión obedece a una finalidad práctica, como consecuencia de su efecto de alivio para los organismos de persecución penal en las grandes series de delitos de un mismo autor*". Cfr. STRATENWERTH (1982) p. 353. Dentro de la ciencia penal española se inscribe en esta línea de pensamiento BACIGALUPO, quien defiende que con la construcción de delito continuado "se quiere evitar la investigación del momento y la extensión de los hechos individuales". Cfr. BACIGALUPO ZAPATER (1996) p. 245.

2. EL HECHO CONTINUADO. ¿UNIDAD O PLURALIDAD DE HECHOS EN SENTIDO MATERIAL?

El estudio sobre este particular nos conduce a la problemática sobre la determinación de cuándo concurre un hecho –en el sentido del Derecho penal material– y cuándo varios, lo cual constituye uno de los tópicos más debatidos en la dogmática de la parte general del Derecho penal. De la concepción que se defiende en torno a la “unidad de hecho o acción” dependerá la solución a la interrogante antes planteada.

Los criterios doctrinales de mayor aceptación sobre la *unidad de hecho* rechazan las posturas que atienden a exclusivos elementos naturalísticos para defender una concepción *valorativa* del concepto de *unidad de hecho*, de modo que para determinar cuándo varios movimientos musculares deben considerarse como una unidad es necesario llevar a cabo un juicio de valor¹⁷, o sea, las consideraciones sobre unidad o pluralidad de hechos deben atender a parámetros jurídicos, determinados según los criterios normativos de valoración que ofrecen los tipos legales, sin que ello signifique desconocer el hecho en sí.

Al respecto sostiene MIR PUIG que las valoraciones deben ser reconducidas en todo caso al sentido del tipo en cuestión, “por lo que la descripción típica opera como una plantilla que recorta un determinado fragmento de la actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho”¹⁸.

En la doctrina se han delimitado el concepto de «unidad típica de acción»¹⁹, que suponen la existencia de un único hecho, a partir de dos supuestos: la *unidad de acción en sentido estricto* y la *unidad de acción en sentido amplio*.

La *unidad de acción en sentido estricto* comprende aquellos casos en los que la figura delictiva describe varios actos y, a pesar de ello, no deja de existir un solo hecho porque el tenor del tipo así lo exige o permite, cumpliendo de tal modo una función de lazo de unión o abrazadera. Se ubican en esta categoría distintos fenómenos legislativos como el delito complejo, el delito permanente, el delito habitual, los tipos con conceptos globales, los delitos de varios actos y los tipos mixtos alternativos.

La *unidad de acción en sentido amplio*, engloba los casos de *realización sucesiva del tipo*, en los que se inscriben tanto los supuestos de *repetición inmediata del tipo* (actos indi-

¹⁷ *Apud.* MIR PUIG (2005) p. 633.

¹⁸ MIR PUIG (2005) p. 634. A modo de ilustración explica el autor, que “una conducta puede constituir al mismo tiempo un hecho, desde el punto de vista de un determinado tipo (así, el apoderamiento con violencia física, sería un hecho de robo), y varios hechos desde el prisma de otros tipos (en el ejemplo habría también dos hechos ya típicos por separado: el apoderamiento y las violencias)”.

¹⁹ En este sentido se ha seguido el criterio de SANZ MORÁN. Cfr. SANZ MORÁN (2004). Es válido aclarar que, dentro de aquellas hipótesis de pluralidad de actos u acciones que son consideradas como una unidad, constituyendo un único objeto de valoración jurídica; se ha venido estableciendo una distinción teórica por parte de algunos autores entre «unidad natural» y «unidad jurídica de acción» a partir del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En el primer caso la jurisprudencia española alude a los supuestos de los movimientos corporales típicos que se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha; y en cuanto a la unidad jurídica o normativa de acción hace referencia a aquellos supuestos en los que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, como acontece, por ejemplo, en el delito continuado. Vid. Sentencia Nro. 505, de 10 de mayo de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo español.

viduales contextuales que suponen una intensificación cuantitativa del injusto típico, producto a una misma situación motivacional, por ejemplo: tomar varias cantidades de dinero en distintos viajes inmediatamente sucesivos, las varias puñaladas inferidas a la misma víctima, el torrente de palabras injuriosas, etc.); como aquellos casos en los que se manifiesta una mayor separación temporal y espacial entre los actos delictivos singulares, posibilitando la apreciación de la figura jurídica del *delito continuado*, como modalidad extrema de la unidad típica en sentido amplio.

Basta repasar la doctrina para percatarse de que no son escasas las autorizadas voces que consideran que el delito continuado clasifica dentro de los supuestos de unidad de acción.

Dentro del foro académico español defiende este criterio BACIGALUPO ZAPATER, quien admite que la conexión de continuidad constituye una acción única²⁰; mientras que en el entorno latinoamericano ZAFFARONI considera que en el delito continuado se presenta una “unidad de conducta a partir de una interpretación racional de los tipos penales”, en razón de que en estos supuestos de reiteración de la conducta el alcance de la norma no llega a darle el valor de una reiteración de la tipicidad, sino que equivale a un aumento del contenido del injusto del hecho, que resulta de una mayor afectación al bien jurídico (injusto unitario), sin desconocer que como toda *unidad de acción* requerirá de la presencia de una resolución única²¹.

Igual criterio defienden en el seno de la ciencia penal alemana los destacados procesalistas Jürgen BAUMANN y Hans-Heinrich JESCHECK. Para el primero, “una acción continuada es, tanto en el aspecto jurídico-material, cuanto en sentido procesal, un solo hecho”²², mientras el segundo entiende que “el delito continuado constituye una unidad jurídica de acción”²³.

3. EL OBJETO DEL PROCESO PENAL. ESPECIAL VALORACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTINUIDAD DELICTIVA

Una de las cuestiones que mayor atención ha merecido dentro de la dogmática del proceso penal ha sido, sin dudas, la definición del objeto procesal. Ya decía GÓMEZ ORBANEJA, al prologar una importante obra relacionada con el tema, que “en nada se ha errado

²⁰ BACIGALUPO ZAPATER (1996) pp. 245-246.

²¹ ZAFFARONI *et al.* (2002) p. 860. Al respecto explican estos autores que “una racional interpretación de los tipos muestra que en algunos la norma no abarca la reiteración de la conducta como una nueva conducta típica independiente, sino como una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido de injusto de la única conducta típica, pues otra interpretación se presenta como absurda o aberrante”. *op. cit.* p. 861. En este propio orden de ideas, sostiene CARAMUTI que “la interpretación racional de los tipos de la Parte Especial permite advertir—sin mayores esfuerzos— que algunos de ellos no solo abarcan la conducta aislada que los cumplimente objetivamente, sino que eventualmente también alcanzan la hipótesis de un número indeterminado de repeticiones de conducta dentro de iguales o parecidas circunstancias, objetivas y subjetivas, que tornan más razonable su consideración jurídico-penal unitaria a pesar de su apariencia de pluralidad”. Citado por D’ALESSIO (2005) p. 602.

²² BAUMANN (1986) p. 289.

²³ JESCHECK (1981) p. 652.

tanto como en esos temas primordiales: cuál sea el “objeto” de un juicio criminal, cuál la correlación de la acusación y la sentencia (...)”²⁴.

El contenido y alcance del objeto del proceso penal, además de ser uno de los temas de más enjundia en el Derecho procesal penal, supone el punto referencial para el análisis de instituciones y garantías como la litispendencia, la correlación entre la acusación y la sentencia, y la cosa juzgada. Ante esta problemática, parece absolutamente necesario definir, *ab initio*, qué se entiende por objeto del proceso penal.

En palabras de GÓMEZ COLOMER, el objeto procesal penal está constituido por el «tema decidendi», la materia fundamental a resolver por el órgano jurisdiccional en la sentencia, que no es otra que el hecho delictivo imputado a una persona determinada²⁵.

Dentro de la ciencia procesal alemana, ROXIN se pronuncia en idéntico sentido y explica que, técnicamente, el objeto del proceso se refiere al “hecho descrito en la acusación” de la(s) persona(s) acusada(s)²⁶.

De las anteriores definiciones se deduce con facilidad que esta categoría procesal está configurada por dos elementos, a saber: uno objetivo o material (hecho con relevancia penal), y otro subjetivo o personal (persona acusada)²⁷.

Una mirada al componente material del objeto procesal desde la óptica de la teoría normativa –cuya esencia radica en la combinación de puntos de vista fácticos y normativos– nos permitirá concluir cuándo estamos en presencia de un «acontecimiento histórico único» que constituye un «hecho procesal unitario»; y cuándo ante una pluralidad de hechos que constituyen objetos procesales diversos.

Según los postulados de la teoría normativa, para poder identificar correctamente el hecho procesal es necesario recurrir a las normas del Derecho penal material, especialmente a las concretas figuras delictivas. LIU, explicando el alcance de esta posición, nos enseña que dentro de todos los elementos que conforman los tipos penales es el elemento “actividad” el más importante y el único que posee naturaleza sustantiva respecto de los demás, que constituyen solo simples adjetivos²⁸. El comportamiento descrito en el tipo constituye el

²⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ (1975) p. III.

²⁵ GÓMEZ COLOMER (2001) p. 98.

²⁶ ROXIN (2003) p. 159.

²⁷ La interpretación sobre el lado subjetivo del objeto procesal no ofrece grandes dificultades, está determinado exclusivamente por la persona acusada. Sin embargo, algún autor ha hallado a esta regla una excepción en los denominados delitos privados (injuria y calumnia) en los que, por ser el ofendido el único legitimado para erigirse en acusador privado con plena disposición sobre la acusación, debe quedar este comprendido dentro de la identificación subjetiva del objeto del proceso penal. *Apud.* GÓMEZ COLOMER (2001) p. 108. La determinación de la faz objetiva del objeto procesal (hecho por el que se procede) sí ha generado gran polémica doctrinal, pues de lo que se trata es de establecer un concepto de hecho que rija con carácter general para todas las constelaciones fácticas imaginables. Con tal finalidad se han perfilado distintas teorías explicativas de qué debe entenderse por «hecho procesal», a saber: las teorías naturalistas y las teorías normativistas. Para la teoría naturalista solo habrá de tenerse en cuenta el hecho en su sentido natural o puramente histórico, desechándose toda referencia a la calificación jurídica; en tanto los partidarios de la teoría normativa, encabezados por BELING, entienden que los postulados de la teoría naturalista deben completarse por medio de la referencia a los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal. Para una amplia y detallada explicación sobre estas posturas doctrinales. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA (1951) pp. 301 y ss.

²⁸ Citado por GONZÁLEZ NAVARRO [s.a], p. 36.

“núcleo duro o esencial del hecho”, y el que se identifica en rigor con el objeto procesal. Es, por tanto, el único elemento que debe tenerse en cuenta de cara a la litispendencia, a la correlación penal y a la cosa juzgada.

En las hipótesis de concurso de delitos, por consiguiente, habrá que acudir también a los fundamentos dogmáticos de estas figuras del derecho penal material para determinar si se está frente a un hecho procesal unitario, o ante varios hechos determinantes de una pluralidad de objetos procesales.

Los casos de continuidad delictiva merecen un análisis particularizado. Desde nuestro ángulo de análisis, las valoraciones procesales vinculadas al tema examinado dependen del criterio asumido respecto a la naturaleza jurídica del instituto y a la concepción que se defienda en torno al objeto procesal.

Entendido el delito continuado como una unidad típica –postura con la que simpatizamos–, habrá que admitir que se trata de un supuesto de unidad de hecho o acción en sentido material, a partir de la reiteración de acciones dependientes entre sí, integrantes de una única conducta típica que provoca una mayor afectación al bien jurídico; y siendo un hecho unitario integra entonces un único objeto procesal²⁹, según las directrices trazadas por la postura normativista.

Sumamente nítida para el entendimiento de este asunto resulta la explicación ofrecida por Carlos DEL RÍO FERRETTI, quien sostiene que “en cualquier caso, el nexo de continuidad establecido engloba a varios hechos que dejan de ser individualmente relevantes a efectos procesales, para pasar a integrar una nueva unidad jurídica conformada por un hecho procesal nuevo que incluye la totalidad de los hechos singulares. Esta nueva unidad fáctica y jurídica constituye el objeto normativo”³⁰.

4. LA PROHIBICIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE Y EL DELITO CONTINUADO

Definido el objeto procesal como concepto unitario –que rige tanto para la litispendencia, como para la correlación entre acusación y sentencia, y la cosa juzgada– es posible adentrarse en la problemática que supone el análisis de la regla de prohibición de persecución penal múltiple de cara a la figura del delito continuado.

²⁹ Sostienen la unidad de objeto procesal en el delito continuado: BAUMANN: “una acción continuada es, tanto en el aspecto jurídico-material, cuanto en sentido procesal, un solo hecho”, cfr. BAUMANN (1986) p. 289; BELING: “...un delito a los efectos del Derecho penal representa un objeto procesal, aun tratándose de actos jurídicamente dependientes (por ej., «delito continuado»)”, cfr. BELING (1945) p. 85; TM MORENO: “el delito continuado una unidad jurídico-material-procesal”, cfr. CARRASCO MORENO [s.a], p. 266; CHOCLÁN MONTALVO: “la continuación delictiva da lugar a una unidad jurídica tanto material como procesal”, cfr. CHOCLÁN MONTALVO (1998) p. 429. Llama la atención cómo MAIER –que a juzgar por sus propias palabras rechaza el criterio realista–, concluye que a pesar de que el delito continuado “se reconoce integrado por varios comportamientos o hechos diversos, separables fáctica y jurídicamente, la teoría del delito, por razones políticas, establece como ficción su unidad imputativa”. Cfr. MAIER (1989) p. 388.

³⁰ Cfr. DEL RÍO FERRETTI (2007) p. 582. En este propio sentido nos enseña MAIER que “el objeto procesal es un hecho punible concreto –aunque hipotético– imputado a una persona determinada; de esta manera, la pluralidad de actos u omisiones no quiebra la unidad de objeto procesal, ni lo multiplica, mientras el derecho penal establezca su unidad imputativa. De este modo, a los efectos de la individualización del objeto procesal, hay que considerar que un delito o hecho punible equivale a un objeto procesal”. Cfr. MAIER (1989) p. 388.

Sobre la base de que todos los casos de unidad delictiva componen un mismo objeto procesal, hay que admitir que para el delito continuado –entendido como *unidad natural de acción*– existe una única posibilidad de persecución penal con apoyo en el *principio de prohibición de la persecución penal múltiple*, comúnmente conocido como *non bis in idem* o *ne bis in idem*³¹, que en esencia impide la persecución y sanción múltiples por el mismo injusto típico.

Este principio, que en muchos ordenamientos carece de expresa tutela constitucional, constituye una *garantía no enumerada*, inmanente al estado de Derecho y a la noción del debido proceso, lo que justifica su reconocimiento en importantes textos jurídicos internacionales³².

La faz procesal del *non bis in idem*³³, que es la que se relaciona con el objeto de este estudio, significa en su contenido que el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, ya sea en forma simultánea o sucesiva³⁴, de modo que su ámbito de aplicación se extiende y cubre no solo el riesgo de una persecución penal renovada cuando ha fenecido una anterior, sino incluso los supuestos en que existe un proceso en trámite³⁵.

El *non bis in idem* constituye una garantía de seguridad individual, propia de un Derecho penal vigente en un Estado de Derecho³⁶. Con él se tiende a preservar la estabilidad del orden jurídico, la seguridad jurídica de quien ya fue objeto de la persecución penal del Estado, que debe ser dejado en paz después del dictado de una decisión de mérito que no es más impugnabile³⁷, porque el poder penal del Estado es tan fuerte que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho³⁸.

³¹ Sobre la indistinta utilización de una u otra denominación, explica GÓMEZ PÉREZ –citando a GARCÍA ALBERO– que la expresión *ne bis in idem* es universalmente utilizada, especialmente en la doctrina alemana e italiana, mientras que en España e Hispanoamérica el principio ha sido tradicionalmente conocido como *non bis in idem*. Cfr. GÓMEZ PÉREZ (2005) p. 124.

³² Este principio aparece reconocido en el en el Artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York (1966) a cuyo tenor: “*Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”. También aparece positivizado el principio la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– que en su Artículo 8, apartado 4, dispone que “*el inculcado o absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”. En la tradición jurídica anglosajona el analizado principio tiene su equivalente en la prohibición de «*double jeopardy*», expresamente acogida por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque no es original del Common Law, sino del Derecho Romano en tanto su primera proclamación se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (Libro IX, Título II, núm. 9) donde se estableció que: “El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen”.

³³ La doctrina es unánime en reconocer dos dimensiones a este principio, la sustantiva y la procesal. En palabras de BACIGALUPO “Se trata de un principio que no solo tiene incidencia en el derecho penal material sino también en el derecho procesal penal. No solo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también, cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad”. Vid. BACIGALUPO ZAPATER (1999b) p. 250.

³⁴ BINDER (1999) p. 167.

³⁵ MAIER (1989) p. 372.

³⁶ MAIER (1989) p. 368.

³⁷ ROXIN (2003) p. 436.

³⁸ BINDER (1999) p. 167. Insiste CAFFERATA NORES en que el *non bis in idem* no solo abarca la prohibición

El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto, si la pierde, ya no puede ejercerla en otro proceso penal, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el asunto³⁹. En tales casos, la subsanación de los eventuales yerros en la actividad acusatoria solo será posible mientras la primera persecución no se haya decidido definitivamente, y siempre que las reglas del procedimiento permitan incorporar los nuevos elementos para que sean resueltos en la sentencia.

Para que esta garantía opere en sede penal es necesario que entre el proceso en trámite –o ya fenecido– y el nuevo proceso, se aprecie identidad de hechos (*eadem res*) y de sujeto acusado (*eadem persona acusada*)⁴⁰; o sea, lo que interesa es que se trate del mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad de objeto procesal).

Comoquiera que la subsunción jurídica no forma parte del objeto del proceso penal, carece de relevancia la calificación jurídico-penal ofrecida a los hechos en uno y otro proceso; de modo que para su efectiva aplicación solo se exige la identidad sustancial de la conducta humana atribuida, analizada en un mismo contexto espacio-temporal. Así, quedará excluida la doble persecución penal si el hecho es el mismo, aun cuando en la segunda se afirmen nuevas circunstancias, o un modo diferente de participación, o se pretenda una calificación legal distinta⁴¹.

de una múltiple persecución sucesiva, sino también la de una simultánea a una misma persona, por el mismo hecho, tal como ocurriría si se sustancia más de un proceso ante órganos judiciales diferentes por la misma hipótesis fáctica. Vid. CAFFERATA NORES *et al.* [s.a], pp. 159-160.

³⁹ MAIER sostiene que “cualquiera que sea la deficiencia que pueda haber existido en aquella persecución penal, la misma agota todo el contenido imputativo posible respecto al suceso histórico de que se trate, con independencia de que por desconocimiento o error se hayan dejado de observar elementos o circunstancias con influencia en la significación penal del hecho o en la pena”. Cfr. MAIER (1989) p. 392. ROXIN denomina a esta consecuencia, “función sancionatoria de la cosa juzgada”, y justifica su contenido en que “el riesgo de que quede excluida la posibilidad de un esclarecimiento posterior de los hechos a través investigaciones complementarias debe llevar a los órganos de la persecución penal a una realización realmente meticulosa y a una valoración correcta del hecho”. Cfr. ROXIN (2003) p. 436.

⁴⁰ Normalmente se exige, junto a las identidades aludidas, una tercera: identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*). Con esta lo que se quiere significar es que, para que el principio pueda aplicarse y excluir una persecución sucesiva, la pretensión articulada en ambos procesos debe tener naturaleza penal, porque lo que no se puede procurar más de una vez es la condena penal de una persona; de modo que no regirá tal principio si el segundo proceso persigue, por ejemplo, la indemnización del daño civil causado por el delito. Vid. CAFFERATA NORES (1998) p. 44. De otra opinión, MAIER, para quien en realidad no es esta otra identidad distinta a las ya expresadas, sino que su contenido comprende ciertas excepciones racionales que limitan el funcionamiento del principio. Se trata, en puridad, de diversas situaciones en las que a pesar de verificarse identidad de hecho y de sujeto acusado, la múltiple persecución penal es tolerada por el orden jurídico porque en una de ellas la imputación, objeto de ambos procesos, no ha podido examinarse desde todos los puntos de vista jurídicos que merece debido a obstáculos legales que impiden el dictado de una sentencia de mérito que resuelva definitivamente el fondo de la cuestión judicial. Cfr. MAIER (1989) pp. 376; 399-400.

⁴¹ *Apud.* CAFFERATA NORES (1998) p. 44. En igual sentido, CLARIÁ OLMEDO, quien refiriéndose a la proyección objetiva del principio sostiene que “se trata del hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica, capta el acontecimiento y no el delito, la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves u homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o de desarrollo punible: autor o cómplice, tentativa o consumación”. Cfr. CLARIÁ OLMEDO (1998) p. 74.

Entender al delito continuado como un supuesto de unidad de acción, que conforma un único objeto procesal, trae consigo que cuando con posterioridad al dictado de una sentencia que condena por un delito continuado, se descubren hechos no abarcados por la sentencia pero enmarcados dentro de la franja temporal de la continuidad sancionada (bien porque eran desconocidos en ese momento, o por error en la actuación de los órganos encargados de la persecución penal), estos quedan absorbidos por dicha resolución por constituir parte de aquel objeto procesal; siendo que su persecución posterior significaría un doble juzgamiento en franca lesión del *non bis in idem*⁴².

Semejante alcance del *non bis in idem* obedece a que en el primer intento se pudo investigar y probar, y el tribunal que decidió sobre ella hubiera podido conocer todas estas nuevas circunstancias invocadas en la segunda; y si todo ello no sucedió por defectos de la primera persecución, no se puede procurar mejorarla, repitiéndola⁴³. De tal modo que, con independencia de que el *ius puniendi* se haya ejercitado de manera defectuosa, el fallo sigue siendo una decisión inmutable e irrevocable.

Quienes asumen esta posición polemizan entonces alrededor de si la solución debe ser la misma en todos los casos, con independencia del resultado del juzgamiento prece-

⁴² De esta opinión, BAUMANN: “Gran significación le corresponde a la cosa juzgada en el ámbito de la acción continuada. Aquí se pone de manifiesto con relativa claridad que el concepto procesal del hecho también resulta influido por construcciones de derecho material, porque una acción continuada es, tanto en el aspecto jurídico-material, cuanto en sentido procesal, un solo hecho. Así, en caso de que a A se lo condene por sentencia firme, por cinco estafas continuadas, la firmeza se extiende también a todas las otras partes de esta acción continuada no descubiertas. Un segundo procedimiento relativo a estas partes debería sobreseerse”. Cfr. BAUMANN (1986) p. 289. CAFFERATA NORES, quien explica que “mientras lo sustancial de la conducta se mantenga idéntico, no obstará a la vigencia de la garantía se agreguen accidentes de lugar, tiempo o modo (como por ejemplo la existencia de nuevas víctimas), o nuevos hechos integrativos de un delito continuado, o circunstancias agravantes de la calificación de la misma figura penal (...)”. Cfr. CAFFERATA NORES (1998) p. 44.; DEL RÍO FERRETTI: “Con respecto a la cosa juzgada, la sentencia condenatoria que aprecia el nexo de continuación extiende sus efectos de juzgamiento a todos los hechos que quedan cubiertos por el nexo, aunque no hayan sido objeto de enjuiciamiento porque no fueron conocidos en el juicio”. Cfr. DEL RÍO FERRETTI (2007) pp. 178-179. GÓMEZ ORBANEJA: “Si el fallo sanciona como un solo delito continuado los hechos singulares deducidos por el acusador y de que por tanto se haya conocido en la causa, cubre tanto esos hechos singulares como cualquier otro, incluido en el nexo, que no llegase a ser averiguado, y consiguientemente, que no fuese individualmente tema del primer proceso”. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA (1951) p. 310. MAIER: “Si en la primera persecución no fueron observados, por falta de conocimiento o por error, algunas circunstancias que, incluso, hubieran podido variar la significación penal del hecho o tan solo la pena, concluiremos en que no es posible conocer de nuevo estas circunstancias o tomar en cuenta esos nuevos elementos en otro proceso penal (...) La condena (firme) por un delito permanente o continuado comprende todos los comportamientos que suceden hasta su notificación y que se relacionan con el mismo hecho punible, sin importar si el tribunal los conoció, los tomó en cuenta o fueron objeto de debate”. Cfr. MAIER (1989) pp. 392-394. WELZEL: “Objeto de la sentencia lo constituyen todos los actos parciales que entran en el nexo de continuación (también los no conocidos), y la condena firme por un hecho continuado hace cosa juzgada para todos los hechos parciales que pertenecen a él, aun para aquellos que no fueron considerados o conocidos”. Cfr. WELZEL (1956) p. 223. ZAFFARONI: “...cuando recaiga sentencia sobre un delito continuado, quedarán juzgadas todas sus partes, sin que quepa reabrir el proceso, aunque con posterioridad a la sentencia se descubran nuevas partes del mismo...” Cfr. ZAFFARONI et al. (2002) p. 862. JESCHECK: “...la condenatoria dictada alcanzará todos los actos parciales, indiferentemente de si el Tribunal los conoció o no”. Cfr. JESCHECK (1981) p. 1004.

⁴³ Al respecto sostiene MAIER que “todo lo que se pudo perseguir como una unidad y agotar como tal durante el procedimiento y la decisión judicial, sin importar si ello sucedió así en el procedimiento concreto, queda comprendido en el efecto de clausura que posee la regla *ne bis in idem* y, por tanto, no puede formar parte del objeto de otra persecución y de otro fallo”. MAIER (1989) p. 394.

dente; y mientras un sector doctrinal defiende igualmente la apreciación de la cosa juzgada en aquellos supuestos en los que el primer proceso haya terminado mediante el dictado de una sentencia absolutoria, e incluso con el sobreseimiento libre (absolución anticipada)⁴⁴; otros autores opinan que en los casos en que se dicta un fallo absolutorio no tendrá lugar el efecto de absorción normativa propio de esta figura y, en consecuencia, la cosa juzgada solo alcanzará a los hechos individuales objeto de acusación⁴⁵.

Sobre este punto no pude asumirse un criterio radical. Que una decisión absolutoria genere los efectos de absorción analizados dependerá en última instancia del motivo que conduzca a la decisión liberadora. De este modo, siempre que en la resolución judicial se declare la existencia de la infracción continuada, podrán apreciarse aquellos efectos aunque por otras razones se acuerde la absolución. (Ejemplo: sujeto oligofrénico que comete un delito continuado de hurto, del cual no responderá por haber ejecutado las acciones parciales durante un período de brote). Sin embargo, cuando no exista pronunciamiento declarativo por parte del órgano jurisdiccional en punto a la existencia del nexo de continuidad, no se producirá tal consecuencia en razón de no haber quedado afirmados los requisitos objetivos y subjetivos del instituto.

Otra de las cuestiones que se debaten es la relacionada con la determinación cronológica de los hechos que quedan dentro del nexo de continuación; pudiendo delimitarse, en esencia, dos posiciones. La primera considera que la función sancionatoria de la cosa juzgada solo abarca a aquellos actos parciales acaecidos hasta el momento del ejercicio de la acusación⁴⁶. La otra postura entiende que el momento preclusivo para la absorción normativa de los hechos singulares se identifica con la notificación de la sentencia condenatoria, atribuyendo a dicha resolución judicial una función interruptiva de la unidad de imputación⁴⁷.

En este sentido nos parece más atinado el criterio dominante en la doctrina española, que ubica el límite de absorción en el momento de ejercer la acción penal, por entender que en virtud de esta actuación estatal se rompe la unidad de motivación que caracteriza el delito continuado; de modo que a partir de ese momento toda acción emprendida es considerada independiente a las anteriores ejecutadas.

5. SOLUCIONES PROCESALES PARA IMPEDIR LA MÚLTIPLE PERSECUCIÓN PENAL. LAS EXCEPCIONES DE COSA JUZGADA Y LITISPENDENCIA

Para imposibilitar que se concreten los efectos nocivos de una doble persecución sucesiva, e incluso para excluir los riesgos que pudieran derivarse de una simultánea, los or-

⁴⁴ Cfr. MAIER (1989) pp. 394-395.

⁴⁵ Cfr. DEL RÍO FERRETTI (2007) p. 179; GÓMEZ ORBANEJA (1951) p. 310.

⁴⁶ De esta opinión: GÓMEZ ORBANEJA (1951) pp. 308-310; CORTÉS DOMÍNGUEZ (1975) pp. 135 y ss; ASENSIO MELLADO (1991) p. 82.

⁴⁷ Según ZAFFARONI "la sentencia solo puede tener efecto declarativo sobre los hechos pasados, pero nunca puede abarcar un desvalor futuro que en el momento de pronunciarse carece de objeto". ZAFFARONI et al. (2002) p. 865. Igualmente defienden este criterio en el ámbito latinoamericano los profesores argentinos Julio MAIER y Ricardo NÚÑEZ. Cfr. MAIER (1989) pp. 393 y ss.

denamientos procesales reconocen a las partes la posibilidad de articular las excepciones de cosa juzgada y litispendencia.

a) LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada constituye un efecto jurídico procesal de la sentencia firme⁴⁸. Tradicionalmente se ha distinguido entre *cosa juzgada formal* y *cosa juzgada material*. La primera, vinculada al concepto de firmeza, se refiere a la inimpugnabilidad de una decisión en el marco del mismo proceso (efecto conclusivo), determinante de la ejecutabilidad de la sentencia (efecto ejecutivo); mientras que la segunda significa que la causa juzgada en firme no puede ser nuevamente objeto de otro procedimiento por haberse agotado el derecho de perseguir penalmente (efecto impeditivo)⁴⁹.

Según MONTERO AROCA, “la eficacia de la cosa juzgada no tiene carácter interno, sino que es externa; no se refleja en el proceso en el que se produce, sino en otro posible proceso posterior (...) en el que adquiere virtualidad jurídica la vinculación de carácter público en que consiste”⁵⁰; y en correspondencia con lo anterior, se le atribuyen a esta institución dos funciones principales: la positiva y la negativa.

La *función positiva o prejudicial*, se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya sentenciado mediante resolución de fondo en otro proceso anterior⁵¹. Esta no despliega su eficacia en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba, y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto.

La *función negativa o preclusiva*, expresión del *non bis in idem*, es la única que se manifiesta en el proceso penal y se traduce en que una vez resuelto por sentencia firme –o resolución asimilada– una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento de naturaleza penal contra la misma persona y respecto al mismo hecho.

Nuestra Ley de Procedimiento Penal reconoce la cosa juzgada en el apartado 2 del Artículo 290, dentro del catálogo de *artículos de previo y especial pronunciamiento*, como excepción procesal que tiende a aniquilar el proceso en el que se articula –de ahí su naturaleza perentoria–, pudiendo interponerse, cual medio de defensa, una vez que se ha ejercitado la acción penal sobre un objeto ya resuelto en virtud de un pronunciamiento jurisdiccional firme. Se trata, según COUTURE, de una exigencia política cuyo fundamento descansa en la idea de seguridad y certeza⁵².

⁴⁸ Vid. ROXIN (2003) p. 434. De otra opinión, GÓMEZ COLOMER, quien la considera como un efecto del proceso. Cfr. GÓMEZ COLOMER (2001) pp. 387 y ss.

⁴⁹ ROXIN (2003) p. 433.

⁵⁰ Cfr. MONTERO AROCA (1996) pp. 268-269.

⁵¹ Se trata –según MONTERO– “de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entre en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, esta ha sido ya resuelta en un proceso anterior”. Vid. MONTERO AROCA (1996) pp. 271.

⁵² Para COUTURE, “la cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica”. COUTURE (1958) p. 407.

La identidad entre el objeto del proceso resuelto en firme y el proceso en curso, habrá de establecerse a partir de la comparación entre la persona y el hecho acusado y juzgado en el primer proceso (conclusiones acusatorias definitivas y hecho probado de la sentencia firme) y la acusación sostenida en el nuevo proceso⁵³. En nuestra opinión, el análisis sobre la faz objetiva del objeto procesal (hecho) deberá estar presidido, en todo caso, por los postulados que ofrece la teoría normativa.

Si con anterioridad a la existencia de la firmeza es planteada otra acusación contra la misma persona con causa en idéntico hecho, esta deberá ser enfrentada mediante la excepción de litispendencia.

b) LA LITISPENDENCIA

La litispendencia es un fenómeno perteneciente a la patología jurídica, que tiene lugar cuando se verifica la pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto⁵⁴. Al igual que la cosa juzgada, despliega efectos excluyentes de ulteriores procesos sobre la misma cuestión.

Esta situación procesal anómala es también denunciable por vía de una excepción procesal que posee una naturaleza objetiva –en tanto se vincula al objeto del proceso–, cuya estimación impide resolver el fondo del asunto con apego a la idea de que un proceso no debe desarrollarse si existe otro pendiente sobre el mismo objeto, dando lugar a su inmediata finalización.

Declarada la litispendencia, se sobreseerá el segundo procedimiento en virtud de un archivo provisional, pues el efecto que se pretende lograr con esta excepción es la conclusión de un indebido nuevo juicio, en espera de los resultados del primero.

Entre la litispendencia y la cosa juzgada se establece una íntima relación, determinada en principio por compartir el mismo fundamento –*non bis in idem*– y finalidad –evitar la pluralidad de pronunciamientos jurisdiccionales sobre un mismo asunto–; y, además, porque ambas exigen idénticos requisitos para su apreciación (identidad de sujeto y hecho), solo que la primera posee eficacia preventiva o cautelar respecto a la segunda, llegándose a afirmar que “existe hoy litispendencia donde mañana existirá cosa juzgada”⁵⁵.

Si bien la pendencia simultánea de idénticos procesos ha constituido el fundamento para deducir una excepción en el enjuiciamiento civil cubano, con expreso y tradicional

⁵³ Así se ha pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo español mediante su sentencia Nro. 1040, de 30 de octubre de 2009, que en lo atinente declaró que “*el hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente. Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso*”.

⁵⁴ VEGAS TORRES (2002).

⁵⁵ Sostiene este criterio el procesalista español Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien es citado por VEGAS TORRES en el artículo ya referenciado. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo español, en su Sentencia de 27 de diciembre de 1993, estableciendo que “*mientras no se haya dictado sentencia firme, si se inicia un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto, en este segundo no podrá alegarse la excepción de cosa juzgada, sino la de litispendencia, de lo que resulta que entre una y otra excepción existe únicamente una diferencia temporal*”. Citada por MONTERO AROCA (1996) p. 254.

cauce procedimental⁵⁶; no ha ocurrido lo mismo en el rito criminal. La Ley procesal penal en uso no reconoce la litispendencia dentro del catálogo de artículos de previo y especial pronunciamiento. Tampoco figuró en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española –vigente en Cuba desde el 1 de enero de 1889– ni en la Ley de Procedimiento Penal de 1973 –Ley Nro. 1251, de 25 de junio de 1973–.

Sin embargo, de esta tradicional orfandad normativa no debe deducirse la imposibilidad de su denuncia y correspondiente resolución por parte del órgano jurisdiccional, en los raros casos en que pueda darse en lo penal. La idea de conjurar a toda costa el *bis in idem* despeja cualquier duda al respecto.

Particular interés reviste la determinación de cuándo surge la litispendencia en el proceso penal, o sea, a partir de qué momento deberá entenderse configurada con sus correspondientes efectos excluyentes.

BARONA VILAR sostiene que el efecto de *perpetuatio iurisdictionis* que supone la litispendencia penal “se producirá desde que se cuente con los elementos necesarios para que pueda existir la misma, es decir (...) desde que se tiene los datos suficientes para configurar el hecho imputado y la persona a quien se le imputa”⁵⁷.

Esta misma opinión es desarrollada por CARRETERO MORALES, para quien “la litispendencia comienza a partir del momento en que la denuncia es admitida y, en consecuencia, se ordena la instrucción del proceso”⁵⁸.

Con apoyo en estos criterios, y dejando a un lado las soluciones rígidas, no advertimos ningún impedimento para plantear la litispendencia durante la sustanciación de la fase preparatoria del proceso penal, siempre que aparezcan suficientemente acreditados los elementos configurativos del objeto procesal, con respaldo en los actos de instrucción practicados. La denuncia de esta situación procesal anómala pudiera encausarse mediante un escrito *ad hoc* dirigido al instructor a cargo del expediente, amparado en el artículo 121 de la LPP, que deberá contener una explicación detallada sobre el idéntico proceso penal ya iniciado a los efectos de que se disponga la acumulación de los expedientes o actuaciones practicadas hasta el momento, sobre la base de la imposibilidad de que un mismo hecho esté siendo investigado por distintos órganos de instrucción.

Ello puede significar una tarea compleja, sobre todo porque en tan temprana fase del proceso es lógico que el hecho con apariencia delictiva no esté aún bien delimitado, con independencia de que la representación letrada del acusado pueda dirigir sus esfuerzos a lograr el esclarecimiento de tales particulares.

Tomando en cuenta la formación progresiva del objeto procesal⁵⁹, las mayores posibilidades de éxito de tal pretensión tendrían lugar en el momento de las calificaciones, por

⁵⁶ La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, hecha extensiva a Cuba por Real Orden No. 1285 de 25 de septiembre de 1885, reconoció la litispendencia en el Artículo 532-5; y asimismo aparece regulada en el Artículo 233-5 de la Ley Procesal Civil vigente.

⁵⁷ BARONA VILAR (1999) p. 706.

⁵⁸ CARRETERO MORALES (2007).

⁵⁹ El objeto del proceso no aparece de una vez, de forma estática, sino que comienza a formarse de una manera progresiva. El *iter* de formación del objeto procesal tiene su origen en el conocimiento de la ocurrencia de un «hecho que reviste caracteres de delito»; se asume, entonces, por parte de la policía y/o la instrucción un grupo

ser este el trámite en el que aquel queda esencialmente configurado (cfr. artículo 349 LPP). Lo problemático sería entonces el modo de discutir esta forma de persecución irregular ante la ausencia de expreso cauce procesal para ello.

En este sentido la doctrina se halla dividida, y mientras un grupo de autores ha entendido que los casos de litispendencia en sede penal deben ser tratados como cuestiones de competencia⁶⁰; GÓMEZ COLOMER, por el contrario, sostiene que dicha situación puede ser denunciada mediante el cauce legal previsto para la cosa juzgada, dada su naturaleza idéntica⁶¹.

Tanto la cosa juzgada como la litispendencia son apreciables *ex officio* por el órgano jurisdiccional en cualquier estado del proceso⁶².

6. ¿VÍCTIMAS INDEFENSAS?

Ante esta solución procesal pudiera pensarse que las víctimas de los hechos parciales engarzados a la continuidad delictiva sancionada, descubiertos con posterioridad, quedarían en estado de indefensión como consecuencia de que sus responsables no serían juzgados nuevamente.

de acciones encaminadas a lograr su esclarecimiento y su responsable (cfr. artículos 104 y 106 de la LPP); luego, el fiscal formula unas calificaciones provisionales, que constituyen la primera manifestación concentrada de aquel (cfr. artículo 278, LPP), concretándose de un modo terminante en el trámite en que se elevan a definitivas (cfr. artículo 349 de la LPP). No obstante, el último acto de formación del objeto del proceso es la sentencia firme, pues el acontecimiento histórico que esta contiene en el *primer resultando probado* es lo que hace frente al futuro con los efectos de cosa juzgada. Vid. BERTOT YERO y LÓPEZ ROJAS (2010) p. 89.

⁶⁰ En esta línea se inscriben BARONA VILAR: “Para evitar esta situación el ordenamiento permite el planteamiento de las cuestiones de competencia (...), y con ellas que sea tan solo un juez el que lleve a cabo el conocimiento de la investigación que pesa sobre un sujeto como consecuencia de un determinado hecho imputado”. Cfr. BARONA VILAR (1999) p. 707. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, para quienes “la excepción de litis pendencia, no incluida expresamente en la LECrim., está realmente implícita en la excepción de incompetencia”. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA (1951) p. 270. FENECH: “Cuando se produzca la situación anómala de que dos o más jueces o Tribunales estén conociendo de procesos con un mismo objeto, aunque aparezcan procesados en cada uno de ellos distintas personas, deberá procederse, en virtud de las normas de competencia que tienen carácter público, a la remisión de lo actuado al juez o Tribunal competente, poniendo a su disposición a los detenidos o efectos ocupados”. Cfr. FENECH (1956) p. 201. MAIER: “La *litis pendencia* planteará, ordinariamente, una cuestión de competencia, pues solo uno, entre los varios tribunales u órganos que tramitan la persecución penal, es el que proseguirá el procedimiento”. Cfr. MAIER (1989) p. 409.

⁶¹ Cfr. GÓMEZ COLOMER (2001b) p. 247.

⁶² *Apud.* MAIER (1989) pp. 407-408. Refiriéndose a la doctrina que rodea el proceso civil, VEGAS TORRES afirma que “el Derecho procesal moderno rechaza la aplicación de una “concepción privatista” al tratamiento de la litispendencia (y, en general, al tratamiento de los presupuestos y óbices de la decisión de fondo)”, de tal suerte que “consideraciones de seguridad jurídica y de economía procesal sitúan a la exclusión del segundo proceso más allá del ámbito de la tutela de los derechos del demandado e imponen la vigilancia de oficio de la litispendencia por el juez”. Cfr. VEGAS TORRES (2002). Abandonada la concepción privatista del proceso y aceptada su naturaleza pública, explican MONTERO AROCA y CHACÓN CORADO que los verdaderos presupuestos han de ser controlados de oficio por el juzgador porque “lo que condiciona la posibilidad de dictar una sentencia sobre el fondo, no puede abandonarse a la disposición de los litigantes”. Vid. MONTERO AROCA y CHACÓN CORADO [s.a], p. 214. Si estas son las concepciones que rigen el proceso civil, donde los intereses en juego son puramente privados, mayores son las razones para sustentar la apreciación de oficio de estos impedimentos procesales en el enjuiciamiento penal.

Para dilucidar esta inquietud se impone una reflexión inicial: no existe una relación jurídica material penal entre los sujetos implicados en un hecho delictivo, de modo que la víctima no ostenta un derecho subjetivo a que al autor del delito se le imponga una pena. El *ius puniendi* se ha asumido con exclusividad por el Estado y los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal⁶³, sino exclusivos derechos patrimoniales en la medida en que el delito haya ocasionado una lesión de esta naturaleza.

Partiendo de tal presupuesto, y tomando como ejemplo los delitos en los que pudieran manifestarse de un modo más intenso la indefensión de las víctimas –delitos contra los derechos patrimoniales–, hay que analizar dos situaciones:

Primero: Si la lesión patrimonial ocasionada por el delito consiste en la desposesión de bienes, y durante la fase investigativa estos fueron ocupados; al acogerse el artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada y dictarse auto de sobreseimiento libre de conformidad con lo establecido en los artículos 290.2 y 300 en relación con el artículo 271, todos de la Ley de Procedimiento Penal, se dispondrá su devolución a sus legítimos dueños.

Segundo: Si la afectación consistiere en la producción de un daño material, entonces quedaría a la víctima la posibilidad de entablar una acción civil contra el acusado para lograr su resarcimiento de conformidad con las normas del Derecho civil, porque el hecho de que se haya truncado el ejercicio de la acción penal, y en consecuencia no se haya podido sustanciar la pretensión resarcitoria que se acumula a este proceso, tiene su causa en razones de índole procesal y en modo alguno supone la inexistencia de méritos sustantivos en los que pueda apoyarse la exigencia de responsabilidad civil, pues existe un acto ilícito (el delito)⁶⁴ mediante el que una persona ha causado un daño a otra, cuya indemnización es perfectamente reclamable ante el Tribunal de lo civil ya sea por la vía del proceso sumario o del ordinario, en dependencia de la cuantía de lo reclamado, con amparo en las normas que regulan lo concerniente a la responsabilidad extracontractual o *aquiliana* (cfr. artículo 47-c en relación con los artículos 81 y 82 del Código Civil)⁶⁵.

Comprendemos que la solución ofrecida puede provocar *ab initio* ciertas reservas, sobre todo porque en nuestro proceso penal ha regido la ancestral regla –proveniente del derecho francés– de acumular la pretensión civil que nace del delito al ejercicio de la acción

⁶³ Cfr. MONTERO AROCA (2001) p. 12.

⁶⁴ Sobre este particular se pronuncia GÓMEZ ORBANEJA en el sentido de que “*las acciones u omisiones penadas por la ley sean también fuente de obligaciones civiles, no quiere decir realmente otra cosa sino que todo delito o falta puede ser a la vez un acto ilícito civil (...) la obligación reparatoria por causa de delito no nace del delito, si tomamos el término en el sentido propio de la ley penal, sino del acto u omisión culpable que, además y con independencia de la sanción civil, ocurre ser un delito*”. GÓMEZ ORBANEJA (1951) p. 319.

⁶⁵ Esta forma de responsabilidad se origina a partir de un resultado dañoso que se produce a otra persona, con la que no existía una previa relación jurídica convenida entre el autor del daño y el perjudicado; y en este sentido el Código Civil cubano establece pautas a fin de que en cualquier caso tenga el perjudicado, ya sea acreedor contractual o víctima extracontractual, la posibilidad de contar, en lo pertinente, con iguales garantías y la misma extensión en cuanto al contenido de la reclamación (cfr. artículos 81 y 82 del Código Civil). Vid. VALDÉS DÍAZ (2007) pp. 219-220.

penal, configurando el denominado objeto eventual del proceso penal (*cf.* artículo 275 LPP); pero si se atiende al fundamento de esta regla de acumulación automática, cuya esencia descansa en el principio de economía procesal, hay que convenir que su observancia está sujeta al ejercicio efectivo de la acción penal, de modo que la concurrencia de algún impedimento procesal que obstaculice su desenvolvimiento provoca la ruptura del nexo de acumulación y deja subsistente la acción civil, que mantiene su independencia y autonomía.

En nuestra opinión tal criterio encuentra apoyo legal en lo dispuesto en el artículo 1, tercer párrafo, de la Ley Procesal Civil, que autoriza el ejercicio de la acción civil derivada del delito ante dicha jurisdicción en los casos en que la responsabilidad penal se hubiere extinguido por cualquier causa. Con independencia de que se aluda en el precepto a supuestos de *extinción de responsabilidad penal*, su sentido no está dirigido exclusivamente a los casos previstos en el artículo 59 del texto punitivo porque, según interpretamos, el fundamento de esta norma procesal descansa en la imposibilidad de declarar la responsabilidad penal, lo que igualmente acontece en los casos en que es apreciada la cosa juzgada, de modo que en tales situaciones puede aplicarse el viejo aforismo jurídico que sustenta que "donde existe la misma razón rige la misma disposición".

Desde cualquier ángulo de análisis, no debe perderse de vista que lo que se pretende evitar con la estudiada excepción procesal es una duplicidad del castigo penal, y que la responsabilidad civil, aun cuando se sustancia en el proceso penal, es una cuestión de naturaleza puramente privada e independiente y, en consecuencia, nada debe impedir que sea planteada y resuelta en el tribunal de lo civil porque lo contrario significaría una privación de tutela judicial.

7. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL TERRENO DE LA PRÁCTICA JUDICIAL CUBANA

La discusión en torno a la temática tratada no tiene exclusiva residencia en los controvertidos predios de la academia, pues con mayor o menor frecuencia la práctica jurisdiccional cubana ha tenido que enfrentarse a estos supuestos conflictivos. A modo de ilustración referenciamos cuatro procesos en los que de alguna manera se ha sometido a debate el asunto del *non bis in idem* vinculado al juzgamiento de una infracción continuada.

PRIMER CASO:

En la Causa No. 263 de 1993, de la radicación de la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, se estableció artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada porque el promovente había sido juzgado y sancionado en la Causa No. 3024 de 1990 a diez años de privación de libertad por el delito de robo con fuerza en las cosas de carácter continuado, pues en el periodo comprendido entre los años 1988 y 1989, sustrajo, en unión de otro acusado, varios automóviles, los que luego vendieron en piezas y en el nuevo proceso se imputaban otras sustracciones de vehículos que acontecieron en ese período, ejecutadas por los mismos sujetos. En la tramitación de la cuestión perentoria, el fiscal se opuso a la pretensión y el tribunal dictó el auto 29 de 31 de agosto de 1993 en el que se pronunció así:

CONSIDERANDO: Que el delito continuado no es una ficción jurídica, sino una unidad real, por lo que constituye un delito y no varios delitos sucesivos porque las diversas y continuas consumaciones no son más que los diversos momentos durante los que se desarrolla una sola y única resolución criminal, y no es por tanto, un conjunto de delitos con pena atenuada, sino un delito único, más grave precisamente por la persistencia del dolo, que dura desde el momento de la resolución hasta el momento en que se ejecuta la última acción y se interrumpe por toda acción dirigida contra el culpable de aquel delito, por tanto, cuando después de una sentencia condenatoria se descubren hechos anteriores a ello, y unidos por la continuación de los hechos por los cuales se había pronunciado aquella, se aplica la norma del delito continuado, es decir, los actos parciales no enumerados en la sentencia, anteriores a esta, descubiertos o no, son absorbidos por esta resolución como comprendidos en la conexión, por tanto, la persecución posterior de nuevos actos parciales independientemente de los anteriores, infringiría el principio de la *res judicata* y las reglas de *ne bis in idem*.

ACORDAMOS: HABER LUGAR al artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada, promovido en la causa 263 de 1993, y en consecuencia, se dispone el sobreseimiento libre de las actuaciones en cuanto a los acusados FYAP, ERA y JLMG.

SEGUNDO CASO:

Un asunto curioso fue el que se suscitó en la Causa No. 67/2009, de la radicación del Tribunal Municipal Popular de Varadero. La fiscalía ejercitó la acción penal contra el acusado por el hecho de haber sustraído un ciclo en fecha 29 de julio de ese propio año; siendo que aquel había resultado sancionado en la Causa No. 240/2009, de la radicación de la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, por un delito de hurto de carácter continuado en virtud de la Sentencia No. 32 de 2010, la cual describía dentro de la resultancia fáctica una pluralidad de actos de sustracción, habiéndose cometido el primero de los hechos integrantes de la continuidad el día 22 de abril de 2009 y el último el día 21 de agosto de 2009. El letrado responsabilizado con la defensa del acusado ante el Tribunal Municipal, interpuso artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada, denunciando por este cauce procesal la configuración de un infrecuente supuesto de litispendencia, pues la sentencia dictada por el Tribunal Provincial aún no había adquirido firmeza por haber sido recurrida, y en consecuencia se solicitó la suspensión del procedimiento.

El Tribunal, luego de celebrar la vista de rigor y escuchar las razones expuestas por el letrado y el fiscal, quien se opuso a la indicada promoción; dictó auto en el que se dispuso lo siguiente:

CONSIDERANDO: Que del análisis de las actuaciones le ha quedado probado a este Fuero en la presente causa sesenta y nueve del dos mil nueve que ciertamente el hecho imputado al acusado XXX relativo a la sustracción de una bicicleta Rin veintiséis, (...) ocurrido el día veintinueve de julio de dos mil nueve, se enmarca dentro

del período de los hechos declarados probados en la sentencia treinta y dos de dos mil diez dictada por la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Matanzas en la Causa doscientos cuarenta de dos mil nueve, acontecido el primero de ellos el veintidós de abril del año dos mil nueve y el último el veintiuno de agosto del propio año, todos vinculados a actos de apoderamiento de bicicletas de ajena pertenencia en el término municipal de Varadero, por los que fue sancionado FGS como autor de un delito de Hurto de carácter Continuado.

CONSIDERANDO: Que al valorarse por este Fuero que dicha sentencia condenatoria aún no es firme por interponerse contra la misma recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular y al ser la Cosa Juzgada un efecto procesal de la sentencia firme, que presupone que el asunto haya sido fallado por un Órgano Jurisdiccional competente, en virtud del principio *non bis in idem* es imposible volver sobre la misma cuestión, lo que es garantía de la seguridad jurídica que debe propiciar el Derecho, resulta procedente valorar entonces la litispendencia como institución procesal que tiende a impedir la adopción de resoluciones contradictorias por parte de un mismo o distintos Tribunales y procede cuando existe identidad en los elementos que integran los asuntos controvertidos, estando el proceso preexistente en fase de terminación sin que sea firme su sentencia, tratando de buscar precisamente un cauce procesal que permita evitar la existencia de fallos que puedan resultar contradictorios y se fundamente en la prohibición de la persecución penal múltiple, diferenciándose de la cosa juzgada en que la última presupone la terminación del proceso con sentencia firme, es por ello que convenimos los jueces que hoy resolvemos, con la racionalidad que el asunto requiere, que no puede estimarse, en correspondencia con el artículo trescientos de la Ley Rituarial Penal en este momento procesal la excepción de cosa juzgada invocada, resultando procedente pronunciarnos como a continuación se dirá.

EL TRIBUNAL ACUERDA: El archivo provisional de las actuaciones correspondientes a la Causa sesenta y siete de dos mil nueve en espera de la firmeza de la sentencia dictada en la Causa doscientos cuarenta de dos mil nueve de la radicación de Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Matanzas en mérito a lo expuesto en los Considerandos que anteceden.

TERCER CASO:

En la Causa No. 26/2009, de la radicación de la Sala Cuarta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, seguida por los delitos de falsificación de documentos bancarios y de comercio de carácter continuado como medio a fin para cometer Malversación, dicho órgano jurisdiccional dictó la Sentencia No. 90/2010 en virtud de la cual acogió a favor de tres de los acusados la institución de la cosa juzgada, por entender que los hechos imputados en dicho proceso guardaban identidad con los que habían sido juzgados y sancionados en las causas núm. 3/2008 de la radicación de la Sala Séptima del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, y 44/2009, correspondiente a la Sala Octava de ese propio Tribunal.

Inconforme con lo dispuesto en la referida resolución judicial, el fiscal interpuso recurso de casación para ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, al amparo de la causal segunda del artículo 69 de la Ley Procesal, el que fue resuelto por la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo Penal de dicho órgano en virtud de la Sentencia No. 3921 de 2010⁶⁶, que en lo atinente dispuso:

CONSIDERANDO: Que el Ministerio Fiscal estableció recurso de casación al amparo del ordinal segundo del artículo sesenta y nueve de la Ley de Procedimiento Penal con el argumento de que la Sala de instancia incurrió en error en apreciar la institución de cosa juzgada para FDG, IHH y HCT, al considerar que los actos conocidos en esta causa no son los mismos por los que fueron juzgados y sancionados en las Causas tres del dos mil ocho y cuarenta y cuatro del dos mil nueve, correspondientes a las Salas Séptima y Octava respectivamente del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana. Del estudio del caso se aprecia que las acciones u omisiones de estos reos, ya tuvieron efectos jurídicos en la jurisdicción penal con anterioridad, pues esa conducta no es posible dividirla y buscar otra respuesta punitiva, cuando en el caso del DG y CT el conjunto de actos por ellos ejecutados con independencia de la cantidad de CCS involucradas y el dinero peculado, siguen siendo un único delito de falsificación de documentos de carácter continuado como medio a fin para cometer Malversación de la modalidad agravada, al ser el segundo un delito permanente o de tracto continuo, lo que igualmente acontece para las faltas de deber de cuidado de la HH, por las que también fue sancionada. De accederse al reclamo del fiscal se afectarían derechos de los reos, y se vulnerarían garantías y principios esenciales del proceso penal que prohíben el doble juzgamiento y la imposición de dobles consecuencias jurídicas, máxime cuando en este estado del asunto conllevaría anular los procesos judiciales a los efectos de su acumulación y con el correspondiente perjuicio social ante la falta de inmediatez de una respuesta penal que en definitiva ya fue adoptada con certeza por el tribunal juzgador, por tanto se desestima este motivo de casación.

FALLAMOS: Declarando SIN LUGAR los recursos de casación por Infracción de Ley, establecidos por los acusados JEF y MINISTERIO FISCAL contra la sentencia número noventa del año dos mil diez, dictada por la Sala Cuarta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, la que se confirma en todas sus partes.

CUARTO CASO:

Otro supuesto conflictivo vinculado con el tema estudiado tuvo lugar en la tramitación de causa 285/2011, de la radicación de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus, seguida por un delito de falsificación de documentos

⁶⁶ La Sala estuvo integrada por los compañeros Plácido BATISTA VERANES (Presidente), Maricela SOSA RAVELO (ponente), Guillermo P. HERNÁNDEZ INFANTE, FRANCISCO TEJEDA VIGIL y Carlos CÁRDENAS REBOLLO.

bancarios y de comercio de carácter continuado, en la que se promovió artículo de previo y especial pronunciamiento sobre declinatoria de jurisdicción por parte de la representación letrada de una de las acusadas, denunciando que esta había sido instruida de cargos en dos expedientes de fase preparatoria distintos y que en su contra se estaba ejercitando la acción penal, en virtud de conclusiones acusatorias independientes, por idénticos hechos punibles.

Al resolver la excepción deducida, la Sala dictó auto de fecha 23 de septiembre de 2011, desestimando el artículo de previo y confirmando su competencia para conocer de los hechos. Contra dicha resolución judicial la acusada interpuso recurso de casación de acuerdo a lo establecido en el artículo 302 de la Ley de Procedimiento Penal, el cual fue resuelto por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular por medio de la Sentencia No. 4, de 3 de noviembre de 2011⁶⁷, en el sentido siguiente:

CONSIDERANDO: Que el artículo 59 de la Constitución de la República de Cuba, en su primer párrafo, preceptúa entre otros derechos ciudadanos, que nadie puede ser encausado ni condenado sin cumplirse las formalidades y garantías que las leyes establecen, lo que obliga a este supremo tribunal a analizar con racionalidad y justicia el caso sometido a examen. Del estudio de las conclusiones provisionales emitidas por el fiscal en los expedientes de fase preparatoria números 8 y 11 del 2011, investigados por el órgano de instrucción de los delitos Contra la Seguridad del Estado de la provincia de Sancti Spíritus, se aprecia que en ambos procesos coincide como uno de los sujetos procesales la acusada IPC y los distintos actos ilícitos que se le imputan, en cada uno de estos, bien pudieran constituir una unidad delictiva que conforman un mismo objeto procesal, por lo que la tramitación separada de ambos procesos vulnera lo preceptuado en el apartado quinto del artículo 13 de la Ley de Procedimiento Penal porque se rompió la continencia de los hechos al existir entre ellos una conexidad sustantiva y procesal, con lo que se quebrantan principios y garantías del debido proceso, como la prohibición de la persecución y sanción penal múltiple, comúnmente conocido por “*non bis in idem*”, amén de la no aplicación adecuada de las instituciones previstas en el Código penal, lo que fuerza en este estado acoger el artículo de previo y especial pronunciamiento establecido.

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: Se declara CON LUGAR el recurso de casación establecido por la acusada IPC contra el Auto de fecha 23 de septiembre de 2011 dictado en las actuaciones de la causa 285 de 2011 de la radicación de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus, el que se anula, al igual que toda la tramitación judicial de la referida causa y se retrotrae el proceso a su fase anterior para que el fiscal acumule las actuaciones correspondientes a los expedientes en los que aparezca esta como acusada y se mantenga la conexidad señalada, y proceda entonces a ejercitar la acción penal como corresponde.

⁶⁷ La Sala estuvo integrada por los compañeros Maricela SOSA RAVELO, Tomás BETANCOURT PEÑA, Isabel ACOSTA SÁNCHEZ (ponente), Rolando ESTRADA LEÓN y Tania del Rosario FELIPE DÍAZ.

8. IDEAS CONCLUSIVAS

1. El delito continuado constituye una *unidad delictiva en sentido real u óntico*, de tal suerte que los distintos actos que en el orden formal lucen como infracciones independientes, no son más que el reflejo de la ejecución fragmentada de una real y única resolución delictiva que conlleva a una simple intensificación cuantitativa del injusto. Según la evolución histórica y actual concepción del instituto, su fundamento descansa en una concepción mixta que amalgama razones dogmáticas (disminución de la culpabilidad) y político-criminales (de utilidad práctica).

2. La continuidad delictiva se inscribe dentro de los supuestos de unidad típica, según el Derecho penal material; y valorado este fenómeno jurídico desde la óptica de la teoría normativa del objeto procesal penal hay que concluir que los distintos actos que conforman el hecho continuado constituyen un acontecimiento histórico único y, en consecuencia, un hecho procesal unitario.

3. La unidad de objeto procesal que supone el hecho continuado trae consigo que cuando con posterioridad al dictado de una sentencia que condena por un delito continuado, se descubren hechos no abarcados por la sentencia pero enmarcados dentro de la franja temporal de la continuidad sancionada, estos quedan absorbidos por dicha resolución por constituir parte de aquel objeto procesal. En los casos de los que hemos tenido referencia los autores, esta ha sido la posición asumida por los tribunales cubanos al respecto.

4. Para enfrentar los supuestos de doble persecución, sucesiva o simultánea, los ordenamientos procesales reconocen las excepciones de cosa juzgada y litispendencia. La Ley de Procedimiento Penal cubana sitúa a la cosa juzgada dentro del catálogo de artículos de previo y especial pronunciamiento, pero no contempla la litispendencia; no obstante, ello no es óbice para su oportuno planteamiento y consecuente sustanciación, ya sea que se trate como una cuestión de competencia o se denuncie mediante el cauce legal previsto para la cosa juzgada, dada su naturaleza idéntica.

5. Apreciada la cosa juzgada respecto a hechos parciales pertenecientes a un delito continuado ya juzgado en firme, queda a la víctima la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil a ejercitar la acción de resarcimiento que no podrá articularse en sede penal ante la imposibilidad de ejercer válidamente la acción punitiva, de la que aquella es acompañante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALABAU TRELLES, José Francisco (1956): *El Delito Continuado* (La Habana, Editorial Selecta) 182 pp.
- ARCE AGGEO, Miguel A. (1996): *Concurso de Delitos en Materia Penal* (Buenos Aires, Editorial Universidad) 211 pp.
- ASENCIO MELLADO, José M. (1991): *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid, Editorial Trivium) 136 pp.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1996): *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A) 261 pp.

- TEJEDA Y GARCÍA, Diego Vicente (1999): *Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) 691 pp.
- TEJEDA Y GARCÍA, Diego Vicente (1999): *Principios constitucionales de Derecho penal* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) 303 pp.
- BARONA VILAR, Silvia (1999): *Tutela civil y penal de la publicidad* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch y Universitat de València) 744 pp.
- BAUMANN, Jürgen (1986): *Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales. Introducción sobre la base de Casos* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 299 pp.
- BELING, Ernst (1945): *Manual de Derecho Procesal Penal* (Traducc. Miguel FENECH, Barcelona, Editorial Labor S. A.) 567 pp.
- BERTOT YERO, María C. y Dayan G. LÓPEZ ROJAS (2010): “Otra mirada en torno a la correlación penal”, en: *Rev. Justicia y Derecho* No. 14, pp. 70-99.
- BINDER, Alberto M. (1999): *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc) 364 pp.
- CAFFERATA NORES, José I. (1998): *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc) 126 pp.
- CARRETERO MORALES, Emiliano (2007): “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las cuestiones prejudiciales” [fecha de consulta: 22 junio 2010]. Disponible en: <http://www.indret.com/es/derecho_procesal/502ec4b>
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1998): *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores) 396 pp.
- CARRASCO MORENO, Francisco, et al. (s.a): *Código Penal Comentado de El Salvador* (San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura) 618 pp.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (2004): “Sobre el delito continuado (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)”, en: *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, pp. 246-289.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (1975): *La cosa juzgada penal* (Bolonía, Publicaciones del Real Colegio de España), 205 pp.
- COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Roque Depalma Editor) 492 pp.
- D’ALESSIO, Andrés J., et al. (2005): *Código Penal comentado y anotado, Parte General* (Buenos Aires, Editorial La Ley) 773 pp.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2007): *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho español con el chileno* (Valencia, Servei de Publicacions Universitat de Valencia) 745 pp.
- FENECH, Miguel (1956): *El Proceso Penal* (Barcelona, José M^a Bosch Editor) 299 pp.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (1998): *Derecho Penal. Introducción y Parte General* (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot) 685 pp.
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. (2001): “El juicio oral”, en: MONTERO AROCA, Juan (coord.): *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 225-346.
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. (2001): “El objeto del proceso”, en: MONTERO AROCA, Juan (coord.): *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 98-116.

- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (1951): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Tomo II* (Barcelona, Editorial Bosch), 793 pp.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA (1951): *Derecho Procesal Penal, Vol. II* (Madrid, Editorial Gráfica Administrativa), 412 pp.
- GÓMEZ PÉREZ, Ángela (2005): “El principio non bis in ídem. Sanciones penales y sanciones administrativas”, en: *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia*, año 2005, pp. 123-144.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia (s.a): *Correlación entre acusación y sentencia* (Universidad de La Laguna) 334 pp.
- HASSEMER, Winfried (1997): “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la Criminalidad Organizada”, en: *Rev. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, No. 14, año 12, pp. 18-32.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1981): *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, Editorial BOSCH) 927 pp.
- MADRIGAL GARCÍA, Carmelo y Juan Luis RODRÍGUEZ PONZ (2004): *Derecho Penal, Parte General –Judicatura–* (Madrid, Editorial Carperi) 382 pp.
- MAIER, Julio B. (1989): *Derecho Procesal Penal argentino, Tomo I-B –Fundamentos–* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L.) 629 pp.
- MENDOZA DÍAZ, Juan (2005): “Posiciones que puede asumir el demandado en el proceso civil ordinario”, en: MENDOZA DÍAZ, Juan (coord.): *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (La Habana, Editorial Félix Varela) pp. 31-101.
- MIR PUIG, Santiago (2005): *Derecho Penal, Parte General* (Barcelona, Editorial Reppertor) 781 pp.
- MONTERO AROCA, Juan (1996): “Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial”, en: *Rev. Derecho Privado y Constitución*, Núm. 8, pp. 251-295.
- MONTERO AROCA, Juan (coord.): *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch) 583 pp.
- MONTERO AROCA, Juan y Mauro CHACÓN CORADO (s.a): *Manual de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario, Volumen I (s.ed.; s.f.)* 531 pp.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén (2007): *Manual de Derecho Penal General, Tomo II* (Ciudad de La Habana, Editorial Félix Varela) 297 pp.
- RIVERO GARCÍA, Danilo y María Caridad BERTOT YERO (2009): *Código Penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87. (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)* (Ciudad de La Habana, Ediciones ONBC) 326 pp.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal, Parte General, Tomo I* (Traducc. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier de Vicente REMESAL, Madrid, Editorial Civitas) 1071 pp.
- ROXIN, Claus (2003): *Derecho Procesal Penal* (Traducc. Gabriela CÓRDOBA y Daniel PASTOR, Buenos Aires, Editores del Puerto) 601 pp.
- SANZ MORÁN, Ángel J. (2004): “El concurso de delitos en la reforma penal”, en: *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, pp. 122-184.
- STRATENWERTH, Günter (1982): *Derecho Penal. Parte General, Tomo I* (Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid) 1236 pp.

- TEJERA Y GARCÍA, Diego Vicente (1944): *Comentarios al Código de Defensa Social* (La Habana, Jesús Montero Editor) 689 pp.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (2007): “Causa de la relación jurídica civil” en: VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (coord.): *Compendio de Derecho Civil* (La Habana, Editorial Félix Varela) 330 pp.
- VEGAS TORRES, Jaime: *La eficacia excluyente de la litispendencia* [fecha de consulta: 4 febrero 2011]. Disponible en: <<http://www.unirioja.vegas.pdf>>
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *El delito continuado en el Código Penal peruano* [fecha de consulta: 26 junio 2010]. Disponible en: < www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_16.pdf>
- WELZEL, Hans (1956): *Derecho Penal. Parte General* (Traducc. Carlos FONTÁN BALESTRA, Buenos Aires, Roque Depalma Editor) 271 pp.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (2002): *Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires, Editorial EDIAR S.A.) 1083 pp.

NORMAS CITADAS

- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, 31 enero 2003.
- Código de Defensa Social, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, 1973.
- Ley No. 5. Ley de Procedimiento Penal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria, 18 agosto 1977.
- Ley No. 7. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria, 20 agosto 1977.
- Ley No. 21. Código Penal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria, 1 marzo 1979 (derogado).
- Ley No. 59. Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, 15 octubre 1987.
- Ley No. 62. Código Penal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial, 30 diciembre 1987.
- Ley No. 87. Modificativa del Código Penal. Gaceta Oficial de la República, Edición Extraordinaria, 15 marzo 1999.