

36

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HI S'PRAX IDE ET PRO

Revista

Julio 2015

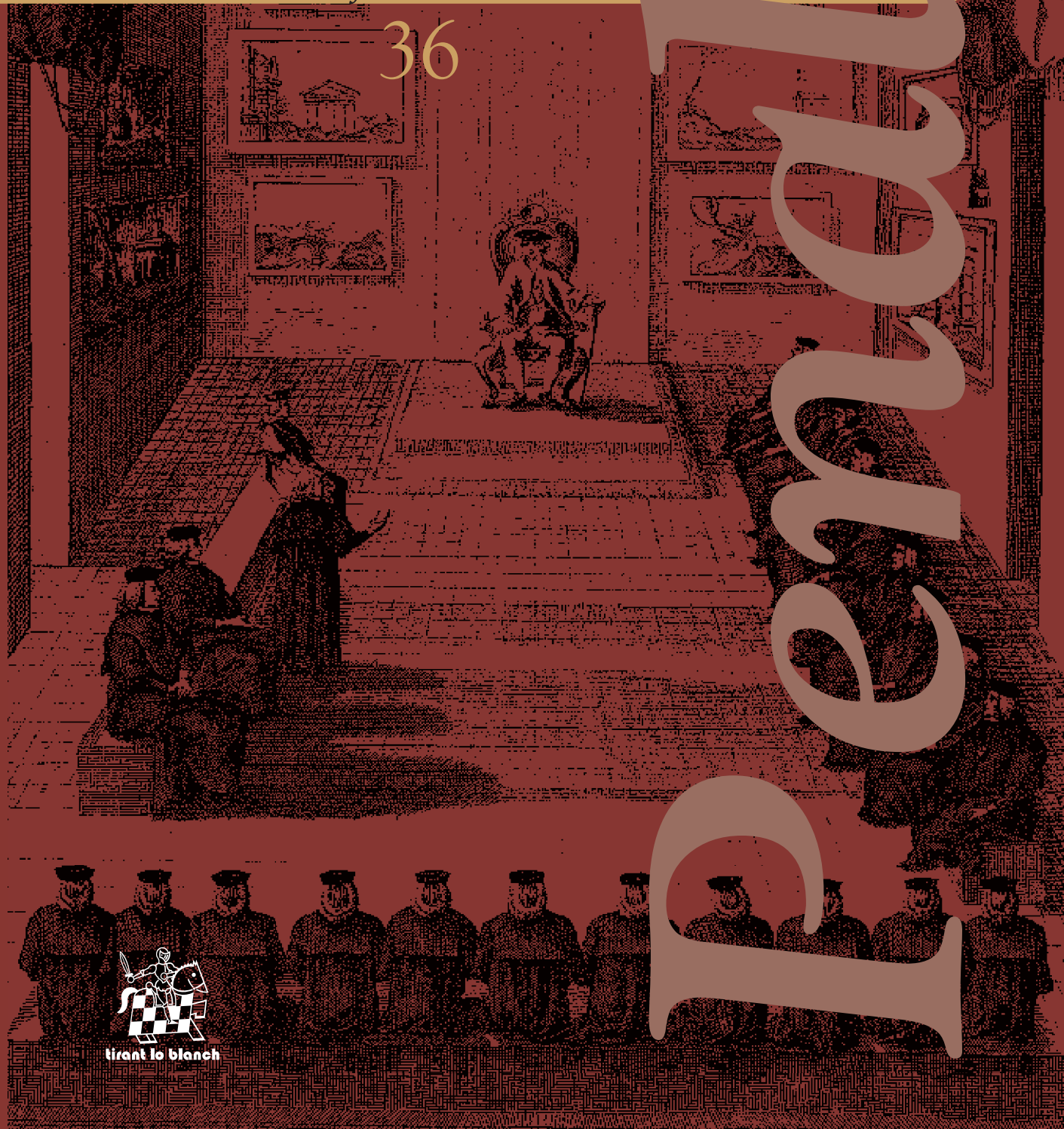
36

Revista Penal

Julio 2015



Penal



Revista Penal

Número 36

Sumario

Doctrina:

- Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero, por *Miguel Abel Souto* 5
- Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil, por *Paulo César Busato* 14
- Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado, por *Viviana Caruso Fontán* 36
- Clasificación en tercer grado y régimen abierto en el sistema penitenciario español, por *Salvador Cutiño Raya* 61
- Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015, por *José Luis de la Cuesta Arzamendi* 86
- La nueva criminalización del proxenetismo, por *Alberto Daunis Rodríguez* 105
- La culpa de la guerra en H. Arendt y K. Jaspers. Un comentario a la posición de A. Norrie sobre la imputación de responsabilidad y el Derecho penal internacional, por *Pablo Galain Palermo* 122
- Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015, por *Víctor Manuel Macías Caro* 133
- Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo, por *Joaquín Merino Herrera* 145
- Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal, por *Francisco Muñoz Conde* 172
- Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano, por *Marc Salat Paisal* 182
- El Derecho penal nacionalsocialista, por *Thomas Vormbaum* 207

Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2012-2015) “Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period (2012-2015)” 217

Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Gema Varona Martínez* 296



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Complutense

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Víctor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela) y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Yu Wang (China)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)
Ludovico Bin y Francesco Diamanti (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo y Sara Durán (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado

Viviana Caruso Fontán

Revista Penal, n.º 36. - Julio 2015

Ficha Técnica

Autora: Viviana Caruso Fontán

Adscripción institucional: Profesora Contratada Doctora. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Sumario: I. Introducción. II. Unidad y pluralidad de acciones. III. SUPUESTOS DE UNIDAD DE ACCIÓN. 1. Unidad de acción en sentido natural. 2. Unidad típica de acción. 3. La llamada “unidad natural de acción”. IV. El delito continuado. 1. El desarrollo de la figura en Alemania. 2. El desarrollo del delito continuado en España. V. Acerca de la —difícil— diferenciación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado. VI. Consideraciones finales. VII. Bibliografía consultada.

Resumen: Las descripciones de las conductas típicas que, en la gran mayoría de los casos son realizadas en singular, abren el interrogante acerca de la correcta calificación de los hechos cuando se produce la repetición del comportamiento criminal. Se trata de supuestos que pueden ser resueltos recurriendo a las figuras de la “unidad natural de acción” o, bien, al delito continuado. No obstante, la delimitación entre ambos institutos resulta especialmente complicada cuando los elementos que los conforman son caracterizados de manera similar. Consecuentemente, en este estudio se propicia una interpretación que pretende clarificar el ámbito de aplicación propio de cada una de las figuras alejándonos, de esta manera, de la experiencia alemana en la materia.

Palabras clave: unidad de acción, pluralidad de acciones, unidad natural, unidad jurídica, delito continuado, actos reiterados.

Abstract: Usually the descriptions of the offenses are made in singular, so it is difficult to determine how to punish criminal behavior when the behavior is repeated. To solve this problem is possible to use the figure of the “natural unity of action” or continuing offense. The demarcation between the two figures is complicated because their requirements are similar. Consequently, this study aims to clarify the scope of these figures, determining the requirements in each case.

Key Words: unity of actions, plurality of actions, natural unit, legal unit, continuing offense, repeated acts.

Rec: 22/4/2015 **Fav:** 17/05/2014

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, las descripciones de las conductas prohibidas que conforman los tipos penales hacen referencia a la necesaria concurrencia de una serie de requisitos generales que deben verificarse en el acontecer

causal para que se materialice la contradicción con la norma penal. Esto es así, en la medida en que resulta inviable llevar a cabo una completa enumeración de la totalidad de las modalidades en las que pueden presentarse en la realidad los comportamientos delictivos. Esta inevitable carencia de taxatividad que caracteriza

a los tipos penales debe ser limitada, en la medida de lo posible, para eludir la ocasional vulneración del principio de seguridad jurídica. A pesar de ello, muchos son los aspectos que indefectiblemente quedan librados al criterio del intérprete.

La cuestión señalada no se circunscribe, como podría pensarse en un primer momento, al alcance del significado del verbo típico escogido por el legislador o a otras cuestiones meramente lingüísticas. Por otro lado, la descripción de la conducta típica que, en la gran mayoría de los casos es realizada en singular, deja abierto el interrogante sobre la correcta calificación de los hechos cuando se produce la repetición del comportamiento criminal. Se trata de una problemática que excede la temática de la interpretación de los tipos penales y cuyo tratamiento requiere del análisis de la tradicional disputa entre unidad y pluralidad de acciones.

Con el objeto de dar soluciones plausibles frente a supuestos de realización iterativa del tipo penal, en el presente trabajo se realizará una revisión de los criterios utilizados por la doctrina y la Jurisprudencia para determinar cuándo nos encontramos frente a una o a varias acciones. En esta línea de investigación, consideramos que será necesario centrar nuestra atención en las —volátiles— diferencias que reúnen —y en aquellas que deberían reunir— las figuras de la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado. Una correcta clarificación de estos conceptos nos permitirá contar con un marco conceptual adecuado para el tratamiento de este problema en los distintos ámbitos de la parte especial.

II. UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIONES

Resulta necesario señalar, desde un primer momento, la independencia del concepto de “acción” en materia concursal con respecto a la “acción” entendida como un elemento del delito. En este último caso, se trata de determinar cuándo existe un comportamiento humano que deba ser analizado desde la perspectiva del tipo, ya sea desde un punto de vista social, causal o final, para poder señalar cuándo estamos frente a una conducta típicamente relevante; nos referimos, por tanto, a la necesidad de definir a la acción como sustrato de los demás elementos del delito¹. Por otro lado, en el ámbito concursal se trata de aclarar qué comportamientos pueden dar lugar a una unidad de valoración jurídica. Así, la atención se centrará en analizar qué elementos

deben estar presentes en la conducta para proceder a una valoración jurídica unitaria.

Para abordar esta temática, también es necesario puntualizar la improcedencia de identificar unidad y pluralidad de acción con unidad y pluralidad de delitos. Como se ha dicho anteriormente, cuando se plantea la problemática de la unidad de acción en el ámbito del concurso de delitos se pretenderá determinar qué comportamientos humanos merecen una valoración jurídica unitaria; mientras que al investigar la unidad delictiva se intentará esclarecer cuántas infracciones legales ha supuesto la conducta realizada.

En este sentido, resulta incuestionable la posibilidad de que concurran en un mismo supuesto unidad de acción y multiplicidad de infracciones legales. Se trata, evidentemente, del caso que da lugar a la aplicación del concurso ideal de delitos. No obstante, teniendo en cuenta la variedad de figuras que pueden generar una “unidad jurídica de acción”, más compleja es la posibilidad de que se verifiquen multiplicidad de acciones y un único delito. En este sentido y tal como se verá durante el desarrollo del trabajo, será posible hablar de una multiplicidad de acciones en sentido natural que conformen, a su vez, una unidad típica de acción y consecuentemente, una única infracción legal. No obstante, como puede observarse, en este caso sólo podría hablarse de multiplicidad de acciones desde un punto de vista meramente natural pero no desde una perspectiva jurídica. Por otro lado, para poder contestar este interrogante también será decisiva la naturaleza jurídica que se otorgue al delito continuado ya que, sólo si se interpreta a esta figura como un supuesto de unidad ficticia, podremos aceptar la existencia de multiplicidad de acciones que den lugar a un único delito.

Tal como sucede en todas las obras que pretenden enfrentarse a las distintas problemáticas que giran en torno al concurso de delitos, también en este caso será necesario tomar como punto de partida la cuestión referida a la unidad y pluralidad de acciones. Al respecto, resulta indudable el desarrollo teórico que la doctrina alemana alcanzara en esta materia, por lo que será indispensable recurrir a la literatura de este país para afrontar adecuadamente el objeto de este trabajo. No obstante, acudir a la doctrina alemana para el estudio del concepto de acción requiere tomar consciencia de la diferente conformación de las figuras penales en los Códigos alemán y español, en la medida en que ello supone un punto de partida diferenciado.

1 ROIG TORRES, M.: *El concurso ideal de delitos*, Valencia, 2012, p. 66.

El Código penal alemán se refiere a la problemática de la unidad y la pluralidad de acciones (*Tateinheit-Tatmehrheit*) en los párrafos 52 y 53. De tal manera que el § 52 StGB define al concurso ideal de delitos como “una única acción” que lesiona varias normas penales o, bien, varias veces la misma norma penal, mientras que el § 53 sienta las bases del concurso real al referirse a la realización de varios hechos delictivos que son juzgados conjuntamente². En el caso del Código penal español será el artículo 77 el que contenga la regulación del concurso ideal de delitos al hacer alusión a “un hecho” que constituya “dos o más infracciones”. Por otro lado, el artículo 73 CP se referirá al concurso real al determinar la aplicación del principio de acumulación para resolver los supuestos de diversidad de infracciones típicas.

Respondiendo a la terminología utilizada por el legislador y a la hora de definir cuáles son los elementos del tipo que deben ser tenidos en consideración a los efectos de discernir sobre la base fáctica del concurso de delitos, existe consenso en la doctrina alemana en señalar que la “acción” a la que se refiere el § 52 StGB se corresponde con la realización de la conducta descrita en el tipo penal con exclusión del resultado³. De esta manera, el número de acciones desarrolladas va a depender directamente del número de actuaciones volitivas existentes.

De forma contraria, tal unanimidad no existe en la doctrina española donde puede verificarse gran dispa-

ridad de criterios acerca de la interpretación que debe darse al artículo 77 CP. Esta circunstancia es propiciada por el legislador español en la medida en que, al referirse a la unidad valorativa que debe ser considerada como sustrato del concurso ideal de delitos, rechaza la utilización del término “acción” para recurrir a la expresión “hecho”. Consecuentemente, las discusiones en esta materia se centran en determinar el alcance que debe darse a la terminología escogida por el legislador. Respecto a esta problemática, un sector doctrinal sugiere la necesidad de identificar al término “hecho” como un sinónimo de “acción”. Esta postura coincide, por tanto, con la doctrina mayoritaria alemana, e implica que el término “hecho” abarque sólo la conducta típica sin tener en cuenta el resultado exterior que la misma produce⁴.

De forma contraria, una segunda propuesta sugiere que en el momento en que el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varios resultados típicos materiales, este comportamiento externo tiene el sentido de realización en el mundo empírico de varias causaciones que suponen, a su vez, hechos típicos distintos. Consecuentemente, la unidad de hecho debería definirse en función de la causación dolosa de un resultado⁵. Se trataría, por tanto, de diferenciar el significado de “hecho” con respecto al de “acción”, admitiendo que el mismo abarca no sólo el comportamiento típico sino también el resultado de dicha conducta. A favor de esta idea, los defensores de esta teoría argumentan

2 “§52 Tateinheit (1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt. (...)”

“§53 Tatmehrheit (1) Hat jemand mehrere Straftaten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, und dadurch mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Geldstrafen verwirkt, so wird auf eine Gesamtstrafe erkannt. (...)”

3 Por todos: MAURACH, R., GÖSSEL, K. H. y ZIPF, H: *Derecho Penal. Parte General*, vol. 2 (Traducción de la séptima edición alemana por Jorge Boffill Genzsch), Buenos Aires, 1995, p. 522. En este sentido, el autor sostiene que lo decisivo no será el número de los resultados ocasionados sino el número de las acciones dañosas del bien jurídico. Al respecto, en la doctrina alemana destaca la original propuesta realizada por Puppe. Esta autora sostiene que debe identificarse la “unidad de hecho” con “unidad de tipo”, por lo que existirá pluralidad de hechos cuando la misma acción satisfaga los requisitos de diversos tipos. De esta manera, para Puppe el parentesco de la ilicitud de las leyes realizadas fundaría la unidad de acción y su ausencia daría lugar a la pluralidad de ellas. PUPPE, I.: *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlín, 1979, p. 128.

4 En este sentido: TORRES-DULCE LIFANTE, E.: “El concurso ideal de delitos: una aproximación doctrinal y jurisprudencial”, en *Unidad y pluralidad de delitos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 79. SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p. 148. GARCÍA ALBERO, R. en Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 6ª ed., Pamplona, 2011, p. 547. En el caso de Córdoba Roda, el autor consideraba que existía un único hecho cuando tanto la manifestación volitiva como la voluntad fueran unitarias. De esta manera, si el autor pretendía a través de su actuación causar distintos resultados, resultaba de aplicación un concurso real de delitos. Así, en el caso del encierro de varias personas, siempre que la circunstancia de la pluralidad de sujetos pasivos fuera abarcada por el dolo del autor debía dar lugar a un concurso real de detenciones ilegales. CÓRDOBA RODA, J.: “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1965, fasc. 1, p. 30. Posteriormente, el autor reconsidera su opinión, estimando que esta interpretación reduciría a la nada la figura del concurso ideal de delitos. Córdoba Roda, J. en Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G., Del Toro Marzal, A. y Casabó Ruiz, J. R.: *Comentarios al Código Penal*, T. II, Barcelona, 1972, p. 352.

5 MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 651.

que los tipos no se limitan a la descripción de conductas. Esto sólo sucede en los delitos de mera actividad pero no en los tipos de resultado material, los cuales sí requieren que se incorpore al resultado como un factor decisivo en la determinación de la unidad de hecho⁶.

Estas divergencias conceptuales implican diferencias prácticas de suma relevancia. El ejemplo paradigmático que puede explicar esta situación es la muerte de varias personas provocada mediante la detonación de un único explosivo. De esta manera, interpretar el término “hecho” como sinónimo de “acción” supondría aceptar la concurrencia de un concurso ideal de delitos homogéneo. Ello, en la medida en que esta interpretación nos llevaría a sostener que estamos frente a un único “hecho” y varios resultados materiales que suponen la múltiple infracción de una misma ley. Por otro lado, si partimos de la interpretación que identifica “hecho” con “acción” se trataría de un concurso real de delitos, ya que la existencia de múltiples resultados supondría también la multiplicidad de hechos.

No es posible negar que la aplicación del principio de asperación para resolver supuestos en los que se ocasionan varias muertes mediante una única acción puede ser vista como un privilegio injustificado si es comparado con la acumulación de penas que determinaría la consideración de un concurso real. En este sentido, y teniendo en cuenta que los resultados ocasionados se cifran en la muerte de varias personas, no parece que la cuestión de que dichas muertes sean ocasionadas mediante una o varias acciones tenga la relevancia suficiente para determinar una diferencia de pena tan significativa. Esta circunstancia podría requerir una revisión de los criterios utilizados para determinar las penas a aplicar en ambos tipos de concursos. Se trataría de responder si la cuestión de que los distintos resultados sean causados mediante una o varias acciones presenta una diferencia valorativa suficientemente significativa como para justificar una distinción de tratamiento penológico de tal entidad⁷. Esta controversia no se presenta en la legislación alemana. En este país se decidió

abandonar el recurso a la acumulación de penas para resolver el concurso real de delitos determinando, de esta forma, que la diferencia penológica entre el concurso real y el concurso ideal de delitos sea de menor entidad. No obstante, la necesidad de una revisión del marco penológico no puede interferir en la determinación conceptual de la acción.

Abogando por la interpretación diferenciada del concepto de “hecho”, JOSHI JUBERT sostiene que la utilización del término “acción” por parte del legislador alemán, ha sido el factor determinante que ha forzado a la doctrina alemana a extender artificialmente los contornos de la figura de la “unidad de acción” para poder solventar las disfunciones que originaría una interpretación restrictiva del concepto⁸. En opinión de ROIG TORRES, dicha interpretación extensiva resulta innecesaria en base a nuestra Legislación donde la utilización del término “hecho” favorece los juicios valorativos. De esta manera, tomando como punto de partida el tipo penal se puede determinar que el “hecho” va a aludir al presupuesto fáctico de los tipos, que abarca no sólo la conducta sino también el resultado⁹. Como puede observarse, se trata de posturas que pretenden circunscribir el concepto de acción a consideraciones meramente normativas negando la existencia de componentes ontológicos en esta materia.

En nuestra opinión, la irrelevancia de la utilización de una diferente terminología queda evidenciada en cuanto el legislador español en el artículo 74 CP define al delito continuado como “una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza”. Así, entendemos que no hay razón alguna para suponer que cuando el legislador español se refiere a la “acción” en el artículo 74 CP está aludiendo a un concepto con un contenido diferente al considerado en el artículo 77 CP. En este sentido, compartimos la opinión que sostiene que el criterio del resultado no puede deducirse sin más de la utilización por el legislador del término “hecho” en el artículo 77 CP¹⁰. Más allá de esta

6 MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 650.

7 No obstante, Cuello Contreras considera que desde un punto de vista de Política criminal es posible encontrar una base para justificar la diferencia de tratamiento ya que una actuación del autor reiterada y sucesiva manifiesta un *animus* o permanencia en su actitud antisocial más grave que la de quien actúa “de una vez”. CUELLO CONTRERAS, J.: “La frontera entre el concurso de leyes y el de delitos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1978, p. 35.

8 JOSHI JUBERT, U.: “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, fasc. 2, p. 618.

9 ROIG TORRES, M.: *El concurso ideal de delitos*, ob. cit., p. 93. En opinión de Joshi Jubert, el resultado forma parte del hecho porque el sujeto lo ha abarcado con su acción y porque ha tenido lugar. JOSHI JUBERT, U.: “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, ob. cit., p. 619. En el mismo sentido: SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El concurso real de delitos*, Madrid, 2001, p. 84.

10 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, Madrid, 1997, p. 94.

consideración, lo cierto es que el acaecimiento de un resultado no deja de ser un acontecimiento meramente contingente que no puede servir de base para la estimación de una acción. Asimismo, de la regulación del concurso ideal se desprende con claridad que la producción de varios resultados puede descansar en un solo hecho y, en consecuencia, la producción de varios resultados no multiplica el número de hechos.

En este trabajo se partirá, por tanto, de la interpretación de “hecho” como sinónimo de “acción”, razón por la que sólo se considerará comprendida en el término la conducta sin tener en cuenta el resultado. A partir de este criterio será necesario considerar si el concepto de unidad de acción sólo puede ser determinado respondiendo a criterios jurídicos o si, por otro lado, deberán ser tenidos en consideración aspectos ontológicos que den lugar a unidades pre-jurídicas de acción.

III. SUPUESTOS DE UNIDAD DE ACCIÓN

Muchas son las teorías que a lo largo de los años han intentado proponer un criterio definitivo que permita deslindar cuándo nos encontramos frente a una única acción o a una multiplicidad de acciones. En algunos casos se ha pretendido dar prioridad al aspecto subjetivo de la conducta y en otros al aspecto normativo. Sin ignorar las diferencias que se presentan entre las propuestas de los distintos autores, se señalarán a continuación las principales figuras que pueden dar lugar a una unidad de acción ya sea natural o jurídica.

1. Unidad de acción en sentido natural (*Handlung im natürlichen Sinn*)

Existe consenso en la doctrina en definir a la “unidad de acción en sentido natural” como un movimiento corporal dirigido por una manifestación de voluntad (*Willensbetätigung*)¹¹. En este sentido, también

es posible hablar de una única “resolución volitiva” (*Willensentschluß*) que se transforma en un movimiento corporal y donde dicha resolución sólo hace alusión al impulso de la voluntad¹². Se trataría del supuesto en el que un autor dispara sobre una persona provocándole la muerte. De acuerdo a la legislación alemana —o incluso a la española en caso de interpretar el concepto de “hecho” como sinónimo de “acción”—, resultaría indiferente a cuantas personas alcanza el disparo. De esta manera, si el movimiento corporal que realiza el disparo lograra lesionar a dos o más personas, es decir, si concurriera más de un resultado, seguiríamos hablando de una “unidad de acción en sentido natural”¹³.

A partir de este concepto, debemos considerar que cuando se llevan a cabo varios actos en sentido natural estos podrán ser reunidos en una sola acción, ya sea desde una perspectiva natural, definiendo la unidad de acción de acuerdo a lo que aparece como unidad a los ojos de un tercero, o desde una perspectiva jurídica¹⁴, es decir, a partir de los tipos legales¹⁵.

2. Unidad típica de acción. (*Tatbestandliche Handlungseinheit*)

Bajo esta denominación se engloban una serie de supuestos en los que la unificación de los distintos movimientos corporales viene determinada en función del tipo aplicable. Por tanto, no se tratará de una unión “natural”, sino determinada por la formulación legal de los tipos penales¹⁶. Así, una primera opción se presentará con aquellas normas en las que es conceptualmente necesario que existan varias manifestaciones de voluntad¹⁷. En referencia a estos supuestos y, tal como indica JESCHECK, el cumplimiento de los requisitos mínimos del tipo legal es siempre una acción única, aunque sea posible descomponer el comportamiento en varios actos individuales¹⁸. Frente a este grupo de casos existen otros supuestos en los que el tipo penal no requiere tal mul-

11 Por todos: BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und Ordnungswidrigkeiten. Eine Untersuchung aus Anlaß des Plenarbeschlusses BGHSt 40, 138*, Berlin, 2000, p. 38.

12 ESCUCHURRI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada, 2004, p. 370.

13 Por otro lado, en caso de decidir que el “hecho” abarca tanto la conducta típica como el resultado, este supuesto debería ser tratado como un concurso real, en la medida en que estaríamos frente a varios hechos que darían lugar a varias infracciones legales.

14 Ello es posible en la medida en que el legislador en el §52 no aclara qué se debe entender por una acción. ESCHELBACH, R., en Satzger, H., Schluckebier, W y Widmair, G. (ed.): *StGb. Strafgesetzbuch*, 2ª edición, Colonia, 2014, p. 472.

15 ESCUCHURRI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes...*, ob. cit., p. 370.

16 WEGSCHEIDER, H.: *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zu materielle rechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen“*, Berlin, 1980, p. 37.

17 SCHMITT, R.: “Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1963, vol. 75, p. 46.

18 JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Traducción de la quinta edición por Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002, p. 766.

tipicidad pero donde la descripción típica admite esta unificación. Por tanto, en ambas modalidades se tratará de una pluralidad de manifestaciones volitivas que suponen la realización de una única tipicidad¹⁹. De acuerdo a esta definición pueden ser resueltos a través de la unidad típica de acción los siguientes grupos de casos:

- 1) *Delitos complejos*. También “llamados delitos de varios actos” (*mehraktigen Delikte*). En estos supuestos el tipo está formado por varios hechos en sentido natural, por lo que la pluralidad de comportamientos resulta imprescindible para la realización del tipo. Es el caso del robo con violencia o intimidación que requiere necesariamente para su consumación el apoderamiento de una cosa mueble ajena y el despliegue del medio comisivo, que puede concretarse en la utilización de violencia o intimidación.
- 2) *Tipos mixtos alternativos*. En estos casos un mismo precepto reúne varias modalidades típicas las cuales carecen de independencia, de forma que la realización típica puede verificarse frente a la concurrencia de una o varias de ellas. Consecuentemente, la realización de varios actos sigue constituyendo una unidad típica. En esta clasificación encontramos el delito de atentados genéricos contra el medio ambiente del artículo 325 CP, que incluye una gran variedad de conductas típicas entre las que se encuentran la realización de vertidos

de sustancias tóxicas o la emisión de ruidos nocivos²⁰.

- 3) *Delitos permanentes*. Se trata de supuestos en los que el autor debe llegar a un estado antijurídico. De tal manera que tanto los actos que sirven para crear dicho estado antijurídico, como aquellos que contribuyen al mantenimiento del mismo, los que lo quiebran, así como los actos omisivos que no le ponen fin, conforman una unidad de acción²¹. En consecuencia, cuando los actos que se llevan a cabo en el trascurso del delito permanente dan lugar, por sí mismos, a la realización de otros tipos delictivos, la unidad típica de acción puede conducir a un concurso ideal de delitos en la medida en que será posible hablar de una única acción y varias infracciones legales²². En este sentido, es necesario considerar cuál será la solución adecuada cuando se verifique más de una infracción legal en el trascurso del delito permanente. Así, se presenta la posibilidad de recurrir al llamado “efecto abrazadera” (*Klammerwirkung*)²³. Se trataría de dos hechos típicos independientes entre sí (los delitos instantáneos) pero unidos cada uno de ellos en relación de concurso ideal con un tercero (el delito permanente), de forma tal que se podría considerar la existencia de una unidad delictiva entre los tres supuestos típicos²⁴.

19 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 115.

20 Esta categoría se contrapone a los llamados “tipos mixtos acumulativos” en los que la realización de varias modalidades da lugar a varios delitos.

21 BUBMAN, H., en Matt, H. y Renzikowski, J.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, 2013, p. 511. ESCUCHURIAISA, E.: *Teoría del concurso de leyes...*, ob. cit., p. 385.

22 MANNZEN, W.: “Zur Theorie der erweiterten Handlungseinheit”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1935, vol. 54, p. 230.

23 Al respecto, ver: JESCHECK, H. H.: “Die Konkurrenz”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1955, vol. 69, p. 539. BUBMAN, H., en Matt, H. y Renzikowski, J.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., p. 515. GEPPERT, K.: “Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§52 bis 55 StGB)”, en *Juristische Ausbildung*, nº 4, Berlin-Nueva York, 1982, p. 370. WEGSCHEIDER, H.: *Echte und scheinbare Konkurrenz...*, ob. cit., p. 40. PUPPE, I.: *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, ob. cit., p. 201.

24 En orden a considerar la conveniencia de recurrir a la solución del llamado “efecto abrazadera”, es necesario señalar que la admisión del mismo y la consiguiente configuración de un concurso ideal entre el delito permanente y los delitos instantáneos ha despertado el recelo de una parte de la doctrina en la medida en que podría implicar una atenuación de la responsabilidad que podría ser considerada como una privilegiación excesiva de la criminalidad. WARDA, G.: “Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre”, en *Juristische Schulung*, Munich-Berlin y Frankfurt, año 4, 1964, p. 88. Esta circunstancia ha llevado a la Jurisprudencia alemana a desarrollar criterios que permitan acotar el recurso a esta opción. De esta forma, se determinó que la admisión de esta figura debe estar condicionada al hecho de que entre el delito que abraza y los delitos abrazados exista una equivalencia valorativa aproximada manteniéndose también esta posibilidad cuando el que abraza es el delito más grave. Posteriormente, este criterio fue matizado y la Jurisprudencia más reciente sostiene que tampoco decae el efecto de sujeción si uno de los dos delitos autónomos es más grave que el que sirve de nexo de unión para la unidad de hecho (BGH 33, 4. 7). Al respecto: WARDA, G.: “Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit”, en Herzberg R. D. (dir.): *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, p. 254. En la doctrina, la propuesta más respetuosa con las reglas del concurso es la sugerida por Jakobs. Este autor sugiere establecer una pena para los delitos en pluralidad de acciones, de acuerdo al concurso real y luego completar la pena con el concurso ideal que existe con el delito común. En opinión de este autor, se trata de la solución que permite tener en cuenta tanto el concurso ideal de los delitos instantáneos con el común, como la pluralidad de acciones de

4) *Delitos con conceptos globales o descripciones globales de acción* (*Delikte mit Sammelbegriffen o Pauschaldelikt*). Existen normas penales que describen complejos de acción como si se trataran de un único hecho. Son supuestos en los que el legislador decide reducir distintos actos a un mismo bloque. Esto sucede en los llamados “delitos de organización”, donde la descripción de la conducta realizada en el tipo consiste en una actividad genérica y comprende todos aquellos comportamientos que se verifiquen en el ámbito del rol que la misma determina, pero sólo mientras no se verifique una fractura sustancial. Así, la pertenencia a una organización delictiva podría abarcar todos los actos de colaboración que sean realizados en el marco de esta asociación²⁵. En esta clasificac-

ción también es posible incluir delitos tales como el genocidio, el tráfico de drogas o el contrabando²⁶.

Resulta necesario señalar que la unidad así determinada se vería interrumpida en caso de que el sujeto obtenga en su totalidad el fin que persigue con su conducta o, bien, por la concurrencia de largos intervalos sin realizaciones típicas²⁷.

3. La llamada “unidad natural de acción” (*Natürliche Handlungseinheit*)

Se trata de una figura sumamente polémica y cuya utilización en la práctica no ha sido uniforme. Originalmente, el Tribunal Supremo alemán puso el acento del concepto de “unidad natural de acción” en el aspecto exterior del suceso. De acuerdo a esta concepción, lo

los delitos independientes. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, 1997, p. 1107.

25 De tal manera, todos los delitos cometidos en el marco de una organización delictiva podrían ser considerados como una única acción y entrar en concurso real con el delito del artículo 570 bis CP (es el caso del miembro de una banda delictiva que da muerte a varios sujetos para dar cumplimiento a los fines de la organización). No obstante, no existe consenso acerca de esta cuestión. Así, mientras en España la doctrina mayoritaria defiende la existencia de un concurso real de delitos (MARTÍNEZ GARAY, L.: “El nuevo delito de pertenencia a ‘organizaciones y grupos criminales’ (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 7, 2007, p. 33; MARTÍNEZ PARDO, V. J.: Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial, Madrid, 2013, p. 259), en Alemania la Jurisprudencia se ha manifestado abiertamente a favor del concurso ideal (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 29, 288). También son numerosos los autores que en el país vecino se han pronunciado a favor de esta opción (GRÜNDWALD, G.: “Der Verbrauch der Strafkraft bei Verurteilungen nach den §§129, 129 a StGB”, en Kaufmann, A. (ed.): *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am. 7. Dezember 1978*, Munich, 1979, p. 740; LAMPE, E. J.: “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1994, nº 106, p. 734. En contra: MAURACH, R., Gössel, k. h. y Zipf, H.: *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, p. 570, quien considera que esta opción supone un privilegio injustificado para los delinquentes). En este orden de cosas, es necesario señalar que el delito de pertenencia o dirección de una organización criminal del §129 StGB está configurado como un delito permanente, al menos en algunas de sus modalidades típicas, como es el caso de la colaboración y la dirección de la organización, por lo que estos casos comparten la problemática propia de esta categoría. Se trata de figuras en las que el mantenimiento de la situación antijurídica creada por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo que en cierta medida es posible sostener que el hecho se renueva permanentemente. (A favor: RUDOLPHI, H. J., HORN, E. y otros: SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Colonia, 2012, §129 StGB Rn. 33. KRAUB, M.: en Laufhütte, H. W., Rissing van Saan, R. y Tiedemann, K. (ed.): *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlin, 2009, p. 375. En contra: WERLE, G.: “Konkurrenz und Strafkraftverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich y Frankfurt, 1980, p. 2674, quien considera que se trataría de un delito que se realiza por intervalos temporales, esto es, “a golpes” —“stopßweise”—). En el concreto caso de la figura de pertenencia a una organización criminal, puede afirmarse que este delito se consuma en el mismo momento en que el sujeto se incorpora a la organización de acuerdo a los requisitos exigidos en el tipo, situación que origina la lesión del bien jurídico y que se mantendrá mientras el agente continúe con su actividad. Así, teniendo en cuenta que el delito permanente es un supuesto de unidad típica de acción, todos los actos que sirven para crear el estado antijurídico y que contribuyen al mantenimiento de este estado conforman una unidad de acción. De forma que cuando el sujeto lleva a cabo una actividad ilícita en el marco de la organización —y concuerda precisamente con la finalidad de la misma—, no está realizando el hecho simplemente “con ocasión” del delito permanente, sino que está cumpliendo con la exigencia típica de “participar activamente” o “formar parte”, y con ello está prolongando la situación antijurídica propia del delito de pertenencia a la organización criminal. Consecuentemente, entendemos que la relación que se plantea es de concurso ideal. En este sentido: ZIFFER, P.: “El delito de asociación ilícita frente al ‘Derecho penal en expansión’”, en Cancio Meliá, M. y Pozuelo Pérez, L.: (coords.): *Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra, 2008, p. 515 (en relación al delito de asociación ilícita incorporado al Código penal argentino).

26 No obstante, frente al tráfico de drogas y al delito de contrabando, la doctrina y la Jurisprudencia alemanas suelen utilizar la denominación de “unidad de valoración” (*Bewertungseinheit*). ESCHELBACH, R., en Satzger, H., Schluckebier, W y Widmair, G. (ed.): *StGB. Strafgesetzbuch, ob. cit.*, p. 476.

27 STEINMETZ, J., en Dölling, D., Duttge, G. Y Rössner, D.: *Gesamtes Strafrecht. StGB/StPO. Nebengesetze*, Baden-Baden, 2013, p. 509.

decisivo era que los actos apareciesen como una unidad para un tercero imparcial²⁸. Con posterioridad, el Tribunal comenzó a exigir que se verificara una resolución unitaria (*einheitliches Tatenschlusses*). Así, el concepto tradicional de “unidad natural de acción” pasó a requerir que “los distintos actos parciales se hallaran conducidos por una resolución de voluntad unitaria y se encontraran en una conexión temporal y espacial tan estrecha que fueran vistos como una unidad por un espectador imparcial”²⁹.

Es necesario señalar que la obra de referencia en esta materia es, sin duda alguna “*Die natürliche Handlungseinheit*” escrita por el Profesor MAINWALD en 1963. En este estudio, el autor aclara que la unidad natural de acción sirve a un doble propósito³⁰. Por un lado, permite distinguir al concurso ideal del concurso real. Desde esta perspectiva la citada figura permitirá determinar cuándo varios movimientos corporales, que producen distintas infracciones de la Ley, pueden ser reunidos en una única acción para poder fundamentar la existencia de un concurso ideal de delitos³¹. Siguiendo este criterio, la Jurisprudencia alemana ha determinado la concurrencia de un concurso ideal procediendo a reunir en una única acción todos los distintos delitos que un ladrón comete durante su huida de la policía, como puede ser el robo de un vehículo o la conducción del mismo realizada de forma temeraria, entre otros³².

Considerando una segunda posibilidad, la “unidad natural de acción” también tendría la potencialidad de permitir la diferenciación entre el concurso real y supuestos de realización única del tipo. Esta es precisa-

mente la dimensión de la figura que resulta relevante para resolver los casos de realización iterativa del tipo penal. Así, esta construcción permitiría reunir en una única acción varios movimientos corporales que de forma sucesiva realizaran varias veces un mismo tipo penal. Con ello, la “unidad natural de acción” solucionaría la problemática que deriva de la abstracción conceptual del tipo, que sólo aclara si el autor ha realizado el injusto típico pero no cuántas acciones representan una realización típica. El ejemplo que puede ilustrar esta situación de forma más sencilla es la repetición de golpes que suministra un autor a una misma víctima de forma continuada, donde cada uno de los movimientos satisface los requisitos de un tipo penal y puede dar lugar, por sí mismo, a una infracción de la ley. Consecuentemente, aplicando la figura de la “unidad natural de acción” sería posible sostener que nos encontramos frente a una única “acción” y frente a un único delito.

En referencia a esta segunda constelación del problema, es necesario señalar que son muchos los autores que consideran que esta figura no está determinada de forma exclusiva por una consideración “natural” y, por lo tanto, pre-jurídica, sino también por el tipo delictivo aplicable en cada caso³³. En este sentido, Mainwald señala que la reunión de una iteración típica en una unidad de acción no está determinada por una contemplación social pre-jurídica sino por específicas consideraciones jurídicas³⁴. Así lo expresa también, JOSHI JUBERT quien manifiesta que la presencia de unidad de acción dependerá de una valoración jurídica que únicamente puede proporcionar el sentido de los tipos legales³⁵. De esta manera, la unidad natural de acción

28 En contra de este criterio: KINDHÄUSER, U.: “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit - BGH, NJW 1984, 1568”, en *Juristische Schulung*, Munich y Frankfurt, 1985, p. 105. Al respecto también ver: ESCUCHURRI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes...*, ob. cit., p. 370.

29 No obstante, una modificación del plan del autor, o su complementación durante la realización del hecho no impide la consideración de la “unidad natural de acción”. FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 61ª ed. Munich, 2014, p. 451. (En este sentido ver la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 3 de diciembre de 1998. BGH 4 StR 606/98).

30 MAINWALD, M.: *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1967, p. 113 y ss. También al respecto ver: CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, p. 12.

31 Sobre este particular, también ver: ESCUCHURRI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes...*, ob. cit., p. 402.

32 BGHSt 4, 219 (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*). Se trata de un ejemplo cuya calificación jurídica ha sido muy controvertida ya que en general la doctrina se ha manifestado en contra de la solución del concurso ideal. Al respecto: SCHROEDER, F. C.: “Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten”, en *Juristische Ausbildung*, Berlin, 1980, nº 5, p. 240.

33 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 115. Según la opinión de este autor, el concepto pre-jurídico será utilizado para la primera dimensión del problema, es decir, para la delimitación entre los supuestos de concurso real y concurso ideal de delitos. Sobre el tratamiento de esta problemática en Alemania ver: SCHROEDER, F. C.: “Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit...”, ob. cit., p. 241. En contraposición, Werle señala que también en la figura de la unidad típica de acción puede verificarse una unidad natural. WERLE, G.: *Die Konkurrenz bei dauerdelikt, Forsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Berlin, 1981, p. 28.

34 MAINWALD, M.: *Die natürliche Handlungseinheit*, ob. cit., p. 76.

35 JOSHI JUBERT, U.: “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, ob. cit., p. 613.

tendría también un componente normativo en la medida en que se trataría de un problema de interpretación del tipo³⁶. Así, esta figura serviría para la corrección de la redacción de los tipos penales aclarando cuando la repetición de la realización típica debe ser considerada en unidad de acción³⁷. Como consecuencia de esta reflexión, el sector doctrinal mencionado prefiere utilizar para la figura la denominación de “unidad típica de acción en sentido amplio”³⁸. En este sentido, Mainwald sostiene de la “unidad natural de acción” es, en realidad un supuesto de “unidad jurídica de acción”³⁹.

En nuestra opinión, resulta innecesario recurrir a una denominación tan confusa como la propuesta. Si bien es indudable que, tal como se ha indicado, también en la unidad natural de acción puede verificarse una dimensión normativa, las diferencias con los supuestos de unidad típica de acción son aún notables. Así, es posible señalar que mientras en los casos de unidad típica es el mismo tipo penal el que determina la necesidad de proceder a una valoración unitaria, ello no sucede en los casos de unidad natural. Así, dentro del grupo de supuestos que son considerados como “unidad típica de acción en sentido estricto” (incluso en aquellos casos en los que la descripción de la conducta no exige la multiplicidad de manifestaciones de voluntad como sucede, por ejemplo, en los tipos mixtos alternativos) es posible sostener que es la propia redacción de la Ley la que, por sí misma, sugiere tal unidad.

Ello no sucede en los casos de unidad natural, donde el tipo no es condición suficiente para proceder a la unificación, siendo necesario recurrir a la presencia de otros elementos, como la unidad de injusto o la unidad

de culpabilidad. Consecuentemente, en los supuestos de unidad típica de acción es frecuente que la Jurisprudencia determine la valoración unitaria de las conductas, incluso cuando la comisión de las mismas se ha extendido durante años, como sucede en el ámbito del tráfico de drogas, o el blanqueo de capitales⁴⁰. Esta opción no es asumible en los supuestos de unidad natural de acción, donde es imprescindible un estricto cumplimiento de los requisitos de la figura, al carecer dicha unión de respaldo típico. De tal manera que es posible sostener que en estos casos la redacción legal se limita —únicamente— a “no impedir” la unidad de las distintas manifestaciones de voluntad⁴¹.

Al respecto, sostiene MAINWALD que en realidad resulta irrelevante la forma en que se lleva a cabo la descripción típica de la conducta prohibida, es decir, si el legislador describe los hechos de forma breve, sencilla o si, en cambio, incluye en la figura complejos trascurros de acción porque en la vida social estos comportamientos a menudo se manifiestan de esta forma. De tal manera que lo que resultaría decisivo es la intensidad de la lesión del bien jurídico y no el número de manifestaciones externas en las que el acto se divide⁴². No podemos compartir esta tesis. Por otro lado, entendemos que el principio de legalidad determina la necesidad de atenerse al texto legal en todos sus aspectos. En nuestra opinión, el legislador a través de la descripción de las conductas típicas establece ciertos supuestos donde es prescriptivo proceder a una valoración conjunta y que vienen determinados por la naturaleza misma de las actividades prohibidas, mientras que en el resto de casos, no existiendo una determinación legal precisa, será necesario recurrir a criterios mera-

36 En este sentido: BUBMAN, H., en Matt, H. y Renzikowski, J.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., p. 509.

37 MAINWALD, M.: *Die natürliche Handlungseinheit*, ob. cit., p. 77.

38 Así, Escuchurri Aisa propone prescindir de la acción en sentido natural y tomar como punto de partida los tipos legales. ESCUCHURRI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes...*, ob. cit., p. 396. En el mismo sentido, García Albero sostiene que la unidad natural de acción responde a “criterios normativos deducidos de una interpretación teleológicamente orientada a los tipos”. GARCÍA ALBERO, R.: “Sobre la denominada ‘unidad natural de acción’ (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1994, fasc. II, p. 238. También al respecto, Soler sostuvo que este problema no puede resolverse sobre la base de una consideración naturalística sino que parece dependiente del “poder de absorción” de que estén dotadas las figuras penales. SOLER, S.: *Derecho penal argentino*, 5ª edición, Buenos Aires, 1987, p. 353. Por su parte, Carranza Tagle considera más adecuado hablar del “poder de focalización” de los tipos penales. De acuerdo con este criterio, la cuestión de la unidad o pluralidad de hechos dependería de cómo es enfocado el suceso humano fluente por las figuras que lo describen. CARRANZA TAGLE, H. A.: *Introducción al Concurso de delitos. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 195.

39 MAINWALD, M.: *Die natürliche Handlungseinheit*, ob. cit., p. 77. En el mismo sentido: CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 100.

40 Al respecto: BUBMAN, H., en Matt, H. y Renzikowski, J.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., p. 511.

41 Aunque el autor llega a una conclusión diferente (considerando que el tipo penal es, en todo caso, la base para determinar la unidad de acción), Mir Puig también señala que el tipo debe “permitir” y aconsejar la estimación unitaria. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 650.

42 MAINWALD, M.: *Die natürliche Handlungseinheit*, ob. cit., p. 70.

mente lógicos que no sean contrarios a las prescripciones legales.

Dejando de lado el problema de la nomenclatura y en cuanto a los elementos necesarios para la aplicación de esta construcción, existe cierto consenso a la hora de determinar los requisitos que deben estar presentes para proceder a la aplicación de la “unidad natural de acción”. Así, desde un punto de vista objetivo se requiere que los hechos se lleven a cabo con una cierta unidad espacio-temporal y que se pueda sostener la existencia de un “injusto unitario”. Por otro lado, y desde una perspectiva subjetiva se requerirá “unidad de culpabilidad”. Como podremos observar, la determinación de la concurrencia de estos elementos reviste especial dificultad en vista a la ambigüedad de su formulación.

- 1) *Unidad espacio-temporal*. En virtud de este requisito será necesario que los distintos actos que componen la unidad se desarrollen en un reducido espacio de tiempo, de forma que puedan ser vistos como una unidad por un tercero imparcial. No obstante, no existe consenso acerca de qué extensión temporal es admisible para la aplicación de la figura. En este sentido, se ha señalado que la Jurisprudencia alemana suele resolver la aplicación de la unidad natural de acción cuando los hechos se suceden con una distancia temporal máxima de 30 minutos⁴³.
- 2) *Unidad de injusto*. De acuerdo a este requerimiento, para proceder a aplicar la figura será necesario que con la repetición del comportamiento típico la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sólo llegue a experimentar una progresión cuantitativa. En consecuencia, el resultado de dicho comportamiento debe poder ser definido como un resultado delictivo conjunto⁴⁴. Esta situación solo podrá verificarse atendiendo a la naturaleza del bien jurídico afectado y cuando el injusto sea susceptible de graduación o ampliación cuantitativa⁴⁵. Se trata,

indudablemente, de una limitación importante a la posibilidad de aplicar la figura y que requerirá, además, de un pormenorizado análisis de cada ámbito delictivo para poder determinar si la misma resulta aplicable.

En este sentido y planteando una primera clasificación de bienes jurídicos, se ha pretendido diferenciar la posibilidad de verificar este incremento cuantitativo del injusto en supuestos de bienes eminentemente personales y bienes patrimoniales. Así en referencia al primer caso, se ha sostenido la necesidad de tener en cuenta el bien jurídico desde un punto de vista concreto, es decir, como bien perteneciente a una determinada persona. Ello en la medida en que desde una consideración general de estos bienes, incluso la vida humana podría ser objeto de lesión gradual⁴⁶. De acuerdo con este criterio, la repetición de la acción de golpear sólo podrá ser vista como un único delito de lesiones cuando éstos se propinen a una misma persona. En este caso, se podrá hablar de una intensificación cuantitativa de la lesión del bien jurídico “integridad física” y de un único resultado globalmente considerado.

Por otro lado y en relación a los bienes de carácter patrimonial, podría aceptarse la unidad de infracción cuando la reiteración del tipo afecte a varios titulares, por lo que se tendría en cuenta el bien jurídico en un sentido general⁴⁷. De esta manera, sería posible hablar de un único delito de hurto cuando el autor sustraiga, en una misma ocasión, bienes pertenecientes a varios sujetos.

- 3) *Unidad de culpabilidad*. Esta expresión se refiere a la necesidad de que concurra una situación motivacional unitaria⁴⁸. La doctrina se refiere también a una “unidad de voluntad”, que no debe referirse necesariamente a un fin concreto del autor⁴⁹.

43 De acuerdo a este criterio, Sowada critica la decisión del Tribunal Supremo (*Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 1995, p. 196) donde se niega la aplicación de la unidad natural de acción porque los hechos enjuiciados se extendían a lo largo de una hora. En opinión del autor, esta decisión no está justificada y resulta contradictoria con respecto a la Jurisprudencia anterior, especialmente teniendo en cuenta que una compresión temporal extrema solo suele ser asumida por los Tribunales cuando se ven afectados bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a distintos sujetos. SOWADA, C.: “Die Natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft”, en *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1995, p. 466.

44 JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 1082.

45 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 123.

46 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 123.

47 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 123.

48 JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 767.

49 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 38.

Por tanto, en virtud de los elementos que la componen, se suele recurrir a la “unidad natural de acción”, para solucionar los siguientes grupos de supuestos:

- 1) *Casos de realización sucesiva o progresiva del tipo penal.* (*sukzessive Tatbestandsverwirklichung*). Se trata del supuesto de varias tentativas fallidas que acaban finalmente en la consumación del delito. Nos referimos, por tanto, a aquellos supuestos en los que el autor se dirige contra la misma víctima o el mismo objeto en una unidad espacio-temporal hasta que el delito se completa⁵⁰. En estos casos se exige, además, que el trascurso global del hecho aparezca como el resultado de una misma situación de motivación del autor⁵¹. Podría procederse, por tanto, a la unificación de los hechos en una unidad natural de acción, si el autor que intenta matar a la víctima con una pistola que se encasquilla en el momento del disparo, recurre a un cuchillo para dar muerte al sujeto. Por otro lado, esta construcción no sería de aplicación, si luego del primer intento transcurre un tiempo excesivo en relación a la segunda tentativa, por lo que en lugar de unidad de resolución deba afirmarse la existencia de una resolución renovada.
- 2) *Supuestos de identidad total o parcial en la ejecución de los hechos.* La unidad también puede presentarse frente a supuestos en los que, al menos una parte de la conducta descrita en el tipo, satisface las exigencias de otro tipo delictivo. Esta situación puede darse, por ejemplo, cuando se comete un robo con violencia del cual deriva un delito de lesiones. De esta forma, el medio comisivo propio de la violencia que es necesario para satisfacer las exigencias del tipo del robo, es también el que da lugar al delito de lesiones⁵². Asimismo, podría hablarse de “unidad natural de acción”, frente a nuevos hechos delictivos que se produzcan en el período comprendido entre la consumación y la terminación de un delito, en la medida en que también se verifique el requisito de la unidad de voluntad espacio-temporal. Sería el caso de un ladrón que, habiendo consumado su delito mediante la utilización de fuerza en las

cosas, durante su huida de la casa da muerte al perro guardián que la protege. De la misma forma, se verificaría una unidad natural, si la muerte del perro se llevara a cabo durante la fase de tentativa, es decir, mientras el ladrón intenta entrar en la vivienda objeto del ataque⁵³.

- 3) *Realización iterativa del mismo tipo legal* (*widerholte gleichartige Verwirklichung des gleichen Tatbestandes*). Es la forma más característica de “unidad natural de acción”. Se trata de la consecución de hechos que individualmente considerados dan lugar a la realización de un mismo tipo delictivo. De esta manera, éstos hechos podrán ser valorados como una sola acción en la medida en que se verifique entre ellos una unidad espacio-temporal por la que puedan ser vistos por un tercero como una unidad de hecho. Dentro de este grupo de supuestos encontramos, por ejemplo, la repetición de insultos a un mismo sujeto. Como se ha señalado, ésta es precisamente la problemática que da objeto a este estudio, por lo que se profundizará en su tratamiento en un momento posterior del trabajo.

IV. EL DELITO CONTINUADO

Se trata de un instituto cuya propia existencia resulta sumamente controvertida. A lo largo de los años ha respondido a fundamentos tan extremadamente lejanos como pueden ser las razones pietistas o la mera economía procesal, pudiendo llegar, incluso, a ocasionar tanto efectos perjudiciales como beneficiosos para el reo. El desarrollo que esta figura sufriera en Alemania y en nuestro país, también ha transcurrido por sendas opuestas, hasta el punto de que es posible sostener que, mientras en Alemania el delito continuado se encuentra prácticamente abolido, en nuestro país “goza de muy buen salud”.

1. El desarrollo de la figura en Alemania

A mediados del siglo XVII llegan a Alemania las prácticas italianas que, sin tener en cuenta mayores consideraciones dogmáticas sobre la naturaleza unitaria de los crímenes, recurrían a la unificación de los delitos para intentar paliar, en la medida de lo posible,

50 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 39.

51 Al respecto: ESCUCHURRI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes...*, ob. cit., p. 392.

52 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 41.

53 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 42.

la dureza de la utilización del principio de acumulación⁵⁴. No obstante, no será hasta finales del siglo XVIII cuando se utilice por primera vez el término “delito continuado”. Por entonces, esta figura será considerada como un supuesto de multiplicidad de hechos (*Tatmehrheit*), que sólo llegarán a ser valorados como una unidad a efectos de pena. Será también por entonces, cuando surjan claras en la doctrina las diferencias existentes entre la unidad y la pluralidad de hechos, por un lado, y entre el concurso real e ideal de delitos, por otro.

En los años posteriores, se llevan a cabo una inimaginable cantidad de intentos de dotar a la figura de una fundamentación teórica. De esta manera, el delito continuado fue visto como un supuesto de “unidad de delito”, como un caso de “unidad natural de acción” o, bien, como una forma privilegiada de medición de la pena. También hubo distintos puntos de vista sobre los requisitos necesarios para su formulación, de tal manera que sólo hubo consenso a la hora de decidir la conveniencia de recurrir a esta figura para la aplicación de una pena única logrando evitar, de esta forma, los indeseables efectos de la acumulación de las mismas⁵⁵.

En este contexto, resulta destacable la postura sostenida por Feuerbach, quien defendía una interpretación netamente objetiva y una consideración del delito continuado como un supuesto de multiplicidad de delitos, de forma que los mismos sólo eran vistos como una unidad a efectos de pena⁵⁶. Será MITTERMAIER quien, con posterioridad, procediera a fundar la doctrina objetivo-subjetiva. Defendiendo su postura, este autor puso de manifiesto la arbitrariedad que derivaba de la defensa de una concepción netamente objetiva e introdujo el requisito de la “unidad de resolución” (*Einheit des Entschlusses*). De acuerdo a esta formulación, el requisito subjetivo consistía en una unidad de volun-

tad que debía verificarse con anterioridad a la realización de todos los actos típicos⁵⁷.

Años después, HÄLSCHER, siguiendo a MITTERMAIER, llega a la conclusión de que el delito continuado puede ser visto no solamente como un único delito, sino también como un solo hecho, en la medida en que la unidad o pluralidad de voluntades pueden determinar también la unidad o pluralidad de hechos⁵⁸. De esta manera, la unidad de la manifestación de voluntad puede dar lugar a la presencia de un solo hecho, a pesar de la diferencia temporal que pueda verificarse entre los distintos actos. Esta interpretación del elemento subjetivo recibió el nombre de “unidad de intención” (*Einheit von Absicht*) y, con posterioridad, el de “dolo total” (*echten Gesatzvorsatz*).

Como puede observarse, muy pronto existió en la doctrina alemana la tendencia a ver al delito continuado como un caso de “unidad de delito” y de “unidad de hecho”, aunque por entonces no se procedió a aclarar si dicha unidad respondía a razones naturales o, bien, a causas netamente jurídicas⁵⁹.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la figura será aclarada con posterioridad. Así, a principios del siglo XIX, será VON LISZT quien considere que mediante el delito continuado varios hechos “en sentido natural” podrán ser unificados a través de una igualdad legalmente determinada⁶⁰. De esta manera, el fundamento material del instituto no se situará en una unidad natural de acción, sino en una valoración legal. Desde entonces, la figura de la “unidad jurídica de acción” (*rechtliche Handlungseinheit*) se convirtió en Alemania en un modelo junto a la “unidad natural” y a la “unidad típica”, existiendo amplio consenso a la hora de aceptar que el delito continuado es un caso de “unidad de acción jurídica”⁶¹. De acuerdo con esta formulación, la figura del delito continuado se encargaría de unir una multiplicidad de actos, que son independientes entre sí

54 Al respecto: ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 3ª ed., Milán, 1955, p. 362. MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. 2, Turín, 1950, p. 630.

55 Ampliamente, sobre el desarrollo de la figura del delito continuado en Alemania: BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 73 y ss.

56 FEUERBACH, A.: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1840, p. 192.

57 MITTERMAIER, C. J. A.: “Über den Unterschied zwischen vorgesetzten und wiederholten Verbrechen”, en *Neues Archiv des Kriminalrechts*, t. 2, 1818, p. 238.

58 HÄLSCHER, H.: *System des preußischen Strafrechts*, T. 1, Bonn, 1881, p. 491.

59 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 83.

60 VON LISZT, F.: “Rechtgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche” en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 6, nº 1, 1886, p. 694.

61 STREE, W. y STERBERG LIEBEN, D., en Schönke, A. y Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª edición, Munich, 2010 (Vorbemerkungen zu den §§52. Rn 30).

desde una perspectiva natural, en una sola acción en sentido jurídico⁶².

Desde entonces, la evolución del tratamiento del delito continuado —tanto por parte de la doctrina como de la Jurisprudencia— ha mantenido una variable constante: la falta de determinación de los requisitos necesarios para su aplicación⁶³. Fue precisamente esta circunstancia la causa principal para que fuera negada, una y otra vez, su incorporación al Código penal. A su vez, puede decirse que fue la falta de una regulación legal sobre la materia la que provocó que la figura sufriera el “estigma de ser cuestionable”⁶⁴.

Al respecto, especialmente destacable es la problemática que rodeara la interpretación del elemento subjetivo. Sobre estos extremos la Jurisprudencia mayoritaria requirió la constatación de un “dolo total” que debía estar presente desde el principio y que debía abarcar todos los distintos actos parciales que compusieran el delito⁶⁵. El resultado de la aplicación de esta doctrina fue una utilización restrictiva de la figura que se extendió hasta mediados de los años sesenta. No obstante, estos requisitos subjetivos estrictos fueron muy criticados. El principal punto de ataque se centró en el hecho de que los mismos limitaban el campo de aplicación de la figura únicamente a los actos que se desarrollaran en espacios de tiempo muy limitados, ya que el “dolo total” requería que el autor, en una larga serie de actos, los tuviera en cuenta a todos y a cada uno de ellos desde momento mismo del inicio de la secuencia. Dicha limitación se consideraba

un privilegio injustificado, ya que implicaba castigar con mayor dureza al delincuente ocasional, entendiéndose que era necesaria una mayor energía criminal para calcular desde el inicio la totalidad del hecho delictivo⁶⁶.

De esta manera, para favorecer una utilización más amplia del delito continuado se defendió la interpretación del elemento subjetivo como un “dolo continuado”. De acuerdo a este criterio, cada resolución del autor podría ser vista como una continuación de la anterior, de forma que sólo sería necesario que las resoluciones independientes tuvieran una línea de continuidad. Así, no sólo hubiera sido posible incluir los casos en los que los hechos se extienden en el tiempo, sino también aquellos en los que, luego de un primer suceso exitoso, el autor se siente alentado a continuar⁶⁷.

Estas críticas provocaron que el Tribunal Supremo se apartara de la consideración estricta del “dolo total” y se aproximara al “dolo continuado”. De acuerdo a la nueva interpretación del elemento subjetivo, se consideró suficiente la presencia del dolo antes de que se completase el primer acto (en lugar de que el mismo deba verificarse necesariamente con anterioridad al inicio de los actos)⁶⁸. Por otro lado, también se aceptó que el dolo estuviera referido a un objetivo general y no a la totalidad de los actos necesarios para llegar a ese objetivo⁶⁹. Este “dolo total ampliado” respondió, sin duda alguna, a la intención del Tribunal Supremo de extender la utilización de la figura respondiendo a cuestiones de mera economía procesal⁷⁰.

62 GEPPERT, K.: “Die ‘fortgesetzte Tat’ im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur”, en *Juristische Ausbildung*, Berlin, 1993, nº 12, p. 649.

63 Sobre esta problemática: GEPPERT, K.: ‘Die “fortgesetzte Tat” im Spiegel jüngerer Rechtsprechung...’, *ob. cit.*, nº 12, p. 649. KRATZSCH, D.: “Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatzdelikts”, en *Juristische Rundschau*, 1990, nº 5, p. 177. A pesar de esta dificultad, Heintschel-Heinegg señala que los requisitos exigidos por la Jurisprudencia podían ser resumidos de la siguiente forma: 1) Los actos individuales debían afectar al mismo bien jurídico; 2) La forma de comisión debía ser similar; 3) Los actos individuales debían encontrarse en un mismo contexto espacial y temporal; 4) Debía existir unidad de dolo (entendido como dolo único o continuado). HEINTSCHEL-HEINEGG, B.: “Der Fortsetzungszusammenhang”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1993, nº 5, p. 137. Al respecto y en referencia al contexto espacio temporal, Scholosky requería la concurrencia de una “continuidad”. SCHOLOSKY: “Über Tateinheit und fortgesetzte Verbrechen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1992, vol. 61, nº 1, p. 290.

64 Así, en relación al proyecto de reforma del Código penal de 1911, algunas voces defendieron la necesidad de incorporar un concepto legal de delito continuado, aunque Graf zu Dohna lo rechazó alegando la imposibilidad de dar una definición precisa. BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, *ob. cit.*, p. 90.

65 Al respecto: RAMM, R.: “Das Ende der fortgesetzten Handlung”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 1636. WOLLWEBER, H.: “Fortgesetzte Probleme der fortgesetzten Handlung”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pág 2632.

66 En contra: BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, *ob. cit.*, p. 123.

67 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, *ob. cit.*, p. 117.

68 Esta apertura se produjo con las sentencias de 24 de noviembre de 1958, 30 de junio de 1964 y 2 de junio de 1969. Al respecto: FISCHER, T.: “Entwicklungslinien der fortgesetzten Handlung ‘Tatbestand’ und ‘Typus’ in der Rechtsprechung des BGH”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 417.

69 No obstante, la resolución de “continuar siempre” (“*immer so weiter zu machen*”) no se consideraba suficiente. BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, *ob. cit.*, p. 128.

70 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, *ob. cit.*, p. 134. Al respecto, el autor considera que esta solución de compromiso que implica la aceptación de un “dolo total extendido” no está justificada.

Esta situación cambia drásticamente en el año 1994. Por entonces, el Tribunal Supremo Federal alemán en su Auto del 3 de mayo⁷¹ recoge las críticas que expresara una parte de la doctrina y decide limitar drásticamente la aplicación del delito continuado. De acuerdo al nuevo criterio solo será posible recurrir a la figura cuando fuera imprescindible la consideración de una única acción continuada para poder abarcar de modo correcto el injusto y la culpabilidad correspondiente a las distintas realizaciones del tipo, no siendo posible, en todo caso, su utilización en el ámbito del delito de estafa y de los delitos contra la libertad sexual⁷².

Será GEPPERT quien señale de forma clara y concisa las razones que llevaron al *Großes Senat* a tomar una decisión de estas características⁷³. Dichas causas son las siguientes:

- 1) Las indeseables consecuencias a las que la aplicación del delito continuado conducía en relación a la prescripción del delito.
- 2) La falta de concretización de los hechos enjuiciados por parte de los Tribunales, quienes se limitaban a aplicar la figura del delito continuado sin intentar aclarar en cuantas ocasiones se había desarrollado la conducta⁷⁴.
- 3) La falta de uniformidad de la Jurisprudencia en relación a los requisitos necesarios para aplicar la figura.

- 4) El hecho de que, en no pocas ocasiones, el perseguido efecto de “economía procesal” no se consiguiera, e incluso fuera en sentido contrario⁷⁵.

Con esta disposición, no obstante, el Tribunal Supremo alemán parece dejar la puerta abierta para la utilización del delito continuado en ciertos casos, pero no procede a aclarar en qué supuestos se podrían verificar estos requisitos. Lo cierto es que las importantes limitaciones impuestas en esta decisión cuestionan la existencia de un ámbito de aplicación de la figura, ya que cuando el Tribunal sostiene que se podrá recurrir al delito continuado por “causas de conexidad típica” se refiere a supuestos que, de todas formas, podrían ser valorados dentro de la figura de la unidad típica de acción⁷⁶. Con ello, en la práctica la figura puede ser considerada abolida⁷⁷.

Como era de esperar, no faltaron voces en la doctrina que se elevaran en contra de esta decisión. En este sentido, BRÄHLER se preguntaba si no hubiera sido preferible que, antes de resolver la práctica desaparición de la figura, el Tribunal hubiera procedido a limitar su utilización, ciñéndose exclusivamente a los casos donde se verifique un “dolo total ex ante” y, con ello, a casos sumamente excepcionales⁷⁸.

2. El desarrollo del delito continuado en España

En la Jurisprudencia española la falta de una regulación legal de la materia no impidió el nacimiento y

71 Auto de 3-5-1994-GSSt 2 y 3/93. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1994, p. 383-388.

72 “Die Verbindung mehrerer Verhaltensweisen, die jede für sich einen Straftatbestand erfüllen, zu einer fortgesetzten Handlung setzt voraus, daß dies, was am Straftatbestand zu messen ist, zur sachgerechten Erfassung des verwirklichten Unrechts und der Schuld unumgänglich ist. Jedenfalls bei den Tatbeständen der §§173, 174, 176 und 263 StGB ist das nicht der Fall.”

73 GEPPERT, K.: “Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur der ‘fortgesetzten Handlung’”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, p. 57. También al respecto, ampliamente: GEISLER, C.: “Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang- BGH —Besch. Vom 3.5.1994— GSSt 2 und 3/93”, en *Juristische Ausbildung*, nº 2, Berlin 1995, p. 74. Del mismo autor, ver: “Offene Fragen und einige Anmerkungen zur ‘Rechtswirklichkeit’ vor BGHSt 40, 138”, en Geisler, C. (ed.): *Zur Rechtswirklichkeit nach Wegfall der ‘fortgesetzten Tat’*, Wiesbaden, 1998, p. 19.

74 También al respecto: STREE, W. y STERBERG LIEBEN, D., en Schönke, A. y Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit. (Vorbemerkungen zu den §§52. Rn 30).

75 Sobre este particular, ampliamente: PREISER: “Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartiger Handlungen Einzelstrafen für verschiedenartige Handlungen einer Mehrheit”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1959, vol. 71 nº 3, p. 347.

76 GEPPERT, K.: “Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung...”, ob. cit., p. 59. En este sentido, señala Geisler que el nuevo delito continuado no es más que un sub-caso o un caso especial de unidad típica de acción en sentido amplio, entendiendo por tal a la unidad de valoración. GEISLER, C.: “Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang...”, ob. cit., p. 79.

77 STREE, W. y STERBERG LIEBEN, D., en Schönke, A. y Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit. (Vorbemerkungen zu den §§52. Rn 30). También en este sentido: Zschockelt, A.: “Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1994, p. 361. MOMSEN, C.: “Die konkurrenzrechtliche ‘Tat’ bei sukzessiver Tatausführung unter Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 199, p. 982. BOHNERT, J.: “Schuldumfang bei Serienstraftaten”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, p. 460.

78 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 130. A favor de la decisión del Tribunal: HEINTSCHEL-HEINEGG, B.: “Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafrechts”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1994, nº 12, p. 590.

desarrollo del delito continuado que fue utilizado con frecuencia por los Tribunales españoles⁷⁹. Si bien este instituto nace como una ficción destinada a eludir las reglas concursales que el Código penal contiene, lo cierto es que hasta el año 1983 la Jurisprudencia española en materia del delito continuado se movió entre dos posturas antagónicas: la teoría de la ficción y la de la unidad natural⁸⁰. Así, hubo pronunciamientos que, al apartarse de la teoría de la ficción, provocaron consecuencias nocivas para el reo. Por otro lado, y especialmente frente a cuestiones procesales sí se asumía este criterio generando lógicamente una gran inseguridad jurídica⁸¹.

Puede sostenerse que el desarrollo de la figura en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo pasó por cuatro etapas bien diferenciadas. Así, en la primera fase, la utilización del delito continuado se basó en razones meramente pietistas, por lo que sólo era utilizada cuando favorecía al reo. En un segundo momento, el fundamento se encontró en cuestiones de Política criminal, por lo que se aplicó con el fin de que no quedaran impunes conductas que siendo conocidas en su total dimensión, eran de imposible individualización por no constar las fechas, cantidades y demás detalles que caracterizaban a cada uno de los actos concretos. En una tercera etapa destacó el interés por evitar que conductas sumamente graves en su conjunto, fueran sancionadas de forma irrisoria si se inculcaban de forma aislada y por separado en virtud de la escasa cuantía defraudada a través de cada acto individual. Finalmente, ha prevalecido la idea de que el delito continuado no es una institución

con un fundamento humanitario ni un expediente de Política criminal, sino una realidad jurídica dotada de autonomía y que puede ocasionar efectos beneficiosos o perjudiciales para el reo de acuerdo a las circunstancias del caso⁸².

Precisamente, esta dualidad en los efectos jurídicos que puede provocar la aplicación del delito continuado dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1983 de 2 de noviembre. En este caso, el Tribunal tuvo que decidir sobre la posible vulneración del principio de legalidad que puede provocar la aplicación de un instituto de creación jurisprudencial que implica consecuencias negativas para el reo⁸³. Al respecto el Tribunal entendió que “la creación de la figura del delito continuado no supuso la creación de un tipo no previsto en la Ley ni la interpretación de la tipicidad existente, sino simplemente la articulación de una solución para hacer frente al problema de la pluralidad de acciones atribuida a la misma persona, cuando la regla general de la acumulación aritmética no satisface a las exigencias de la justicia. Su aplicación puede, eventualmente, perjudicar al reo, pero no lesiona ningún derecho fundamental ni choca contra el sentimiento de justicia imperante”. No obstante, la argumentación del Tribunal no deja de ser cuestionable en la medida en que el contenido del principio de legalidad no se restringe a la imposibilidad del juez de crear nuevos tipos penales, sino a una improcedencia genérica de crear Derecho; especialmente atendiendo al hecho de que la estructuración de una figura como el delito continuado excede notablemente lo que se puede considerar como

79 Ampliamente al respecto: CASTIÑEIRA M. T.: *El delito continuado*, Barcelona, 1977, p. 26.

80 CASTIÑEIRA M. T.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 19.

81 Los postulados principales de las teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del delito continuado son los siguientes: a) tesis de la unidad natural, esta teoría considera que existe una unidad natural de acción pese a la existencia de actos parciales que ya constituirían por sí mismos delitos aislados, debido a que el requisito subjetivo y la lesión conforman una unidad real y natural que no se ve alterada por la forma fracturada de comisión; b) tesis de la realidad jurídica, de acuerdo con esta teoría, el delito continuado será una realidad creada por el Derecho positivo o consuetudinario, es decir, se tratará de una unidad delictiva autónoma legal; c) tesis de la ficción relativa, el delito continuado existe en la medida en que el legislador asigna a un hecho o conjunto de hechos la disciplina jurídica de la unidad, de tal manera que la ficción podrá operar con distinta intensidad de acuerdo a la demanda jurídica que se le proponga. Así podrá aplicarse la unidad a efectos de determinación de la pena y no a otras cuestiones como la prescripción; d) tesis de la ficción absoluta, a diferencia de la tesis de la ficción relativa, para esta teoría no se trata simplemente de establecer una regla penológica especial, por otro lado será necesario que el alcance del delito continuado abarque los elementos de las diversas actuaciones delictivas del agente como una unidad, aunque sólo sea de manera ficticia, de forma que el delito continuado sería un único delito ficticio o una modalidad particular de delito complejo. Al respecto, ampliamente: CANTARERO BANDRÉS, R.: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990, p. 33 y ss. POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Granada, 2012, p. 26 y ss.

82 Al respecto: DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio continuadas”, en Quintero Olivares, G. y Morales Prats F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 185. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 23.

83 Sobre el tratamiento de esta problemática en la doctrina alemana y en las decisiones del Tribunal Supremo federal alemán, ver: BRINGEWAT, P.: “Fortsetzungstat und ‘in dubio pro reo’ BGHSt 23,33”, en *Juristische Schulung*, 1970, nº 7, p. 329.

interpretación de las normas penales, y entra directamente en el campo de acción del legislador⁸⁴.

El desarrollo de los requisitos necesarios para su aplicación no generó menos controversia ya que la falta de una regulación legal sobre la materia determinó una doctrina Jurisprudencial poco uniforme. Así, en un primer momento se consideró que auténticos casos de pluralidad delictiva dieran lugar a la “unidad de delito” siempre que se cumpliera la exigencia de indeterminación y la unidad de pensamiento o propósito⁸⁵. A partir de 1900 comienzan a exigirse otros requisitos como son la unidad de sujeto pasivo y la unidad de ocasión. Será en 1931 cuando la institución del delito continuado vaya adquiriendo firmeza en las resoluciones jurisprudenciales, estructurándose en torno a una serie de elementos: la indeterminación procesal de los hechos, la unidad de dolo, la pluralidad de acciones, la unidad de tipo y la unidad de sujeto pasivo.

Con posterioridad, la exigencia de algunos de estos elementos se va suavizando. Así, en referencia a la concurrencia de unidad de sujeto pasivo y a partir de 1950 este requisito empieza a matizarse, pasando a ser una regla que admite excepciones⁸⁶. También en la Jurisprudencia posterior se observa la tendencia a prescindir

de la indeterminación procesal⁸⁷. Por otro lado, una constante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia será la confusión entre acción única y delito continuado ya que junto a resoluciones que exigen claramente la pluralidad de acciones, se encuentran otras que se refieren a actos ejecutivos que son parte de una acción, o consideran explícitamente al delito continuado como un caso de acción única⁸⁸. No será hasta 1983 cuando se establezcan las pautas legales para la aplicación del delito continuado.

En efecto, la Ley Orgánica 6/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código penal decide la incorporación del delito continuado en la legislación española⁸⁹. Así, el nuevo artículo 69 bis disponía que sería castigado como responsable de un delito o falta continuada quien “*en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales*”⁹⁰.

La amplitud del elemento subjetivo dispuesto por el legislador dejaba clara la intención de propiciar la utilización de la figura en una multiplicidad de supuestos⁹¹. Así, la expresión “*en ejecución de un plan pre-*

84 Numerosas fueron las críticas que la doctrina dirigiera a esta decisión. En este sentido, Choclán Montalvo sostuvo que el delito continuado no puede ser resuelto a través de una simple interpretación del tipo penal, tal como sí sucede en la unidad típica de acción. De esta forma, resultaba imprescindible el reconocimiento legal de la figura para que la Jurisprudencia dejara de aplicar las reglas del concurso frente a determinados casos. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 442. A favor de la decisión del Tribunal Constitucional: SANZ MORÁN, A.: “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, en *La Ley Penal*, nº 67, enero de 2010.

85 Sentencias de 18 de junio de 1877, 18 de noviembre de 1878, 19 de enero de 1882, 11 de mayo de 1887, 13 de julio de 1894.

86 Sentencias de 20 de octubre de 1970, 12 de noviembre de 1973, 15 de octubre de 1973.

87 Sentencias de 2 de febrero de 1974, 22 de febrero de 1974, 3 de diciembre de 1974.

88 Así, la Sentencia de 9 de marzo de 1973. Al respecto: CASTIÑEIRA M. T.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 27.

89 Con anterioridad el delito continuado solo había estado regulado en el artículo 164 del Código penal de 1928 y en la Ley de Contrabando (7/1982).

90 “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior, las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”. Artículo redactado conforme a la L.O. 8/1983, de 25 de junio. El último párrafo ha sido modificado por L.O. 3/1989, de 21 de junio.

91 La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983 disponía lo siguiente: “...se introduce un nuevo precepto, el artículo 69 bis, destinado a cubrir el vacío legal existente y a fijar positivamente los elementos que no pueden faltar para la apreciación del delito continuado, que adquiere así fundamento en el Derecho positivo. Se introduce una regla de medición de pena que no tiene otro fin que castigar con mayor severidad lo que sea realmente más grave, evitando así la actual posibilidad de que el recurso al delito continuado sea aleatoriamente gravoso o beneficioso; para ello se otorga a los tribunales un amplio grado de arbitrio en la fijación del castigo y en su exasperación si lo entienden adecuado, al igual que tampoco será posible que las reglas limitadoras del concurso de delitos, o la cuantía mínima exigida en las infracciones patrimoniales para constituir el delito, se tornen en beneficios para autores de delitos masa”. Como puede observarse,

concebido” recogía la teoría del “dolo total” aplicable a aquellos supuestos donde el autor prevé y quiere desde el inicio las particulares acciones dirigidas al total resultado previsto y querido por el sujeto. Por otra parte, al indicar que también quedarán comprendidos aquellos casos en los que el autor aproveche una idéntica ocasión se estaba ampliando el ámbito de aplicación tanto a los supuestos de “dolo continuado” como a los de “culpabilidad homogénea”. Tal como se ha expresado anteriormente, en el llamado “dolo continuado” cada decisión posterior del autor debe aparecer como una consecuencia de la precedente⁹², mientras que en la “culpabilidad homogénea” el dolo y el juicio de reproche que anima al autor en cada acción deben ser homogéneos, de forma que sólo se requiere que las partes subjetivas correspondientes a cada una de las acciones sean idénticas. Habrá culpabilidad homogénea, por tanto, si el sujeto adopta igual decisión ante circunstancias idénticas o semejantes⁹³.

En relación a los elementos objetivos, el precepto se completaba exigiendo la concurrencia de la pluralidad de acciones u omisiones y la homogeneidad de la Ley violada, dejando de lado otros requisitos exigidos anteriormente por la Jurisprudencia como la unidad de sujeto pasivo o la indeterminación procesal de las acciones⁹⁴. Así, en relación al primer requisito, debía tratarse de una pluralidad de procesos ejecutivos, que independientemente considerados fueran típicos, antijurídicos y culpables. La falta de concreción legal sobre esta materia determinaba que dichas acciones u omisiones pudieran ser realizadas en tiempos y lugares

diversos siempre que estuvieran vinculadas por el elemento subjetivo y se tratara de tipos penales idénticos o semejantes⁹⁵. Por otro lado, se han mantenido diversas interpretaciones acerca de qué significado debe darse a la expresión “tipos penales semejantes”. De esta forma, podría tratarse del mismo artículo, o de delitos reconducibles al mismo bien jurídico⁹⁶.

V. ACERCA DE LA —DIFÍCIL— DIFERENCIACIÓN ENTRE LA “UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN” Y EL DELITO CONTINUADO

En la medida en que los requisitos exigidos para la aplicación de la “unidad natural de acción” y el delito continuado reúnen importantes coincidencias, la delimitación entre ambas figuras siempre ha sido especialmente complicada. A esta dificultad se añade en 1994 el nuevo escenario que plantea el Auto del Tribunal Supremo Alemán de 3 de mayo. El mismo abrió el interrogante acerca de cuál sería la solución que se brindaría en el Derecho alemán a los casos que tradicionalmente eran resueltos con la aplicación del delito continuado. Resultaba evidente que la desaparición de esta figura podía desembocar en la extensión de otros institutos afines⁹⁷.

Respecto a la primera cuestión, se ha sostenido que una delimitación clara entre ambas figuras no siempre resulta posible debido a su idéntico contenido de culpabilidad⁹⁸. Esta situación ha llevado a que, en no pocas ocasiones, este problema se haya dejado abierto en la literatura⁹⁹ o, incluso, a que la unidad natural de acción haya sido vista por algunos autores como una hermana

esta regulación no concebía al delito continuado como un recurso pietista que se correspondiera con la concepción original de la figura. Al respecto: CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 41.

92 En este sentido: TOMÁS TÍO, J. M.: “El delito continuado en el Código penal (Art. 69 bis)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1987, p. 129.

93 CASTIÑEIRA M. T.: *El delito continuado*, p. 132. En opinión de Faraldo Cabana, las diferentes ocasiones deben tener “idéntica estructura”. FARALDO CABANA, P.: “El mal llamado delito continuado. Artículo 2.4 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando”, en *Comentarios a la Legislación Penal Especial*, Valladolid, 2012, p. 118.

94 Al respecto, Castiñeira sostiene que tanto la consideración de que el delito continuado es solamente un expediente para solucionar dificultades procesales, como la idea de que la indeterminación constituye el presupuesto de la figura resultan inaceptables, ya que una circunstancia que es totalmente ajena al sujeto no puede tener una relevancia de tal entidad en la determinación de su responsabilidad jurídico-penal. CASTIÑEIRA M. T.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 176.

95 CANTARERO BANDRÉS, R.: *Problemas penales y procesales...*, ob. cit., p. 89.

96 En opinión de Castiñeira, las acciones agrupadas en un delito continuado han de ser objetivamente idénticas, resultando indiferente la denominación que se dé a tal entidad. CASTIÑEIRA M. T.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 65. En el caso de Cantarero Bandrés, la autora considera que el precepto violado podrá no ser el mismo siempre que ambas figuras legales guarden un parentesco que gire en torno al bien jurídico. CANTARERO BANDRÉS, R.: *Problemas penales y procesales...*, ob. cit., p. 103.

97 HEINTSCHEL-HEINEGG, B.: “Zur Einführung in das Strafrecht...”, ob. cit., p. 589.

98 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, ob. cit., p. 158.

99 Así lo hace Mainwald en su obra expresando que si bien la figura de la “unidad natural de acción” y el delito continuado se “encuentran en el mismo tren”, será necesario continuar profundizando en su diferenciación. MAINWALD, M.: *Die natürliche Handlungseinheit*, ob. cit., p. 79.

pequeña del delito continuado o, bien, como una continuación comprimida¹⁰⁰. Incluso, ha llegado a plantearse si, al igual que la “unidad natural de acción” el delito continuado no es también un concepto natural que deba tener una consideración obligatoria. El Tribunal Supremo alemán en su decisión de 3 de mayo de 1994 niega esta consideración sosteniendo que el delito continuado no puede ser visto como una estructura pre-jurídica que vincule necesariamente al Derecho.

A pesar de ello, esta circunstancia no resulta decisiva a la hora de plantear la diferenciación entre las dos figuras, ya que como se ha indicado con anterioridad, también en el ámbito de la “unidad natural de acción” ha llegado a cuestionarse su carácter pre-jurídico. Así, Geisler indica que lo polémico de esta figura demuestra lo poco que hay de “natural” en la misma¹⁰¹. También en este sentido, Schroeder sostuvo que la “unidad natural de acción” es todo menos natural, ya que en realidad no es más que una extralimitación de la interpretación del §52 StGB¹⁰². De esta manera, el citado autor considera que solo en ciertos casos no problemáticos podrá hablarse de una unidad de carácter “natural” mientras que el resto de supuestos deberían ser resueltos a través de la aplicación de las reglas concursales¹⁰³.

Frente a este resbaladizo punto de partida, el requisito de la unidad espacio-temporal centró, en gran parte, la atención sobre la diferenciación entre una y otra figura. Como es sabido, la “unidad natural de acción” requiere para su aplicación una estrecha relación espacio-temporal llegando, incluso, a negarse su concurrencia en algún caso por la circunstancia de que los hechos se extiendan durante más de una hora. Puede sostenerse que esta rigidez en la interpretación de la unidad natural favoreció la creación de un ámbito de aplicación propio del delito continuado. Así, esta figura podía ser utilizada para resolver supuestos donde los distintos actos dolosos se extendieran en el tiempo (*zeitlich*

gestrecker Vorsatzstaten). Si bien esta interpretación se veía limitada por la consideración del elemento subjetivo del delito continuado como un “dolo unitario”, se vio posteriormente favorecida por su extensión en el sentido de un “dolo continuado”¹⁰⁴.

Como puede observarse, interpretar el elemento subjetivo del delito continuado como un “dolo total” dificulta enormemente la diferenciación entre ambas figuras, no sólo por impedir que la acción continuada abarque los supuestos de hechos que se extienden en el tiempo, sino también por la similitud con el elemento subjetivo de la “unidad natural de acción” que se concretiza en la constatación de una voluntad única (*einheitlichen Willen*). En este sentido se expresaba MAINWALD, sosteniendo que la diferencia entre la unidad natural de acción y el delito continuado se evidencia en el ámbito de la culpabilidad, ya que en el caso del delito continuado los actos tienen un peso propio. Así, mientras que el elemento esencial de la unidad natural radica en que el autor va a realizar su voluntad delictiva en una misma ocasión en relación al tiempo y al lugar, la energía criminal del delincuente en el delito continuado conforma nuevas fracturas legales¹⁰⁵.

De esta manera, defender la exigencia de un “dolo total” puede llevar a eliminar el peso individual de los actos en el marco del delito continuado. De tal forma que aquellos autores que defienden la necesaria concurrencia de un “dolo total” reducen la diferencia entre ambas figuras a la imperativa independencia típica de los hechos individuales que debe verificarse en los supuestos de delito continuado¹⁰⁶. De esta forma, la diferencia podría radicar en el hecho de que mientras en la unidad natural de acción el autor continuaría con la misma realización típica, en el delito continuado realizaría sucesivamente el mismo tipo en un mismo contexto continuado¹⁰⁷. En este sentido señala JUNG que en el caso de la unidad natural de acción los dis-

100 SOWADA, C.: “Die Natürliche Handlungseinheit...”, *ob. cit.*, pág 465.

101 El autor completa su exposición sosteniendo que, en realidad, tanto la unidad natural de acción como el delito continuado responden a consideraciones normativas. GEISLER, C.: “Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 79. En el mismo sentido: FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, *ob. cit.*, p. 451.

102 “Die sogenannte natürliche Handlungseinheit ist damit alles andere als ‘natürlich’”. SCHROEDER, F. C.: “Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit...”, *ob. cit.*, p. 241.

103 SCHROEDER, F. C.: “Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit...”, *ob. cit.*, p. 242.

104 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, *ob. cit.*, p. 117.

105 MAINWALD, M.: *Die natürliche Handlungseinheit*, *ob. cit.*, p. 79.

106 En este sentido: BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten*, *ob. cit.*, p. 157.

107 JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General...*, *ob. cit.*, p. 1081. También en este sentido: HEINTSCHHEL-HEINEGG, B.: “Der Fortsetzungszusammenhang”, *ob. cit.*, p. 136. Así, sostiene CARNELUTTI que las ofensas y los daños causados a través de un delito continuado son múltiples. CARNELUTTI, F.: *Teoria Generale del Reato*, Padua, 1933, p. 342.

tintos actos típicos conforman un transcurso típico cerrado, cuya división resultaría artificial¹⁰⁸.

La excesiva dificultad a la hora de diferenciar ambas figuras legales evidenció las importantes consecuencias que podía ocasionar la abolición del delito continuado en el ámbito del concurso de delitos. Esta circunstancia llevó a que en la doctrina alemana se escucharan voces que sostenían: “el delito continuado ha muerto, que viva la unidad natural de acción”¹⁰⁹. Ello, en la medida en que la proximidad entre ambas figuras hacía incuestionable que la desaparición del delito continuado pudiera desembocar en una interpretación extensiva de la unidad natural de acción¹¹⁰. En este sentido, se ha planteado la posible utilización de la figura para resolver la problemática de los actos dolosos extendidos en el tiempo¹¹¹.

Fue GEPPERT quien se manifestó a favor de esta opción. Así, el autor sostuvo que estaría dispuesto a revolucionar la solución de los casos de dolo extendido recurriendo a la aplicación de la unidad natural¹¹². Para ello, el autor consideró que sería posible compensar el déficit de la cercanía temporal que sufren estos supuestos a través de la unidad de resolución de voluntad que sí puede estar presente¹¹³. En este sentido, GEPPERT se cuestiona la trascendencia real de la diferencia entre ambas figuras y se pregunta si existe una diferencia sustancial entre el hecho de escribir la continuación de un libro o escribir libros continuados¹¹⁴.

Lo cierto es que, años después de la decisión del Tribunal Supremo alemán se sostiene que la abolición del delito continuado ha supuesto un verdadero “fraude de etiquetas” en la medida en que los efectos que se lograban mediante la aplicación de esta figura, ahora también pueden conseguirse a través de otras vías, como puede ser el recurso a la figura de la unidad de valoración (*Bewertungseinheit*)¹¹⁵. En este sentido, ZIESCHANG critica la decisión del Tribunal sosteniendo que hubiera sido preferible que este órgano judicial hubiera mantenido la figura, señalando los requisitos necesarios para su aplicación y limitándola a su campo de actuación original¹¹⁶ y, en caso contrario, debería ser consecuente con la decisión tomada y proceder a tratar los casos propios del viejo delito continuado como una multiplicidad de hechos, con todas las consecuencias que de esta opción se deriven.

Como es posible observar, las enormes dificultades para la delimitación entre la unidad natural de acción y el delito continuado han provocado en Alemania un cierto escepticismo sobre su diversidad, así como un importante consenso a la hora de indicar que las consecuencias jurídicas de ambas figuras deben ser las mismas¹¹⁷, hasta el punto de que, una vez desaparecida la figura del delito continuado, se utilizan otros recursos disponibles para conseguir los mismos efectos. Esta situación no es trasladable a nuestro país donde las diferentes consecuencias jurídicas que la Legislación penal otorga a cada instituto obliga a profundizar en su necesaria diferenciación.

108 JUNG, H.: “Die fortgesetzte Handlung”, en *Juristische Schulung*, Munich y Frankfurt, 1989, p. 289.

109 SOWADA, C.: “Die Natürliche Handlungseinheit...”, *ob. cit.*, p. 465.

110 SCHMIDT-JORTZIG, E.: “Grußwort”, en Geisler, C. (ed.): *Zur Rechtswirklichkeit nach Wegfall der “fortgesetzten Tat”*, Wiesbaden, 1998, p. 12.

111 Respecto al Auto del Tribunal Supremo, Gribbohm sostuvo que esta decisión implicó la abolición de la figura del delito continuado sin aportar solución alguna sobre la unidad de acción en Derecho Penal, situación que creó una laguna legal de difícil solución. GRIBBOHM, G.: “Auf der Suche nach dem richtigen Recht”, en Böttcher, R., Hueck, G. y Jähnke, B. (eds.): *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, Berlin, 1996, p. 386. En similar sentido: GEISLER, C.: “Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 82.

112 En contra, sostiene que los casos de criminalidad en serie no deberían ser abarcados por una expansión inadecuada del alcance de la unidad natural de acción: STREE, W. y STERBERG LIEBEN, D., en Schönke, A. y Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar, ob. cit.* (Vorbemerkungen zu den §§52. Rn 30). En el mismo sentido: BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten, ob. cit.*, p. 247. En opinión de Geisler esta opción iría en contra del espíritu de la decisión del Tribunal Supremo. GEISLER, C.: “Der Beschluß des Großen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang...”, *ob. cit.*, p. 83.

113 Contra esta opinión se manifiesta Zschockelt, quien considera que la desaparición del delito continuado no demanda ninguna expansión o modificación del concepto de la “unidad natural de acción”, sino que, por otro lado, el requisito de la unidad espacio temporal debe ser mantenido. Zschockelt, A.: en Geisler, C. (ed.): *Zur Rechtswirklichkeit nach Wegfall der “fortgesetzten Tat”*, Wiesbaden, 1998, p. 36.

114 GEPPERT, K.: “Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung...”, *ob. cit.*, 1996, p. 59.

115 ZIESCHANG, F.: “Tendenzen in der Resprechung seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung”, en *Golttdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1997, p. 467.

116 ZIESCHANG, F.: “Tendenzen in der Resprechung...”, *ob. cit.*, p. 467.

117 BRÄHLER, V.: *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten, ob. cit.*, p. 160.

No obstante, también en la doctrina española encontramos opiniones que acercan notablemente el delito continuado a los supuestos de unidad de acción. En esta dirección, CHOCLÁN MONTALVO se refiere al delito continuado como “unidad de acción por continuación” a la cual sólo cabe recurrir en la medida en que no sea posible considerar como una realización típica una pluralidad de acciones a partir de una simple interpretación del tipo penal¹¹⁸. El autor aclara, además, que esta modalidad se trata simplemente de una “ampliación de la unidad natural de acción en el sentido de ampliación del contexto espacio-temporal en que tienen lugar las actuaciones del autor”. De esta manera y de forma análoga a lo que sucede en la unidad natural de acción, también el delito continuado podría fundamentar un concurso ideal de delitos¹¹⁹.

En similar sentido se pronuncia SANZ MORÁN, quien considera que fuera de los “supuestos de ‘extensión’ o ‘ampliación’ del concepto de ‘unidad típica en sentido amplio’”, carece de toda justificación la admisión de la figura de un delito continuado, con la consecuencia de un tratamiento punitivo privilegiado frente al concurso real homogéneo, máxime en los supuestos en que la aceptación de tal figura se debe a razones de economía procesal¹²⁰. En opinión de este autor, el delito continuado o, bien, será un solo delito, por darse los requisitos de la unidad típica en sentido amplio, con la única salvedad de que en estos casos la unidad espacio-

temporal será más difusa o se tratará, simplemente, de un caso de concurso real de delitos¹²¹.

A pesar de ello y como CHOCLÁN MONTALVO reconoce, la interpretación de estos autores choca con la regulación legal sobre la materia, ya que el Código penal español no otorga al delito continuado los efectos propios de la categoría de la unidad típica de acción por intensificación cuantitativa del injusto, ya que no ha admitido su aplicación a casos de bienes personalísimos susceptibles de lesión gradual y pertenecientes a un solo titular¹²². En opinión de CHOCLÁN MONTALVO, esta restricción no está justificada como tampoco está justificada la diferencia con respecto a los casos de “unidad natural de acción”, que sí resulta aplicable a bienes personalísimos¹²³. Este notable acercamiento entre las figuras, propiciado por la interpretación del delito continuado como una “realidad jurídica”, lleva finalmente al autor a abogar por la plena renuncia a la acción continuada, acompañada de una reforma del tratamiento penológico del concurso real que se sustituya por un sistema como el previsto en el Código penal alemán¹²⁴. De esta manera, la valoración conjunta de los hechos que permite la aplicación de una pena global en el sistema alemán¹²⁵, permite estimar el alcance total del contenido de injusto y la conexión interior de los hechos individuales, reduciendo de forma evidente la necesidad de la figura del delito continuado¹²⁶.

118 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 447.

119 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 443.

120 SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos...*, ob. cit., p. 135.

121 SANZ MORÁN, A.: *El concurso de delitos...*, ob. cit., p. 135.

122 En el caso de Soto Nieto, el autor considera que han sido razones de justicia material, de técnica jurídica y de Política criminal las que determinan la unidad jurídica y las que aconsejan al legislador excluir a los bienes jurídicos personales del ámbito del delito continuado. SOTO NIETO, F.: “Delito continuado. Características y requisitos, en *La Ley*, nº 6649, 2007.

123 En el mismo sentido, el autor considera que tampoco hay justificación alguna para degradar al honor y a la libertad sexual dentro de la categoría de los bienes jurídicos personalísimos. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 451.

124 De esta forma, en opinión del autor, la unidad de acción sólo debe admitirse en los supuestos que puedan solucionarse de acuerdo con los criterios de la unidad natural de acción y unidad de valoración típica. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 455.

125 Sobre este particular, ampliamente: BOHNERT, J.: “Warum Gesamtstrafenbildung?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993, vol. 105, nº 4, p. 846. ERB, V.: “Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, vol. 117, nº 37, p. 38.

126 Sobre el fundamento de la eliminación del principio de acumulación de penas, sostiene Frister que la lesión del bien jurídico contiene un significado indirecto en el valor del injusto, ya que el grado de afectación del valor de la norma depende en parte de dicha lesión, a pesar de ello, no se trata del único punto que determina el injusto. Los muchos hechos que lleva a cabo una persona no serán iguales a la suma de injustos idénticos realizados por distintos autores porque en un proceso comunicativo sobre el valor de las normas, la repetición de una declaración no tiene el mismo peso que una afirmación de otra persona. Cada delito cuestiona junto al valor de la concreta norma transgredida también el valor del Derecho. Por tanto, existe una identidad parcial del injusto que se reduce frente a los hechos cometidos por una persona. En consecuencia, la utilización del principio de asperación para medir la pena en el concurso real no implica un privilegio inmerecido sino una consecuencia de los fundamentos de la medición de la culpabilidad. Frister, H. en Kindhäuser, U., Neumann, U. y Paefgen, H. U.: *Strafgesetzbuch*, 4ª. edición, 2013, p. 1987 y ss. De esta manera, la concatenación de penas privativas de libertad propia del principio de acumulación produce el crecimiento progresivo del sufrimiento del condenado, que se eleva por encima de la medida de la

Como se desprende del desarrollo que de esta temática realiza CHOCLÁN MONTALVO, este autor pretende trasladar a nuestro Derecho la consideración del delito continuado como una “realidad jurídica”, es decir como un supuesto de “unidad jurídica de acción”¹²⁷, así como también las consecuencias que de la excesiva similitud con la figura de la “unidad natural de acción” se derivan, esto es, la práctica abolición del delito continuado¹²⁸. En contra de esta opinión, entendemos que esta conceptualización de la figura no es la que más se adecúa a la legislación española, además de conducir a efectos poco deseables. Por otro lado y teniendo en cuenta el reconocimiento legal del instituto, creemos conveniente propiciar una interpretación del delito continuado que delimite adecuadamente el ámbito de aplicación propio de esta figura.

Se suele indicar que de acuerdo a la teoría de la “realidad jurídica” la unificación de los distintos actos ejecutivos vendría determinada por el elemento subjetivo, que no podría ser confundido con los dolos típicos de las infracciones¹²⁹. Por otro lado, entendemos que la “reunión” de todas las realizaciones típicas en un único delito debe responder a un fundamento material. De esta manera y a pesar de que no se trate de una unidad ontológica, una unidad jurídica no puede depender únicamente de la subjetividad del autor. Siguiendo este criterio, entendemos que las razones fundamentales para rechazar la interpretación del delito continuado como una “realidad jurídica” pueden resumirse en dos puntos: la ausencia de una justificación material que respalde esta consideración y la necesidad de evitar la injusticia material a la que conduce esta unidad.

La primera cuestión nos lleva a analizar, una vez más, los supuestos criminológicos a los que el delito

continuado resulta aplicable. En virtud de los mismos, podremos comprobar que la multiplicidad de situaciones que pretende abarcar la Legislación española en este ámbito impide hallar una fundamentación material conjunta que justifique la consideración de la figura como una verdadera realidad jurídica. En efecto, el legislador ha determinado que el delito continuado resulta aplicable tanto a supuestos de “dolo total” como a casos de “dolo continuado”, esto es, podrán resolverse a través del delito continuado tanto los casos en los que el sujeto decide desde el inicio la realización de la totalidad del hecho delictivo, como aquellos otros en los que el sujeto vuelve a tomar la decisión de delinquir en las mismas circunstancias luego de un primer hecho exitoso. Pretender encontrar una justificación material a la aplicación del delito continuado en estos casos nos llevará, por tanto, a analizar la posible disminución de la culpabilidad del sujeto en ambos supuestos. Se trataría de defender que en el delito continuado se verifica un menor desvalor de acción y de culpabilidad, en comparación con los supuestos de concurso real¹³⁰.

En referencia al primer supuesto, se ha sostenido, que al estar el delito configurado por partes de acuerdo a un plan previo, ello implica una disminución del injusto en comparación con las hipótesis concursales. Por otro lado, también se ha señalado la posible disminución de la culpabilidad que tendría lugar en los supuestos de “aprovechamiento de idéntica ocasión”. Se trata de supuestos que podrían compartir su fundamento con la figura de la agravante por reincidencia. Como es sabido, muchos son los autores que niegan que el fundamento del aumento de pena que posibilita la agravante por reincidencia pueda situarse en el ámbito de la culpabilidad. Así, se ha señalado que en

culpabilidad, debiendo tenerse en cuenta que el cumplimiento de penas de prisión de larga duración puede cambiar el carácter del sujeto y puede llegar a convertirse en una prisión perpetua. STREE, W. y STERBERG LIEBEN, D., en Schönke, A. y Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit. (Vorbemerkungen zu den §§52. Rn 30). Al respecto, se ha indicado que cuando en 1971 cae el principio de acumulación en la Legislación alemana, la figura del delito continuado pierde su razón de ser: EHRENFRIED RUPPERT, U.: “Der Tag danach: Praktische Auswirkungen des Beschlusses zur fortgesetzten Handlung”, en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1994, p. 977.

127 De esta forma, para Choclán Montalvo el delito continuado se trataría de una repetición de acciones que se consideran por decisión normativa un solo hecho en sentido jurídico y que puede conllevar una sola realización típica (unidad de norma penal lesionada) o varias (concurso ideal) dependiendo del carácter personalísimo del bien. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 447. También a favor de la tesis de la realidad jurídica: SOTO NIETO, F.: “Delito continuado. Características y requisitos”, ob. cit., SAINZ CANTE-RO, J. A.: “El delito masa”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1971, t. 24, fasc. 3, p. 666. En el caso de Cantarero Bandrés, la autora defiende una postura mixta que combina las tesis de la realidad natural y de la realidad jurídica. CANTARERO BANDRÉS, R.: *Problemas penales y procesales...*, ob. cit., p. 45.

128 También a favor de la desaparición del delito continuado: SANZ MORÁN, A.: “El delito patrimonial continuado...”, ob. cit.

129 Se trataría de un evento de pluralidad de acciones naturales, conexas en lo subjetivo y separables desde la perspectiva objetiva. POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, ob. cit., p. 26.

130 Defendiendo el argumento de la disminución de la culpabilidad como fundamento del delito continuado: DEL ROSAL, J.: “Consumación y aplicación de la Ley penal en el delito continuado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo I, fasc. 2, 1848, p. 283.

el sujeto reincidente no concurre una mayor reprochabilidad sino que, por otro lado, lo que se verifica es una verdadera disminución de la culpabilidad. Dicha circunstancia se vería acreditada por la debilidad del sujeto que vuelve a caer en el delito frente a las mismas circunstancias¹³¹. De forma análoga, en el caso que nos ocupa, podría hablarse de una disminución de la culpabilidad en el delincuente que vuelve a realizar el hecho delictivo en idéntica ocasión pero sin haber sido juzgado por los actos anteriores. A su vez y como resulta evidente, aceptar esta hipótesis nos llevaría a admitir la mayor culpabilidad del delincuente planificador¹³².

Como podemos comprobar, la equivalencia legal frente a supuestos de perfiles criminológicos tan dispares impide ofrecer una mínima coherencia a la hora de defender una justificación material para esta figura¹³³. Llegando a esta misma conclusión, CHOCLÁN MONTALVO sostiene que lo importante en este caso no será hallar un fundamento al delito continuado según la configuración ofrecida por la Ley, sino determinar si el delito continuado como categoría dogmática responde a una justificación material¹³⁴. No podemos compartir esta opinión, en Derecho español, “delito continuado” es lo que la Ley determina que es este instituto. Se trata, por tanto, de una figura cuya conformación y límites no son otros que los establecidos en el Código penal. De acuerdo a dicha formulación deberá ser aplicada esta figura y, de acuerdo a la misma, deberá hallarse también una justificación material plausible, al menos, si se pretende un reconocimiento del instituto como un verdadero supuesto de unidad de acción en sentido jurídico.

La tesis de la menor culpabilidad chocará, además, con otra dificultad insalvable. Así, si se aceptara que en los supuestos de delito continuado, el delincuente reúne una menor culpabilidad, los efectos contradictorios que puede suponer la aplicación de esta figura serían inaceptables. Efectivamente, si la concurrencia de determinados elementos en una pluralidad de acciones denota una menor reprochabilidad, o hace que los hechos puedan ser considerados menos graves, la pena a aplicar debería ser siempre de menor entidad¹³⁵, circunstancia que como es sabido, no concurre en la regulación actual del delito continuado.

Una segunda posibilidad, a la hora de defender la conceptualización del delito continuado como una realidad jurídica, viene determinada por la interpretación defendida por el Tribunal Supremo alemán. Como se ha mencionado, este órgano determinó que el delito continuado sólo sería aplicable cuando su consideración fuera imprescindible para “abarcarse de modo correcto el injusto y la culpabilidad correspondiente a las distintas realizaciones del tipo”. También será esta la fundamentación defendida en nuestro país por CHOCLÁN MONTALVO, con la que pretende justificar la idea del delito continuado como una “acción por continuación”¹³⁶. No obstante, la experiencia alemana demuestra que esta interpretación conduce a la desaparición del delito continuado. Ello en la medida en que resulta excesivamente difícil imaginar en qué supuestos podría ser imprescindible recurrir al delito continuado para poder valorar adecuadamente el injusto y la culpabilidad de los hechos, fuera de aquellos casos que normalmente caen en el ámbito de la unidad típica de

131 En este sentido, también se pronuncia Zugaldía Espinar. Para este autor en el reincidente suele haber menor culpabilidad por el hecho debido a “una menor capacidad de resistencia frente al delito que le dificulta la posibilidad de atender a la llamada de la normas —debido en muchos casos a deficiencias de personalidad o educaciones y a factores de debilitamiento de la voluntad, marginación o pobreza— (...) lo que es incompatible con una mayor punición del autor al volver a delinquir”. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, en *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 13, marzo 1989, p. 86. También Haffke considera que en la mayor parte de los casos la culpabilidad del reincidente es menor. HAFFKE, B.: “Reincidencia y medición de la pena”, en Schünemann, B.: *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 242. En el caso de Mir Puig, el autor ha sostenido que “en el reincidente concurre una menor capacidad de resistencia frente al delito que puede verse como una menor culpabilidad al volver a delinquir”. MIR PUIG, S.: “Observación a los Títulos preliminar y primero del proyecto de Código penal de 1980”, en *La Reforma Penal Penitenciaria*, La Coruña, 1980, p. 512. También STRATENWERTH sostiene que, en la mayor parte de los casos, el sujeto reincidente se caracteriza por su debilidad de voluntad o por defectos de la personalidad. En opinión de este autor, ni siquiera en los casos de mayor energía criminal está justificado el aumento de la pena, ya que mayor energía criminal no equivale a aumento del poder de inhibición frente al delito, sino que, al contrario, suele ser índice de una menor resistencia al delito. STRATENWERTH, G.: *Tatschuld und Strafmesung*, Tübingen, 1972, p. 16. En similar sentido: BAUMANN, J.: *Strafrechtsreformgesetz, Ergänzung zum Lehrbuch Strafrecht Allgemeiner Teil 5 Auflage 1968*, Bielefeld, 1970, p. 58.

132 Pudiendo establecerse, también en este caso un paralelismo con los supuestos de premeditación.

133 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 155.

134 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 155.

135 CASTIÑEIRA M. T.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 206.

136 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, ob. cit., p. 446.

acción. Defender la abolición práctica del delito continuado en nuestro país no parece adecuado, no sólo por su reconocimiento legal, sino también por la habitualidad con la que esta figura es utilizada por los tribunales españoles. Entendemos que resulta más constructivo proponer una interpretación que delimite su ámbito de aplicación y concrete sus efectos de acuerdo a un estricto criterio de justicia material.

Como se ha señalado, los problemas derivados de la justificación material no son los únicos que deberá enfrentar la teoría de la realidad jurídica. Así, la adopción de este criterio puede conducir a efectos prácticos indeseables. Dichos efectos se concretan en relación a la consumación, prescripción y ámbito de validez temporal de los distintos actos que componen el delito continuado. Como es evidente, la aceptación de esta figura como una verdadera “unidad por continuación”, supone que las distintas realizaciones típicas que componen esa unidad, sean consideradas como un único delito a todos los efectos¹³⁷.

Así, en relación a la prescripción, aceptar la teoría de la realidad jurídica supone admitir que las distintas realizaciones típicas no van a prescribir hasta que lo haga el último hecho que compone la serie¹³⁸. Esta situación que podría carecer de relevancia cuando los hechos guarden una relación temporal estrecha, adquiere entidad cuando dicha cercanía desaparece. Al respecto, no es posible olvidar que precisamente uno de los campos de aplicación propio del delito continuado es el de los hechos dolosos que se extienden en el tiempo y que no pueden ser abarcados por la figura de la unidad natural de acción. De esta manera, resulta habitual que la Jurisprudencia recurra al delito continuado frente a series de hechos que se extienden durante varios años. Esta circunstancia, precisamente, motivó la incorporación en el Proyecto de Reforma del Código penal de una propuesta de modificación del artículo 74 para limitar

la aplicación de la figura a los supuestos de conductas delictivas cercanas en el tiempo¹³⁹. No obstante, dicha modificación no fue aprobada por la aceptación de enmiendas presentadas por varios partidos durante el trámite de aprobación del proyecto en el Congreso de los Diputados.

Por otro lado, si fue aceptada la propuesta de reforma del artículo 132 CP que regula la prescripción. De tal manera, el texto sugerido incluye una excepción a las reglas generales de la prescripción en materia de delito continuado en el siguiente sentido: “1. *Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.*”

De esta forma, a pesar de que el legislador rechaza la limitación temporal de los hechos delictivos que dan lugar a un delito continuado, si acepta extender a esta figura los efectos propios de la unidad de acción en el ámbito de la prescripción. Con esta decisión se equipara el delito continuado con supuestos que quedan comprendidos dentro de la unidad típica de acción, como es el caso de los delitos permanentes o, bien, aquellos otros en los que el mismo tipo exige la habitualidad para dar por satisfechos los requisitos típicos. No obstante, esta modificación no viene acompañada por una reforma del artículo 7 CP que extienda al ámbito de aplicación de la Ley penal en el tiempo los efectos de la unidad típica de acción al delito continuado. Por esta razón, la iniciativa legislativa no puede ser vista como un reconocimiento legal de que el delito continuado se trate de un verdadero supuesto de unidad jurídica.

137 Sobre este particular, ver: GEERDS, F.: *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo, 1961, p. 294.

138 Al respecto: JÄHNKE, B.: “Grenzen des Forsetzungszusammenhangs”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1989, p. 376. KRATZSCH, D.: “Die fortgesetzte Tat...”, *ob. cit.*, p. 183.

139 El Proyecto de reforma del Código penal de 4 de octubre de 2013 proponía la siguiente redacción para el artículo 74 CP: “1. *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas temporalmente que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.*

Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

2. *Quedan exceptuadas de lo establecido en el apartado anterior las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual, o contra cualesquiera otros bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor.*”

También en el ámbito de la cosa juzgada se plantea una dicotomía de similares características. Así, en caso de que se considere que el delito continuado es un único delito, deberá aplicarse el principio *non bis in idem* y toda acción ulterior habrá precluido para su enjuiciamiento. Por otro lado, si se considera que los delitos son varios, cambia el objeto del nuevo juicio y el procedimiento anterior no puede tener eficacia preclusiva¹⁴⁰. En relación a esta problemática, nuevamente son razones de justicia material las que nos llevan a negar la tesis de la unidad. En este sentido, creemos que no es adecuado cerrar la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento teniendo en cuenta que la gravedad de los nuevos hechos puede ser de una entidad muy superior a los ya juzgados.

A todo lo dicho se suma, además, el hecho de que aceptar la tesis de la unidad conduce a postergar el momento de la consumación del delito hasta la realización del último acto lo que conduce, como es evidente, a resultados totalmente ilógicos¹⁴¹.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a condenar la reforma del artículo 132 CP en la medida en que una supuesta unidad que responde a un fundamento material tan sumamente cuestionable no debería provocar efectos tan perjudiciales como la postergación de la prescripción de un delito durante años¹⁴². En nuestra opinión y en relación al delito continuado, existen actualmente dos opciones: o se reduce significativamente su ámbito de aplicación y se asume con plenitud una justificación material de la continuación delictiva, otor-

gándole a dicha unidad total validez en relación a sus efectos, o se acepta que se trata de una ficción jurídica con efectos limitados¹⁴³.

La dualidad de criterios con la que opera el legislador en esta materia, considerando al delito continuado como una unidad sólo en relación a ciertos efectos conduce a la consideración del delito continuado como una ficción de carácter relativo¹⁴⁴.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como criterio para propiciar la necesaria diferenciación entre el concurso real y los supuestos de realización única del tipo, la concurrencia de una “unidad natural de acción” requiere la existencia de una única resolución de voluntad a partir de la cual el autor lleve a cabo una serie de actos típicos los cuales realicen el mismo tipo en una sucesión inmediata¹⁴⁵. Serán por tanto, la unidad de resolución y la inmediatez temporal los elementos que permitan valorar a esta serie de realizaciones típicas como una unidad. Dicha unidad no vendrá, por tanto, determinada por exigencias del tipo, tal como sí se produce en los casos de unidad típica de acción. De esta manera, será posible sostener que la “unidad natural de acción” reúne un componente normativo solo en la medida en que la coincidencia típica de los comportamientos realizados en un mismo contexto permite una intensificación cuantitativa de la lesión del bien jurídico.

En el delito continuado también se llevan a cabo una serie de actos típicos que realizan de forma su-

140 Sobre esta problemática, ampliamente: DELITALA, G.: “Delito continuado y cosa juzgada en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2003, nº 81, p. 525. DIETRICH Y MANN, U.: “Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1963, vol. 75, nº 2, p. 264. VARRASO, G.: *Il Reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, Milán, 2003, p. 31. ARZT, G.: “Die fortgesetzte Handlung geht die Probleme bleiben”, en *Juristenzeitung*, nº 49, 1993, p. 1001.

141 Sobre esta cuestión: TOMÁS TÍO, J. M.: “El delito continuado en el Código penal...”, *ob. cit.*, p. 119.

142 También, exigiendo la prescripción de los hechos individuales: TOMÁS TÍO, J. M.: “El delito continuado en el Código penal...”, *ob. cit.*, p. 121. En la doctrina alemana y con anterioridad al Auto del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1994, se sostuvo la inconstitucionalidad de esta medida por ser contraria al principio de legalidad. En este sentido: SCHUMMAN, H.: “Fortgesetzte Tat, Verjährungsbeginn und art. 103 abs. 2 GG”, en *Strafverteidiger*, 1992, p. 397.

143 Planteando también esta alternativa: POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, *ob. cit.*, p. 14.

144 La consideración del delito continuado como una ficción jurídica ha tenido un importante desarrollo en la doctrina italiana. En este sentido, sostiene Manzini que el delito continuado es una ficción jurídica que resulta de una transacción entre la coherencia lógica y la utilidad o equidad, de tal forma que no constituye un título delictivo en sí mismo sino que, esencialmente, se trata de un supuesto de concurso de delitos. MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale Italiano*, *ob. cit.*, p. 632. Por otro lado, según entiende Bettiol, la ficción jurídica en función de la cual opera el delito continuado actúa sólo en relación a la pena, mientras que en referencia al resto de efectos habrá que atenerse a las normas aplicables al concurso real de delitos. BETTIOL, G.: *Diritto Penale (Parte Generale)*, 3ª ed., Palermo, 1955, p. 476. También a favor de esta interpretación: MAGGIORE, G.: *Principi di Diritto Penale. Volume I: Parte Generale*, Bolonia, 1937, p. 499. LEONE, G.: *Del reato abituale, continuato e permanente*, Nápoles, 1933, p. 328. Contra esta opinión, avalan en Italia la tesis de la realidad jurídica en base al elemento del designio criminoso: ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale...*, *ob. cit.*, p. 367. PROTO, E.: *Sulla Natura Giuridica del Reato Continuato*, Palermo, 1951, p. 44.

145 HEINSTSCHEL-HEINEGG, B.: “Der Fortsetzungszusammenhang”, *ob. cit.*, p. 136.

cesiva el mismo tipo penal o tipos penales similares en un mismo contexto. A partir de este punto, la exigencia sobre una unidad de resolución que dé lugar a dichos actos y las características del contexto en el que estos actos deban desarrollarse, dependerá de la configuración que se otorgue a esta figura. En este sentido, la exigencia de un dolo total, así como la cercanía temporal de los actos, provocan un acercamiento tan pronunciado entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado que dificulta enormemente su distinción. La consecuencia de esta situación resulta evidente: si existe tal similitud, los efectos de ambos institutos deberían ser los mismos y el delito continuado pasaría a ser superfluo.

En consecuencia, no solo por exigencias legales sino también porque resulta conveniente para dotar a la figura de un ámbito de aplicación propio, el delito continuado debe abarcar los supuestos de “dolo continuado”. De forma que también pueda ser aplicado a series de hechos que se extiendan en el tiempo, aunque solo mientras dichos actos guarden una cierta continuidad.

En Alemania, la configuración del delito continuado como un supuesto de unidad jurídica de acción propició un excesivo acercamiento de la figura al ámbito de la “unidad natural de acción”. Esta circunstancia, unida a la desaparición del principio de acumulación como regla penológica aplicable a los casos de concurso real, llevó a una parte de la doctrina a cuestionar la existencia del delito continuado¹⁴⁶. A su vez, la tradicional indeterminación de sus presupuestos básicos convenció al Tribunal Supremo sobre la conveniencia de su práctica abolición.

La situación reseñada no es trasladable a nuestro país, donde la Legislación penal favorece la aplicación de la figura a supuestos criminológicos sumamente diversos. Esta circunstancia impide hallar una fundamentación material conjunta a este instituto y sugiere la conveniencia de propiciar una interpretación del delito continuado como una ficción jurídica de naturaleza relativa. Esta es precisamente la conceptualización que posibilita dotar a la figura de los efectos más adecuados desde el punto de vista de la justicia material, rechazando aquellos otros que resultan no sólo injustos sino también, en muchas ocasiones, totalmente ilógicos.

146 Así, se sostuvo que con la caída del principio de acumulación, la figura del delito continuado se mantenía solo por consideraciones prácticas, dada la dificultad en ciertos casos de determinar con exactitud los hechos individuales que lo conforman. HEINSTSCHEL-HEINEGG, B.: “Der Fortsetzungszusammenhang”, *ob. cit.*, p. 136.