

§ 21 Concurso de leyes y de delitos

I. Introducción. II. Legislación nacional y sus fuentes. III. Unidad y pluralidad de acción. 1. Terminología y concepto de acción. 2. Criterios para determinar la unidad de acción. a. Acción en sentido natural. b. Acción en sentido jurídico. 3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa. IV. Concurso ideal de delitos. 1. Introducción. 2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos. 3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas. 4. Concurso ideal homogéneo. 5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal. a. Legislación y doctrina extranjeras. b. Legislación nacional. V. Concurso real de delitos. 1. Noción. 2. Pluralidad de acciones. 3. Concurso real homogéneo y heterogéneo. 4. Fijación de la pena. VI. Concurso real retrospectivo. 1. Noción. 2. Fijación de la pena. VII. Delito continuado. 1. Introducción. 2. Carácter normativo del delito continuado. 3. Regulación legislativa. 4. Elementos del delito continuado. a. Pluralidad de acciones. b. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza. c. Realización de las acciones en momentos diversos. d. Identidad de resolución criminal. 5. Fijación de la pena. VIII. Concurso aparente de leyes. 1. Definición. 2. Principios para resolver el concurso aparente. a. Principio de identidad. b. Principio de alternatividad. c. Principio de especialidad. d. Principio de subsidiaridad. e. Actos anteriores o posteriores impunes. f. Principio de consunción. 3. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos. IX. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos

I. Introducción

Los comportamientos incriminados son descritos en los tipos legales, como acciones autónomas e independientes. De modo que el juez no debería encontrar mayores dificultades para adecuar el hecho ejecutado a un tipo legal. Esta apariencia es engañosa porque, como lo ponen de manifiesto los diversos problemas analizados al estudiar la interpretación⁴⁵¹, el principio de la legalidad⁴⁵² y la tipicidad⁴⁵³, el determinar la disposición aplicable constituye una operación bastante ardua. La manera compleja en que se cometen los comportamientos y la propia índole de la labor legislativa hacen que el juez, con frecuencia, enfrente el dilema de si el agente ha cometido una o varias acciones y si hay que aplicarle una o diversas disposiciones. 2389

El legislador ha debido prever un conjunto de reglas para indicar al juez de qué manera debe resolver ese tipo de conflictos. En doctrina⁴⁵⁴, esta regulación es estudiada considerando, por un lado, los criterios para establecer si existe unidad o pluralidad de acción y, por otro, los denominados concursos ideal y real de delitos. El estudio de éstos es completado con la presentación del llamado concurso aparente de leyes. Sin embargo, algunas veces, este último es estudiado en el ámbito de la interpretación de la ley o como una cuestión relativa a la aplicabilidad de la norma penal⁴⁵⁵. 2390

En consideración a las importantes consecuencias que tienen estas circunstancias para la individualización de la pena, las reglas destinadas a 2391

⁴⁵¹ Cfr. *supra* N° 467 ss.

⁴⁵² Cfr. *supra* N° 357 ss.

⁴⁵³ Cfr. *supra* N° 1086 ss.

⁴⁵⁴ Como veremos al estudiar uno de estos casos, no existe unanimidad entre los autores en cuanto a la terminología empleada. Nosotros conservamos la utilizada, generalmente, en nuestro país.

⁴⁵⁵ PAGLIARO, 2000, p. 185 ss.

orientar al juez han sido previstas en el Capítulo II (arts. 48 a 51), intitulado Aplicación de la Pena, del Título III, De las Penas, del Libro Primero del Código. No obstante, esto no significa que el concurso de leyes y delitos sea materia referente a la pena y a su individualización en el caso concreto⁴⁵⁶. Cada una de las reglas establecidas supone la determinación de la unidad o pluralidad de acción, aspecto muy relacionado con la teoría del delito.

II. Legislación nacional y sus fuentes

- 2392 Para regular la versión original del concurso ideal previsto en el art. 48, el legislador retomó el texto del art. 105, inc. 1, del CP de 1924, el mismo que procede del CP holandés de 1881, art. 55, inc. 1. El texto consultado por nuestro legislador no es la versión original, sino una española que es citada por Angel Gustavo Cornejo⁴⁵⁷, sin dar la referencia bibliográfica. El inc. 2 es una transcripción literal del inc. 2 del art. 67 del Anteproyecto suizo de 1915. El párrafo inicial de esta disposición, conservada en la versión del año siguiente, no es fuente del art. 105, pf. 1; tampoco lo es el art. 65 del Proyecto suizo de 1918, en el que se regulan juntos los concursos ideal y real⁴⁵⁸. Al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 105 del CP de 1924 reproducía el art. 79 del proyecto peruano de 1916.
- 2393 En los trabajos de reforma del CP de 1924, la manera de regular el concurso ideal no siempre obedeció a los mismos criterios. El art. 83 del Proyecto de 1984 (setiembre) era muy semejante a la regulación del Código derogado. En el Proyecto de 1984 (octubre), art. 36, se estableció una fórmula diferente: “El que con una sola acción u omisión comete dos o más delitos idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y si son iguales con una de ellas”. El inc. 2 contenía la misma disposición que el inc. 2 de la norma vigente. Los Proyectos de 1985 (art. 37) y 1986 (art. 37) preveían una disposición diferente: “El que con una sola acción u omisión comete dos o más hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y, si son iguales, con una de ellas”. Por el contrario, el texto definitivo figura en los Proyectos de 1990, art. 54, y de 1991, art. 48.

⁴⁵⁶ De la misma manera ha procedido el legislador español (CP de 1995); mientras que el colombiano lo hace en el título en el que se regula el hecho punible (CP de 2000); Cfr. VELÁSQUEZ, 2009, p. 981 ss.

⁴⁵⁷ Cfr. 1926, p. 389, nota a pié de página; comparar con el texto del CP holandés.

⁴⁵⁸ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1996, p. 227.

En cuanto al fondo, la idea de base era la misma: el concurso ideal no constituye una circunstancia agravante. La sanción debía imponerse de acuerdo a los márgenes penales señalados por la disposición que prevé la pena más grave sin tenerse en cuenta el resto de delitos. Resultan superfluo considerar como concurso ideal la hipótesis concerniente a varias disposiciones que estatuyan la misma sanción. Sin embargo, esta situación fue modificada con la emisión de la Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006, que dispuso que en estos casos serán reprimidos “hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda extenderse a treinta y cinco años”. Esta última situación está también propuesta en el Anteproyecto de CP de 2009, en el que si bien el concurso ideal es definido de la misma manera, no obstante, se establece que se escogerá la pena más grave y se le incrementará hasta un tercio del máximo legal (art. 29). 2394

La regla original relativa al delito continuado del art. 49⁴⁵⁹, sigue la del art. 107⁴⁶⁰ del CP de 1924, la misma que procede del Código italiano de 1889, art. 107. En la regulación vigente, se suprimió el término “mismo” que se utilizaba en la fórmula “en el mismo momento de la acción”. Tal vez, así se creyó mejorar así la redacción; pero se olvidó que a veces la redundancia, en apariencia superflua, sirve para acentuar una afirmación. En el Proyecto de 1984, art. 85, se copió la norma del Código derogado. En los Proyectos de 1984 (octubre), art. 35, de 1985 (art. 36) y de 1986 (art. 36), se mantuvo la misma idea, pero se modificó la definición y se previó una excepción: “Tal regla no es aplicable a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni, en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales”. Esta excepción fue suprimida en los Proyectos de 1990, art. 55, y 1991, art. 49. En estos artículos, se conservó la noción que fue adoptada en definitiva. Las modificaciones practicadas mediante la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996 conciernen, por un lado, a la misma definición del delito continuado y, por otro, a la agravación de la pena tanto cuando fueran varias las personas perjudicadas, como cuando fueran afectados bienes altamente personales pertenecientes a personas distintas. De esta manera, se comprenden casos que no conciernen al delito continuado, regulado en primer lugar⁴⁶¹. En el art. 50 del Anteproyecto de CP de 2009, se mantiene sin variaciones la disposición del Código vigente. 2395

⁴⁵⁹ VELÁSQUEZ, 2003, p. 407.

⁴⁶⁰ Conforme al art. 81 del Proyecto peruano de 1916.

⁴⁶¹ VELÁSQUEZ, 2003, p. 414.

- 2396 En el CP de 1924, art. 108, se regulaba el concurso real de la misma manera que en el art. 50. La fuente de inspiración del legislador de 1924 fue el art. 57 del CP holandés. El CP de 1863 (art. 45) fue seguido para adoptar el criterio en virtud del cual se habría de imponer la pena más grave. No se ha reproducido el art. 109 del CP derogado, en el que, según el modelo helvético (art. 68, inc. 20, del Anteproyecto suizo de 1915⁴⁶²), se regulaba la imposición de la pena de multa, de las penas accesorias y de las medidas de seguridad en caso de concurso real.
- 2397 El texto definitivo del art. 50 aparece en los Proyectos de 1990 (art. 56) y 1991 (art. 50). La regla del Código derogado fue mantenida en el Proyecto de 1984 (setiembre), art. 86. De modo diferente, en el Proyecto de 1984 (octubre), art. 37, se disponía: “El que, con designios independientes, con uno o más hechos, comete dos o más violaciones de las disposiciones legales, será reprimido con la pena del delito más grave [...] conforme al art. 33, para fijar la más severa represión. Las multas son acumulables. Las otras penas accesorias y las medidas de seguridad son aplicables aun cuando estén previstas sólo en una de las infracciones en concurso”. En los Proyectos 1985 (art. 38) y 1986 (art. 38), se estatuyó una noción diferente: “El que, con más de una acción u omisión, comete más de dos hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena del hecho punible más grave, debiendo el juez tener en cuenta los otros para fijar la más severa represión”. A pesar que, en el art. 51 del Anteproyecto de CP de 2009, se sigue definiendo el concurso real del mismo modo, se modifica la pena. Se establece que “se sumarán las penas que fije el Juez para cada [uno de los delitos] hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. Tratándose de penas privativas de libertad temporales, la pena resultante no podrá exceder de 35 (treinta y cinco) años. Si alguno de los delitos en concurso se encuentra reprimido con cadena perpetua, sólo se aplicará esta pena”.
- 2398 En el art. 51, el legislador ha reproducido lo dispuesto en el art. 110 del CP de 1924. La única modificación consiste en la substitución del término “juicio” por el de “proceso”. El texto del art. 88 del Proyecto de 1984 (setiembre) era idéntico al del art. 51. El Proyecto de 1984, por el contrario, no contenía un precepto similar al art. 51 vigente. En los Proyectos de 1985 (art. 39) y de 1986 (art. 39), se establecía: “las disposiciones de este capítulo [Unidad y concurrencia de hechos punibles] se aplicarán al caso en que, después

⁴⁶² El Proyecto peruano de 1916 contenía la misma regla en su art. 85. Cfr. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 240.

de una sentencia condenatoria, haya de ser juzgado el mismo condenado por otro hecho punible cometido antes de la condena o después de ésta, pero mientras esté cumpliéndola. Si la pena se ha cumplido o extinguido la condena antes que sea ejecutable la nuevamente impuesta, se reprimirá el hecho punible cometido posteriormente con la pena que corresponda”. El texto definitivo figuraba en los Proyectos de 1990, art. 57 y de 1991, art. 51. Mediante la Ley N° 26832, del 3 de junio de 1997, se modificó el art. 51, distinguiéndose entre los casos en que la pena por el delito cometido antes de la condena sea inferior a la pena impuesta y los casos en que sea superior. De acuerdo con el criterio adoptado para fijar la pena en caso de concurso real, se modifica la pena en el art. 52 del Anteproyecto de CP de 2009.

La diversidad de fuentes consultadas y el hecho de que no se hayan establecido las mismas escalas penales consagradas en los modelos en que se inspiró, dan al sistema peruano un aspecto particular. Por esto debe prestarse mucha atención cuando se recurre a criterios doctrinales elaborados sobre la base de legislaciones distintas a la nuestra para interpretar nuestras disposiciones. En el Anteproyecto de CP de 2004, se mantienen los mismos criterios, salvo en lo que se refiere a la penalidad (art. 50, 52, 53). 2399

III. Unidad y pluralidad de acción

1. Terminología y concepto de acción

El análisis de la problemática del concurso comienza por distinguir la unidad de acción de la pluralidad de acciones⁴⁶³. En esta distinción radica la determinación de las consecuencias penales. Esta cuestión se pone en evidencia cuando, en el art. 48, se alude a que “varias disposiciones son aplicables al mismo hecho” y, en el art. 50, a que “concurran varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes”. 2400

La terminología utilizada no es la más apropiada. Hablar simplemente de “hecho”, puede llevar a comprender que se hace referencia a un suceso concreto que existe con independencia de la regulación jurídica, como si se tratara de un acontecimiento natural que el legislador tiene que tener en cuenta. En cambio, la fórmula “hechos punibles” parece remitir al comportamiento calificado en la ley como delito; es decir, en el sentido dado a “hecho punible” al regularse las bases de la punibilidad (art. 11 ss.). 2401

⁴⁶³ SCHMITT, 1963, p. 46; ROXIN, 2003, § 33 N° 4 ss.; Cfr. VILLAVICENCIO, 2003, p. 312 ss.

- 2402 El término “hecho”, empleado en el art. 48, como en el art. 105 del CP de 1924, no tiene como objetivo diferenciar entre hecho y acción. Esta fue, por el contrario, la meta del legislador italiano de 1889, tal como se desprende de su decisión de hacer depender la unidad de la pena “de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real criminoso”. Nuestro legislador, por el contrario, se inspiró en el Código holandés de 1881, a diferencia del argentino que siguió el modelo italiano⁴⁶⁴. El término “hecho”, por lo tanto, debe ser comprendido como sinónimo de “acción”.
- 2403 Distinguir entre unidad y pluralidad de acción depende, en todo caso, de la perspectiva que se adopte⁴⁶⁵. Conforme a un criterio hoy superado, debería tenerse en cuenta el número de resultados producidos por el autor. La experiencia muestra, sin embargo, que mediante un solo acto pueden producirse varios efectos. Por ejemplo, lanzando una granada se causa la muerte a varias personas y se lesiona a otras. Otro criterio invocado es el del número de tipos legales realizados; así, en el ejemplo citado, se darían varias acciones porque han sido materializados los comportamientos previstos en los tipos legales referentes a los delitos de homicidio y de lesiones. Este criterio es inaceptable por contradecir lo dispuesto de manera expresa en el art. 48. En esta disposición se plantea la hipótesis de que diversos tipos legales (“varias disposiciones”) sean realizados por un mismo acto (“mismo hecho”); por lo tanto, la realización de varios tipos legales no implica siempre la pluralidad de acciones. Por último, se propone tener en cuenta el número de acciones sin referencia alguna al número de resultados producidos o de tipos legales realizados. No obstante, esta perspectiva no resuelve por sí sola el problema porque no dice, precisamente, qué debe comprenderse por acción.
- 2404 En esta materia, la acción no es comprendida de la misma manera que en otros ámbitos del análisis del delito. De forma casi unánime, se admite que no puede ser comprendida en el sentido que se le da, por ejemplo, como elemento del delito⁴⁶⁶. Este concepto estatuye tan sólo las condiciones mínimas que debe cumplir en general el comportamiento de una persona para ser considerado por el derecho penal.
- 2405 En consideración a que el comportamiento humano es un “todo fluyente”, se trata de “aislar, separar o recortar” una fracción de la cual se pueda decir

⁴⁶⁴ Cfr. SOLER, 1976a, T. II, p. 294.

⁴⁶⁵ Cfr. JAKOBS, 1991, 32/1 ss.; GEPPERT, 1982, p. 360.

⁴⁶⁶ SAMSON/GÜNTHER, en SK, AT 2, Vor § 52 N° 15; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 I 2.

que es una acción⁴⁶⁷. Sin duda, no hay un canon único que permita hacer esta delimitación. Un primer factor a considerar es de orden jurídico (normativo) y es proporcionado por el legislador mediante los tipos legales. Además, hay que tener en cuenta, en una perspectiva objetiva, la subjetividad del agente y el contexto temporal - espacial en que se desarrolla el comportamiento. Con razón, afirma Schmitt que, en general, se utiliza el término unidad de acción (*Handlungseinheit*) tanto en sentido objetivo como jurídico⁴⁶⁸. La noción de acción y, por lo tanto, la de unidad de acción son de orden normativo, puesto que no son concebidas como hechos socialmente anteriores al derecho⁴⁶⁹.

2. Criterios para determinar la unidad de acción

a. Acción en sentido natural

Debido a que el soporte real de la noción de acción es el movimiento corporal originado y controlado por un impulso voluntario, hay que admitir que, en ciertos casos, puede resultar evidente que el agente no ha cometido más que una sola acción. Por ejemplo, el hecho de lanzar una granada en un local concurrido por numerosas personas debe ser considerado como una sola acción, a pesar de que se producen diversos resultados (muertes y lesiones de personas) y, por lo tanto, se consuman diversos tipos legales (arts. 106, 121, 122). Este caso es presentado, en la doctrina, como acción en sentido natural (*Handlung im natürlichen Sinn*)⁴⁷⁰. Sin embargo, no se trata de un criterio puramente natural en la medida en que es indispensable tener presente la manera cómo la acción es descrita en el tipo legal.

b. Acción en sentido jurídico

El legislador puede prever que se considere como una unidad (jurídico social) la pluralidad de tales “sucesos naturales”. De ahí que el marco normativo del tipo legal sea determinante⁴⁷¹. En este sentido, hay que afirmar que la unidad de acción existe siempre en el caso de cumplimiento de las

⁴⁶⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 I 3; SOLER, 1976a, T. II, p. 288 ss.

⁴⁶⁸ SCHMITT, 1963, p. 46; GEERDS, 1961, p. 263, 313 ss.; BRUNNER, 1932, p. 28 ss.. Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 483 ss.

⁴⁶⁹ SOLER, 1976a, T. II, p. 288 ss.

⁴⁷⁰ ROXIN, 2003, § 33 N° 17 ss., 29.

⁴⁷¹ BETTIOL 1969, p. 579; WELZEL, 1967, p. 217 ss.; ROXIN, 2003, § 33 N° 19 ss.; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss. N° 13 ss.

condiciones mínimas del tipo legal; aun cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado⁴⁷². Poco importa, además, el número de resultados ocasionados o el número de tipos legales posiblemente realizados⁴⁷³ (*Tatbestandliche Handlungsheinheit*).

- 2408 Al respecto debemos tener presente que el legislador, al individualizar en los tipos legales los comportamientos punibles, ha tenido en cuenta un conjunto de acciones básicas, como las de causar la muerte a una persona o a un feto, practicar el acto sexual, apropiarse de una cosa mueble, perturbar la circulación pública, privar de la libertad a otro, amenazar a una persona, etc. Estas acciones pueden ser consideradas como unidades a partir de las cuales, el legislador describe los comportamientos socialmente dañinos, ya sea acumulando algunas de ellas o adjuntándoles alguna circunstancia particular. En todos esos casos, el comportamiento del delincuente constituye una unidad de acción en sentido jurídico.
- 2409 En los denominados delitos complejos⁴⁷⁴ existe unidad de acción jurídica en la medida en que los tipos legales prevén la comisión de varias unidades de acción (estén o no previstas en algún otro tipo legal), aun cuando una de ellas sea prevista como designio o motivo. En el delito de violación de la libertad sexual, por ejemplo, el agente debe, mediante violencia o amenaza, obligar una persona a practicar el acto sexual u otro análogo (art. 170); en el delito de robo, el autor debe violentar o amenazar una persona y apoderarse de un bien mueble total o parcialmente ajeno (art. 188); en el delito de secuestro agravado, el sujeto activo priva de la libertad al agraviado y fuera de ello abusa de él, lo corrompe, trata con crueldad o pone en peligro su vida o salud (art. 152, inc. 1).
- 2410 Así mismo, se da unidad de acción en sentido jurídico cuando en el tipo legal se consideran, globalmente, un conjunto de acciones como un todo. Por ejemplo, el delito de violación de la soberanía territorial extranjera es definido como el hecho de practicar “actos indebidos” en el territorio del Estado extranjero (art. 337); el delito de conspiración contra un estado extranjero, consistente en practicar, en el territorio nacional, “actos destinados a alterar por la violencia la organización política de un Estado extranjero...” (art. 338).

⁴⁷² JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 I N° 3.

⁴⁷³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 II.

⁴⁷⁴ Cfr. *supra* N° 1134.

Los delitos permanentes implican⁴⁷⁵, también, la unidad de acción jurídica: 2411
 el agente produce y mantiene una situación antijurídica durante un cierto lapso. Por ejemplo, en el delito de violación de domicilio, el agente permanece en éste rehusando la intimación que le hace el titular para que se retire (art. 159); y en el delito de secuestro, consistente en privar a una persona de su libertad personal (art. 152).

Los delitos de hábito suponen también unidad de acción en sentido jurídi- 2412
 co, en la medida en que el tipo legal exige una pluralidad de acciones que demuestren la habitualidad del agente en la comisión de la acción reprimida; por ejemplo, el delito financiero previsto en el art. 246, se da cuando el delincuente, “por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente”.

Tratándose de tipos legales alternativos⁴⁷⁶, debe admitirse como unidad de 2413
 acción la realización de las acciones equiparadas por el legislador respecto a la pena. Así por ejemplo, destruir o alterar los límites de un inmueble para apropiarse de todo o parte del mismo (usurpación, art. 202, inc. 1); dañar, destruir o inutilizar un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno (daños, art. 205).

Si el tipo legal no permite considerar, como en los casos hasta ahora cita- 2414
 dos, la unidad de acción, es posible deducir a veces que la consumación del resultado típico puede tener lugar mediante actos progresivos (*sukzessive Begehung*). El acto de matar (homicidio, art. 106), por ejemplo, puede consistir en producir diversas lesiones a la víctima. Lo mismo sucede en el caso del ladrón que, en la misma ocasión y mediante sustracciones repetidas (*interaktive Begehung*), se apodera de bienes muebles ajenos. Aquí son determinantes tanto el contexto espacial y temporal como la intención del agente.

En este contexto, se considera otro criterio de marcado corte jurídico nor- 2415
 mativo. Se trata de la denominada unidad de acciones naturales (*natürliche Handlungseinheit*) y según la cual debe considerarse como una sola acción el conjunto de acciones realizadas por una persona de acuerdo a una decisión y en un estrecho contexto físico y temporal, de modo que, observadas

⁴⁷⁵ Cfr. *supra* N° 1133.

⁴⁷⁶ Cfr. *supra* N° 1135.

de una manera natural por un tercero, aparezcan formando un todo unitario.

2416 Sin mayor dificultad, se puede admitir esta unidad de acción cuando, mediante la pluralidad de actos, se realiza el mismo tipo legal. En buena cuenta, no son casos diferentes a los que se han citado como circunstancias de consumación del tipo legal mediante un accionar progresivo o repetido. Las discrepancias surgen, sobre todo, cuando se trata de actos que realizan diversos tipos legales. Se cita, con frecuencia, el caso de quien al escapar de la policía causa lesiones dolosas, despoja de su vehículo a un chofer, pone en peligro a las personas al conducir a gran velocidad, etc. El hecho de que el fugitivo actúe impulsado por la misma voluntad de huir no justifica que se consideren sus diferentes comportamientos como una acción única⁴⁷⁷.

2417 La discusión sobre la admisión de la unidad de acción en caso de ejecución repetida del mismo tipo legal con un solo impulso criminal y en un estrecho marco temporal y espacial⁴⁷⁸, tiene poca relevancia en nuestro medio; debido a que en el Código -lo que no sucede, por ejemplo, en la legislación alemana- el delito continuado está regulado expresamente. El art. 49 del Código estatuye que “cuando varias violaciones de la misma ley o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el mismo momento de la acción, o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado...”⁴⁷⁹. Se trata, por lo tanto, de una unidad de acción en sentido jurídico.

2418 La unidad de acciones naturales es admitida, generalmente, cuando se perjudica un bien jurídico altamente personal (vida, integridad corporal, salud, honor, etc.) a condición de que el titular sea la misma persona. Según el criterio predominante, por el contrario, hay pluralidad de acciones cuando los titulares de dichos bienes son personas diferentes. Por ejemplo, matar sucesivamente a varias personas disparándoles con un arma de fuego.

⁴⁷⁷ WESSELS/BEUKLE, 2001, N° 765; WARDA, 1985, p. 241 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 III N° 3; JAKOBS, 1991, 32/35; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 22 ss.; cfr. LACKNER/KÜHL, 1999, Vor 52 N° 4 ss.; OTTO, 1998, § 23 N° 11.

⁴⁷⁸ Cfr. STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 22 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 II 3.

⁴⁷⁹ Ver *infra* N° 2426 ss.

3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa

En los casos de comportamientos de omisión (propia o impropia) y de acciones culposas, deben tenerse presentes sus peculiaridades. En cuanto a los primeros, el deber de cumplir con las acciones esperadas y la posibilidad de realizarlas todas simultáneamente; y, respecto a las segundas, el deber de cuidado exigido. 2419

Respecto a la omisión, hay unidad de acción cuando el agente consuma la infracción al no ejecutar la acción esperada, a pesar de que tenía varias posibilidades para intervenir. Por ejemplo, el constructor que no instala los mecanismos de seguridad y provoca lesiones a varios obreros. Por el contrario, hay pluralidad de omisiones si el agente no realiza dos o más acciones esperadas, en caso de que le hubiese sido posible ejecutarlas al mismo tiempo o una después de otra. Por ejemplo, el chofer que atropella a tres personas y no las auxilia a pesar que podía haberlo hecho de manera sucesiva⁴⁸⁰. 2420

En cuanto a los delitos imprudentes, existen varias acciones culposas si un conductor, por sucesivas imprudencias, ocasiona tres accidentes mortales⁴⁸¹. Sin embargo, hay que considerar que la misma imprudencia implica muchas veces la realización de una serie de actos por los que se evidencia que no se respetó el debido cuidado. Si este comportamiento imprudente causa un accidente del que resultan varias personas lesionadas, sólo existe una acción imprudente y no tiene mayor relevancia el hecho de que se hayan producido múltiples resultados. 2421

IV. Concurso ideal de delitos

1. Introducción

La constatación de que existe unidad de acción no implica, siempre, que una sola disposición legal será aplicada. Mediante su ejecución, pueden realizarse los elementos de dos o más tipos legales, e incluso puede suceder que ninguno de éstos logre abarcar en su totalidad la unidad de acción en cuestión. Así, sólo considerando todos los tipos legales concernidos se podrá aprehender en su integridad el carácter ilícito de la acción. La aplicación de las diversas disposiciones está en efecto condicionada por la 2422

⁴⁸⁰ WESSELS/BEUKLE, 2001, N° 762; ROXIN, 2003, § 33 N° 61 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 IV 2.

⁴⁸¹ Cfr. BLEI, 1975, p. 307; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 IV 2; MAIWALD, 1964, p. 72; GEERDS, 1961, p. 262.

complejidad de la acción. Estos casos constituyen el denominado concurso ideal de delitos⁴⁸².

- 2423 Según el art. 48, el concurso ideal existe “cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho”⁴⁸³. La base es la unidad de la acción; o según la terminología legal: “el mismo hecho”. Como es lógico advertir, éste tiene que reunir las exigencias de varios tipos que no se excluyan entre sí.

2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos

- 2424 El concurso aparente de leyes y el concurso ideal tienen la unidad de acción como elemento común. Se diferencian en que, en el primero, la acción es comprendida plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables (tipicidad única); mientras que en el segundo la acción única requiere la aplicación simultánea de varias disposiciones (tipicidad plural). Por ejemplo, el concurso aparente se da cuando se mata a otro por lucro, puesto que si bien, en apariencia la acción puede ser subsumida en los tipos legales de homicidio (art. 106) y asesinato (art. 108), sólo el segundo es aplicable, ya que comprende en su integridad el supuesto de hecho: matar por lucro, mientras que el tipo legal de homicidio simple sólo comprende parte de él, en la medida en que no tiene en cuenta el móvil del agente. El concurso ideal de delitos se presenta, por ejemplo, cuando con la misma piedra que se lanza en un sólo intento, se rompe el vidrio de la vivienda de otro (art. 205, delito de daños) y se producen lesiones a uno de sus habitantes (art. 121, delito de lesiones graves dolosas).
- 2425 El concurso real de delitos, tal como se verá en detalle más adelante, se caracteriza, en cambio, por la pluralidad de acciones; las mismas que constituyen delitos independientes.

3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas

- 2426 Quien con un solo disparo mata a una persona y lesiona a otra, comete una sola acción⁴⁸⁴; mas, es evidente, que ésta no puede ser del todo valorada sólo mediante la aplicación del art. 106 (homicidio) o del art. 121 (lesiones). Es

⁴⁸² ROXIN, 2003, § 33 N° 70 ss.

⁴⁸³ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 230. En su libro *La ley penal*, p. 130, este autor sostuvo, siguiendo a Jiménez de Asúa, que esta disposición parecía un caso de concurso aparente de leyes: el de la alternatividad. VILLAVICENCIO, 2003, p. 330 ss.

⁴⁸⁴ En contra, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 229.

necesario tener en cuenta ambas para formular un juicio negativo de valor completo. Lo mismo sucede en el caso en que el violador, al hacer uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima, la lesiona de manera intencional. Son de aplicación, en consecuencia, los arts. 170 y 121. Afirmar que sólo ha cometido el delito de violación sexual no es conforme a la realidad y, por lo tanto, no se pueden, simplemente, ignorar las lesiones que no forman parte del tipo legal de esta infracción. Es indispensable tenerlas en cuenta para valorar todo el comportamiento del agente. Por el contrario, resulta imposible sostener que existe concurso real de delitos puesto que no hay pluralidad de acciones (hechos punibles que, según el art. 50, “deben considerarse como otros tantos delitos independientes”). En el ejemplo dado, el cuadro normativo del tipo legal (violación sexual) determina que se considere la existencia de una acción, a pesar de que, desde un punto de vista fenomenológico, podría ser fraccionada en acciones parciales. El contexto tempo-espacial y la finalidad del agente son factores que coadyuvan para admitir tal conclusión.

Solucionar de manera conveniente las dificultades que presenta el concurso ideal supone interpretar correctamente los tipos legales y apreciar las relaciones existentes entre ellos. En primer lugar, la unidad de acción es definida en relación con el tipo legal (criterio normativo) y, en segundo lugar, la adecuación de esta acción a uno o varios tipos legales determina si se da o no el concurso ideal de delitos. El legislador no dice otra cosa cuando expresa que “varias disposiciones penales sean aplicables”, puesto que éstas lo serán cuando el agente, mediante su acción, haya cumplido con los requisitos contenidos en sus preceptos (tipos legales).

4. Concurso ideal homogéneo

En el art. 50 no se regula el denominado concurso ideal homogéneo, que consiste en la violación repetida de la misma norma legal, mediante una sola acción. Por ejemplo, lanzar una granada y lesionar gravemente a varias personas, circunstancia en la cual el art. 121 resulta aplicable varias veces (lesiones graves). Así, no existe una disposición que prevea la “pena más grave”, que debería ser aplicada según el art. 48 para resolver el problema concerniente a la fijación de la pena única. De acuerdo con esta disposición, no sólo se trata de una pluralidad de preceptos aplicables, sino también de que sean diversos. El concurso ideal homogéneo ha de ser considerado en consecuencia, como un caso de unidad de acción, que no presenta problemas en cuanto a la ley con la que su autor debe ser reprimido. Según

las circunstancias, podría admitirse la existencia de un delito continuado (art. 49), “varias violaciones de la misma ley penal”⁴⁸⁵.

- 2429 El punto de partida es que no existe problema alguno cuando una sola es la ley aplicable, circunstancia en la que el juez conoce, con precisión, los márgenes inferior y superior dentro de los cuales individualizará la pena. Por esta razón, en el art. 49 sólo se han considerado los casos en que, realmente, se da la posibilidad de reprimir al agente mediante dos o más disposiciones legales. Para no dejar en manos del juez un excesivo poder discrecional, señala, de manera expresa, la manera cómo debe resolver estos conflictos.

5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal

a. Legislación y doctrina extranjeras

- 2430 En algunos códigos, se trata de la misma manera al concurso ideal y al concurso real. Por ejemplo, en Suiza, el art. 49 del CP federal estatuye: “cuando por un solo acto o por varios, un autor incurre en varias penas privativas de libertad, el juez le condenará a la pena de la infracción más grave, y aumentará la duración según las circunstancias, pero no sobrepasará esta pena aumentada en su mitad. El juez estará, además, limitado por el máximo legal de la clase de pena”.
- 2431 Este sistema es justificado, en particular, por razones prácticas. Así, se estima que siendo conveniente agravar la pena en caso de concurso ideal, sobre todo si el delincuente sabe o debe saber que su acto ha violado varias disposiciones, es superfluo complicar el código adoptando sistemas diferentes para ambos concursos⁴⁸⁶. Igualmente, se sostiene que si bien, en teoría, hay que distinguir entre ambos concursos, tratarlos de manera igual evita que se planteen cuestiones muy sutiles y explica la aplicación de la pena única (*Einheitstrafe*)⁴⁸⁷. En Alemania, donde diversos autores son partidarios de este criterio, se planteó su admisión al discutirse la reforma del viejo Código alemán, pero no fue aceptada, siendo, por el contrario, incorporada en el derecho penal de menores⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Ver *infra* N° 1133 ss.

⁴⁸⁶ Procès verbal de la deuxième Commission, T. I, p. 393. Estudiando el Código suizo vigente, GERMANN, 1942, p. 86, ha afirmado de que nada se deduce en favor del principio de la absorción de la existencia de un solo acto. Según él, se justifica una pena agravada porque “la voluntad criminal no es abarcada por una sola disposición”.

⁴⁸⁷ GEERDS, 1961, p. 483; SCHMITT, 1963, p. 593; NIESE, 1954, T. I., p. 159.

⁴⁸⁸ Ver: Jugendstrafgesetzbuch, §§ 31 y 66, MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, 1989, § 56 IV A 4.

Esta clase de propuestas implica el abandono, en la práctica, de la distinción entre concurso ideal y real⁴⁸⁹. El principal argumento en favor es la imposibilidad de determinar un criterio certero para distinguir la unidad de la pluralidad de acción. En consecuencia, hay que aceptar que, desde la perspectiva de la política criminal, la distinción practicada es arbitraria y, por lo tanto, siempre insegura⁴⁹⁰. En Alemania, el rechazo a tratar de manera igual los concursos ha sido criticada en el sentido de representar la “conservación de un esquema conceptual arcaico”⁴⁹¹. 2432

b. Legislación nacional

El art. 48 tiene como fuente inmediata el art. 105 del CP de 1924, el que tuvo como modelo el art. 55, inc. 1, del CP holandés. Parece que esta solución fue adoptada en vista de que también la habían admitido el legislador helvético (art. 67, Anteproyecto 1915), el italiano (art. 78 del CP de 1889) y el argentino (art. 54 del CP de 1921). 2433

De acuerdo con el texto original del art. 48, una vez admitido que se trata de un concurso ideal de delitos, la cuestión era determinar la ley que prevé la pena más grave, dentro de cuyos márgenes se debía fijar la pena concreta. 2434

Este sistema se basaba en el principio de la absorción⁴⁹², según el cual la pena más severa impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves que se han cometido (*poena major absorbet minorem*⁴⁹³). El juez –en el momento de individualizar la pena– debe tener en cuenta las otras leyes en concurso para escoger la que prevé la pena más severa. 2435

Sin embargo, esta situación ha cambiado según la modificación operada por la Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006. El nuevo texto establece que la pena “podrá incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que pueda extenderse a treinta y cinco años”. Esto se justificaría, en la medida en que 2436

⁴⁸⁹ Este criterio primó entre los suizos; figuraba ya en el CP austriaco de 1852 (§§ 34, 35) y en el Código de instrucción criminal francés (art. 28) y en el art. 5 del CP francés. En el art. 132-2 nuevo CP de 1993, se dispone que hay concurso de infracciones cuando una infracción es cometida por una persona antes que ésta haya sido definitivamente condenada por otra infracción.

⁴⁹⁰ GEERDS, 1961, p. 495.

⁴⁹¹ COENDERS, 1921, p. 3.

⁴⁹² HURTADO POZO, 2005, p. 932 ss.

⁴⁹³ BLEI, 1975, p. 301; LEUKAUF/STEININGER, 1992, p. 212. En doctrina peruana, VILLAVICENCIO, 2006, p. 701 ss.

una sola de las disposiciones en conflicto no cubre toda la realidad del acto cometido.

- 2437 Por otro lado, antes de la modificación sustancial del art. 50, la pena, en el caso de concurso real de delitos, debía fijarse imponiéndose la pena del delito más grave, agravándola en consideración a las demás infracciones. Por tanto, a diferencia de lo previsto para el concurso ideal, se debían tomar en cuenta los demás delitos para agravar la pena, que debía fijarse dentro de los márgenes establecidos por la ley más severa. Debido a que en el art. 46 se señala, por un lado, que la pena será determinada según “la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido” y, por otro, que su aplicación es necesaria en todos los casos en que se impone una pena, resultaba un tanto utópica la distinción que, en relación a las consecuencias penales, el legislador establecía entre los dos concursos.
- 2438 En la jurisprudencia nacional, se evidenciaba que, en realidad, ambos concursos producen las mismas consecuencias. Esta situación resultaba de la conjunción de tres factores: la libertad concedida al juez para individualizar la pena, la amplitud de los márgenes penales señalados para cada delito y la técnica adoptada para resolver los casos de concurso. Además, hay que tener en cuenta que existe una relación directa entre la gravedad de los tipos legales, el bien jurídico que protegen y la pena prevista. En efecto, en la medida en que los tipos legales protegen bienes iguales, cuanto más importante sea el bien jurídico que se tutela, mayor será la pena que se impondrá. De ahí se sigue que cuando el art. 50 (concurso real de delitos) establecía que se reprimiría con la sanción del delito más grave, en la práctica se trataba, por lo general, de la pena más grave (que es la que el juez debe imponer en caso de concurso ideal). La situación ha cambiado porque para el concurso real, el texto modificado del art. 50 dispone la acumulación de penas.
- 2439 El trato unitario de ambos concursos a que se llega aplicando la regulación modificada no era satisfactorio. Sin embargo, el trato diferenciado también ha sido con frecuencia criticado desde un punto de vista de política criminal. Así, se afirma que “depende, muchas veces, del azar que un padre ahogue a sus dos hijos uno después de otro o que lo haga al mismo tiempo. En el primer caso, habrá concurso real y en el segundo, concurso ideal”⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss. N° 7. En relación con nuestro derecho, el ejemplo no es tan oportuno, ya que el art. 107 de nuestra ley fija la pena no menor de 15 años de privación de libertad para el parricidio. Si no se tratara de los hijos del agente, se aplicaría el art. 106, que reprime el homicidio con pena

Sin embargo, recordemos que en nuestra legislación este caso de concurso ideal homogéneo no se encuentra previsto por el art. 48 debido a que las normas aplicables a la acción única no son distintas.

V. Concurso real de delitos

1. Noción

Según el art. 50⁴⁹⁵, el concurso real de delitos se presenta “cuando concurren 2440 varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes”. Así, se reproduce la fórmula del art. 108 del CP de 1924, cuya fuente es el art. 57, inc. 1, del CP holandés y en el que se establecía con mayor claridad la pluralidad de acciones. Así, determinaba que los hechos punibles “deban considerarse como otros actos independientes y constituyendo varias infracciones...”. No obstante, la redacción del art. 50 no implica una modificación substancial del sentido de la regla holandesa⁴⁹⁶.

Las características específicas del concurso real son, por tanto, la pluralidad 2441 de acciones, la conformidad de éstas a ciertos tipos legales y su condición de delitos en sí mismas (independencia en cuanto a la tipicidad).

2. Pluralidad de acciones

Cada uno de los comportamientos cometidos por el agente debe ser con- 2442 siderado como una unidad de acción independiente. Pueden consistir en movimientos corporales voluntarios (p. ej., dos disparos que causan la muerte a otras tantas personas) o unidades jurídicas de acción (p. ej., dos delitos complejos o dos delitos permanentes). La autonomía de estas unidades de acción, determinada en función a los tipos legales respectivos, permite que puedan ser consideradas como delitos independientes.

La fórmula “varios hechos punibles” del art. 50 significa que varios tipos 2443 legales deban ser realizados mediante varias acciones. Se trata, por tanto, de delitos independientes porque cada uno supone una unidad de acción y no están vinculados de manera a constituir una unidad jurídica de acción.

privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 20 años; es decir, que el juez puede imponer hasta 20 años. En este caso, es imposible pensar que el juez no tenga en cuenta ambos resultados para fijar la pena, a pesar de ser cometido mediante una sola acción.

⁴⁹⁵ Cfr. VILLAVICENCIO, 2003, p. 337 ss.

⁴⁹⁶ La influencia holandesa era más acentuada en el Proyecto nacional de 1916, en el que el legislador distinguía, siguiendo al modelo holandés, entre penas de la misma o diferente naturaleza, para fijar la pena correspondiente.

En todo caso, hechos punibles no significa sólo pluralidad de resultados o de violaciones a la ley.

- 2444 El requisito de la pluralidad de las unidades de acción se percibe con mayor nitidez si se tiene en cuenta la definición del delito continuado del art. 49. En esta disposición, se hace referencia a “actos ejecutivos de la misma resolución criminal” que violen la misma ley penal. De donde se deduce que la regla del art. 50 presupone una pluralidad de actos independientes, a los que el modelo holandés hacía referencia expresa.

3. Concurso real homogéneo y heterogéneo

- 2445 Las acciones cometidas por separado pueden realizar el mismo tipo legal y constituir, por tanto, varios delitos de la misma especie. Por ejemplo, en ocasiones diferentes, el agente comete varios hurtos. En este caso se habla de concurso real homogéneo, en oposición al concurso real heterogéneo, consistente en la ejecución de varias acciones constitutivas de delitos diferentes (p. ej., un hurto, un homicidio, dos estafas).
- 2446 A diferencia de lo que sucede con el concurso ideal (art. 48), la regla del art. 50 permite considerar sin mayores problemas el concurso real homogéneo; pues dispone la acumulación de las penas impuestas por cada uno de los delitos.

4. Fijación de la pena

- 2447 El texto original del art. 50 no era bastante claro respecto a la manera de cómo debía fijarse la pena. Se establecía, una sola regla para todas las penas (privativas de la libertad y pecuniarias) y, por otro, si bien se decía que la pena será agravada en razón del resto de delitos cometidos, se reenviaba al art. 48 que no toma en cuenta a estos últimos. Salvo que se entendiera que la remisión concernía al art. 48, pf. 2, en el que se estatúa que las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones. Sin embargo, a pesar de la redacción imprecisa, se establecía el principio de la absorción⁴⁹⁷ (*Asperationsprinzip*), según la cual el juez, luego de establecer la pena por el delito más grave, la agravará teniendo en cuenta los demás delitos perpetrados.

⁴⁹⁷ Ver *infra* N° 2435 ss.

Mediante la modificación introducida por la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006, se abandona este principio en favor del de la acumulación de penas (“*quot delicta tot poenas*”). De acuerdo con la nueva versión, cuando “concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumaran las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”. Esta modificación es inconveniente porque es contraria a los fines atribuidos a la pena (art. IX)⁴⁹⁸. 2448

En la medida en que se prevé sólo la suma de las penas privativas de libertad, se plantea la cuestión de si las penas accesorias, no previstas en todas las disposiciones aplicables, se aplicarán cuando sólo estén previstas en una de ellas. La respuesta se obtiene considerando que, en razón de la misma índole del concurso real, todas las disposiciones son aplicables porque se trata de delitos independientes y, en consecuencia, el juez puede sin más tomar en consideración las penas accesorias de acuerdo con las reglas de la individualización de la pena. 2449

El Anteproyecto de CP 2009, no prevé modificaciones sustanciales a la individualización de la pena en caso de concurso real de delitos. En su art. 53, se mantiene como principio rector la acumulación de penas concretas parciales y también los mismos límites. 2450

VI. Concurso real retrospectivo

1. Noción

El art. 50 supone juzgar al responsable, al mismo tiempo, por todos los delitos en concurso. Lo que implica que los diversos delitos sean materia de un mismo proceso o que hayan sido acumulados. Esta acumulación es ordenada por el CdePP (art. 21, inc. 1) y por el el NCPP (art. 47), en razón a la conexión de delitos y de agentes. En el art. 51, en cambio, se estatuye cómo juzgar de nuevo a una persona, ya condenada por una infracción penal, por un delito (u otros delitos) que había cometido antes de la condena. En doctrina, se denomina a este caso concurso real retrospectivo. 2451

⁴⁹⁸ Ver: GEERDS, 1961, p. 452 ss.; así mismo, la bibliografía por él citada.

- 2452 Según el art. 1 de la Ley N° 10124, del 29 de diciembre de 1944, “la acumulación tanto para la investigación como para el juzgamiento, en los casos de conexión⁴⁹⁹, se ordenará” cuando el agente es autor de uno o más delitos; cuando varios agentes aparecen inculcados de un solo delito como autores o cómplices; y, por último, en los casos de conexiones complejas (pluralidad de agentes y de delitos). La acumulación es obligatoria en el caso de participación y el de pluralidad de delitos, en la medida en que no se haya abierto instrucción contra el agente por uno de éstos. Si se ha iniciado la persecución penal por uno o se trata de un caso de conexión compleja, la acumulación es facultativa. De modo que el juzgamiento simultáneo de las infracciones en concurso tendrá lugar, con toda seguridad sólo si la instrucción se inicia contra el autor singular de todas ellas. En los restantes casos, la acumulación depende de lo que decida la autoridad competente, y sólo “cuando los procesos estén en el mismo estado, y siempre que la acumulación no redunde en la inútil postergación del juzgamiento de los que ya tuviesen mérito suficiente para ello” (inc. 2 del art. 1 de la Ley N° 10124). De no ordenarse la acumulación, surge la cuestión del concurso real retrospectivo y el nuevo juzgamiento será realizado de manera sucesiva.
- 2453 De acuerdo con el art. 31, inc. 1, del NCPP, existe conexión de procesos cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos. Caso en el que, conforme al art. 49 del mismo código, procede ordenar, de oficio o a petición de parte, la “acumulación para el Juzgamiento”. La acumulación es obligatoria en caso de pluralidad de autores y de partícipes del mismo hecho punible (arts. 31 y 47 del NCPP). En los demás casos de conexión, puede ser ordenada cuando “los procesos se encuentren en el mismo estado e instancia, y no ocasionen grave retardo en la administración de justicia. Sólo respecto a estos últimos casos se puede hablar de concurso retrospectivo.
- 2454 Estas reglas rigen en el campo procesal y sólo tienen efectos respecto al juzgamiento único o sucesivo del agente. Por tanto, ninguno de los criterios establecidos en ellas debe ser utilizado para resolver problemas propios a los concursos ideal y real.
- 2455 El principio de la absorción de penas previsto en el texto original del art. 51, fue sustituido, como en el caso del concurso real, por el de la acumulación de penas (Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006). Según el nuevo texto de dicho artículo, si “después de la sentencia condenatoria se descubriere otro

⁴⁹⁹ No se debe confundir esta “conexión” con la “conexión” en caso de delitos complejos.

hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito”.

2. Fijación de la pena

Para apreciar cómo se individualizará la pena en caso de concurso real re- 2456
trospectivo, tengamos en cuenta el caso siguiente. X comete un robo en abril de 2002, utiliza, en marzo del año siguiente, una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Después, en junio de 2006, lesiona gravemente a su conviviente. Esta última lo denuncia, por lo que fue juzgado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando en prisión, fue reconocido por el agraviado del robo que cometió en el 2002, por lo que se le inició un nuevo proceso penal. Al iniciarse este juicio, se descubrió la utilización del documento falso, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Así, X es responsable de diversos delitos en forma de concurso real de delitos (robo, art. 188; falsedad documental, art. 427 y lesiones graves, art. 121-A). Pero, éstos no han sido objeto de un solo proceso, sino que han debido realizarse procesos sucesivos posteriores al primero y en el que fue condenado por lesiones graves.

Para fijar la pena se debe partir de la regla que al agente no se le debe im- 2457
poner una pena concreta final que resulte ser más severa que aquella que se le hubiere aplicado si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos en concurso. Esto ha sido tomado en cuenta en la modificación del art. 51, mediante la Ley N° 28730. Así, se ha establecido que la pena concreta será determinada como si se tratara del concurso real de delitos previsto en el art. 50. En consecuencia, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito.

Al respecto, el Anteproyecto de CP 2009, tampoco postula cambios rele- 2458
vantes. En su art. 52, se señala que “tratándose de penas privativas de libertad temporales la pena resultante no podrá exceder de 35 años. Si alguno de los delitos en concurso se encuentra reprimido con cadena perpetua sólo se aplicará esta pena, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el delito posteriormente descubierto”.

VII. Delito continuado

1. Introducción

- 2459 La noción de delito continuado o permanente ha sido considerada como el “concepto penal más confuso y anárquico”⁵⁰⁰. Los esfuerzos realizados en la legislación, doctrina y jurisprudencia para precisar sus elementos no han tenido el éxito deseado.
- 2460 La discusión no ha sido originada por falta de regulación legal; pues aún cuando lo ha sido, la interpretación del texto legal ha dado lugar a marcadas divergencias⁵⁰¹. En general, existe acuerdo entre los autores sobre cuáles son sus elementos; pero discrepan, con frecuencia, sobre la manera cómo deben ser concebidos. Así, respecto al art. 81 del CP italiano, los juristas y la jurisprudencia disienten sobre cómo comprender la fórmula “un mismo designio criminal” (*medesimo designio criminoso*)⁵⁰². En Alemania, las discrepancias conciernen también el elemento subjetivo del delito continuado⁵⁰³.

2. Carácter normativo del delito continuado

- 2461 Se discute mucho sobre si el delito continuado es una ficción, una realidad natural o una realidad jurídica. El primer criterio estaría “de acuerdo con el origen histórico de la institución”⁵⁰⁴. Según Carrara, “el delito continuado es el fruto de una ficción legal. Y existe una ficción legal toda vez que el legislador asigna a ese hecho o conjunto de hechos diversos el mismo trato jurídico de un hecho o conjunto de hechos diversos, sabiendo que no existe entre ellos alguna relación”⁵⁰⁵. Según Bettiol, “cuando el legislador crea una ficción, es consciente de formular una reglamentación jurídica contraria a aquella que es la realidad sustancial de los hechos a regular. *Fictio mum quam convenit cum veritate*”⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 269; VELÁSQUEZ, 2003, p. 381.

⁵⁰¹ Con relación a la insuficiencia de la reglamentación legislativa en la determinación precisa de los contornos del delito continuado, ver: GEERDS, 1961, p. 485.

⁵⁰² ANTOLISEI, 1969, p. 409; BETTIOL, 1969, p. 601; LEONE, 1976, p. 279; MARSICO, 1969, p. 248; MAGNO, T. I, N° 433. Respecto a la jurisprudencia, ver: LATTANZI, 1974, p. 202 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 496 ss.

⁵⁰³ PUPPE, 1985, p. 246; JAKOBS, 1991, 32/50; SAMSON/GÜNTHER, en SK, AT 2, Vor § 52 N° 63 ss.

⁵⁰⁴ CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951, p. 33; FERNÁNDEZ, p. 307.

⁵⁰⁵ CARRARA, 1871, N° 520.

⁵⁰⁶ BETTIOL, 1969, p. 571; MANZINI, 1961, T. III, p. 418 ss.; LEONE, 1976, p. 972. Cfr. BRAMONT

Para Antolisei, por el contrario, concebir el delito continuado como una ficción no es conveniente, porque “no se puede decir que la unidad entre las diversas acciones que constituyen el delito continuado, sea contrario a la verdad, en cuanto a las acciones mismas no son en la realidad del todo diferentes: ellas tienen un elemento común que las une”. En opinión de Massari, “al ente resultante no se le puede negar el carácter de realidad jurídica”⁵⁰⁷. En oposición a estos criterios, algunos autores han afirmado la unidad real y natural, tanto subjetiva como objetiva, del delito continuado⁵⁰⁸.

Se han planteado discrepancias también sobre la índole objetiva o subjetiva del delito continuado. En el primer sentido, se da prioridad a la intención única del agente como factor que determina su existencia⁵⁰⁹. En el segundo, se consideran determinantes los diversos aspectos objetivos que se le atribuyen (actos homogéneos, contexto físico y temporal). Así, Mezger consideró que “este punto de vista objetivo puro, es, en realidad, el único correcto”. En su opinión, “ha de exigirse unidad del tipo básico, unidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y una conexión temporal adecuada, y en los ataques personales también identidad de persona ofendida”⁵¹⁰. Un criterio mixto, preferido en la doctrina, sostiene que junto a ciertos fundamentos objetivos (unidad de bien jurídico violado, homogeneidad objetiva de las diversas acciones, vinculación temporal y local), se ha de considerar un factor subjetivo⁵¹¹.

También, en la jurisprudencia y en la legislación, se presentan discrepancias en cuanto al fundamento para admitir el delito continuado. En sus orígenes, se argumentó la necesidad de evitar que la reacción penal fuera severa en exceso⁵¹².

ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995, p. 235. En Alemania, es considerada, generalmente como una ficción, y los autores propugnan su desaparición, así, JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 1. Para el derecho español, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 536; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1984, p. 659; SAINZ CANTERO, 1990, p. 227 ss.

⁵⁰⁷ ANTOLISEI, 1969, p. 410.

⁵⁰⁸ ALIMENA, 1916, p. 492 ss.; FLORIÁN, 1929 (1934), T. II, p. 70; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 826.

⁵⁰⁹ Cfr. BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 259.

⁵¹⁰ MEZGER, 1946, T. II, p. 373. Cfr. HAFTER, 1946, p. 347; VON LISZT/SCHMID, 1932, p. 352.

⁵¹¹ Como lo hemos indicado anteriormente, se debate mucho en torno a este elemento; que es designado de diferentes maneras: unidad de resolución, mismo designio, dolo global (*Gesamtvorsatz*), dolo continuado (*Forsetzungsvorsatz*).

⁵¹² SOLER, 1976a, T. II, p. 302 ss. Este autor afirma, correctamente, que la teoría del delito continuado ha sido por primera vez formulada por Farinaccio y que su razón de ser proviene del propósito de recusar la aplicación de penas extraordinariamente severas, en

Uno de los más entusiastas defensores de este criterio fue Carrara⁵¹³. Hay que recordar que fue admitido en la legislación italiana⁵¹⁴.

- 2465 El Tribunal Supremo Federal alemán ha sostenido que existe una razón práctica de carácter procesal: imponer penas por cada uno de los delitos que constituyen el delito continuado sería un trabajo engorroso, superficial y demasiado superfluo. Además, esta labor debería culminar con la elaboración de una pena de conjunto. En consideración a estas dificultades, la doctrina alemana tiende a considerar que la noción de delito continuado presenta más desventajas que ventajas para la elaboración de una jurisprudencia racional. Uno de los argumentos principales en favor de su supresión es el que conduce a dictar sentencias sobre meras conjeturas⁵¹⁵.
- 2466 De la regulación en el Código, se desprende que el delito continuado es considerado como una ficción jurídica. En la versión primigenia del art. 49, su regulación comportaba una atenuación de la pena, en la medida que constituía una verdadera excepción al art. 50 (concurso real). El texto vigente lo ha convertido en agravante en ciertas circunstancias.

3. Regulación legislativa

- 2467 El texto original del art. 49⁵¹⁶ era una reproducción del art. 107 del CP de 1924. La fuente legal de esta disposición es el art. 78 del CP italiano de 1889, cuyo texto fue transcrito casi al pie de la letra, salvo en lo referente a la pena⁵¹⁷. La nueva versión del art. 49, establecida por la Ley N° 26683, no cambia lo esencial de la definición. Se le considera constituido por factores tanto de orden objetivo, como subjetivo. En el Anteproyecto de CP de 2009, art. 10, se propone volver a la versión original del Código (art. 49).

particular la de muerte, en ciertos casos de repetición del mismo hecho; MANTOVANI, 1979, p. 439 ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951, p. 39; REYES ALVARADO, 1990, p. 158 ss.

⁵¹³ CARRARA, 1949, N° 514 y 519.

⁵¹⁴ Código toscano de 1883, art. 80; CP de 1889, art. 79 y CP de 1930, art. 81, inc. 2.

⁵¹⁵ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 728. Consideran incorrecta su admisión desde un punto de vista político-criminal; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 2; SCHMITT, 1963, p. 61, la juzga como una ficción tendiente a evitar el concurso real y dice que es la “cruz más pesada” en la teoría del concurso.

⁵¹⁶ VELÁSQUEZ, 2004, p. 406 ss.; VILLAVICENCIO, 2003, p. 323 ss.; PRADO SALDARRIAGA, 1998, p. 203.

⁵¹⁷ De esta manera, el legislador nacional se alejó claramente del modelo holandés, al que recurrió con cierta frecuencia para elaborar los demás casos de concurso de “leyes penales” y “hechos punibles”; diferente, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 237.

Los factores objetivos son la pluralidad de acciones, la pluralidad de violaciones de la misma ley o de igual o semejante naturaleza y el contexto temporal de realización de las acciones. De carácter subjetivo es la unidad de resolución criminal. Esta estructura ha sido admitida en los diversos proyectos de reforma, aunque no de la misma manera. Así, en el Proyecto de 1984, art. 35: “de la misma disposición legal [...] en el mismo momento [...] de igual resolución delictuosa”. En el de 1985 (agosto), art. 36, se disponía que “cuando varias violaciones de una misma disposición legal son ejecutadas con acciones u omisiones homogéneas que obedecen a un mismo móvil y con identidad de ocasión, se consideran como un solo hecho punible continuado y se reprime con la pena correspondiente a éste” 2468

La unidad del delito continuado es ratificada por nuestro legislador cuando estatuye que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, “desde el día en que terminó la actividad delictuosa” (art. 82, inc. 3)⁵¹⁸. 2469

4. Elementos del delito continuado

a. Pluralidad de acciones

La expresión “actos ejecutivos” se refiere a la pluralidad de acciones. Esta pluralidad debe ser determinada según los criterios que expusimos al inicio de este capítulo⁵¹⁹ y que tuvimos oportunidad de reiterar al tratar las formas de concurso. En consecuencia, debe recurrirse al criterio normativo de valoración que ofrecen los tipos legales, sin que esto signifique desconocer la base fáctica. La pluralidad de acciones típicas constituye una semejanza con el concurso real de delitos, en el que también debe existir esta diversidad de las mismas. En este concurso, tales acciones deben ser, de acuerdo con el art. 50, delitos independientes. Por el contrario, según el artículo que comentamos, las acciones cometidas están vinculadas, sobre todo, por proceder “de la misma resolución criminal”⁵²⁰. 2470

⁵¹⁸ Respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo ver *supra* N° 786 ss. Sobre las consecuencias procesales, por ejemplo, las referentes al efecto de la cosa juzgado o a la competencia, Cfr. SÁNCHEZ, 2004, p. 331 ss.

⁵¹⁹ Ver *supra* N° 2458 ss.

⁵²⁰ Cfr. ROCCO, 1930, T. V, parte I, N° 96, referente al Código de 1930, afirmó: “los hechos en continuación constituyen otras tantas acciones distintas; es decir, otras tantas manifestaciones de actividad, y es conforme a los resultados de la psicología deducir que cada una de las acciones, cada proceso ejecutivo sea el resultado de una sola resolución y volición correlativa, de modo que no puede hablarse de una resolución única que presida a todas las diversas acciones”; cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 410 ss.

- 2471 El término acción, empleado en el art. 49, no debe dar lugar a confusión. No significa que deba tratarse de una sola unidad de acción. Del contexto se deduce, con facilidad, que el legislador sólo ha recurrido a ella para referirse al marco temporal en que han “de tener lugar las exteriorizaciones de la resolución criminal”. Se comprende mejor en el sentido de actividad, la misma que es desarrollada en un determinado lapso (“en el momento de la acción”) o en “momentos diversos”. En este sentido se dice, al determinar cuando comienzan los plazos de prescripción de la acción penal en caso de delito continuado, “el día en que terminó la actividad delictuosa”.
- 2472 Es fácil admitir la pluralidad de acciones cuando, por ejemplo, el delincuente hurta en días diferentes diversos objetos; cuando hace sufrir a la víctima, contra su voluntad, el acto sexual, en repetidas ocasiones. No hay que olvidar que el delito continuado es considerado, en la doctrina, como un caso de unidad de acción en sentido jurídico⁵²¹.

b. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza

- 2473 Cuando con una acción se viola dos o más veces la misma ley penal⁵²², se trata de un concurso ideal homogéneo, en el que, tal como lo hemos establecido con anterioridad⁵²³, no hay dudas sobre la ley que debe aplicarse. Tampoco existe vacilación en relación con la pena porque según el art. 48, el juez la fija sin tener en cuenta la realización de los restantes tipos legales que se hallan en concurso con el que señala la pena más grave. Por el contrario, el delito continuado, además de la pluralidad de acciones, supone la pluralidad de violaciones de la ley. En el texto original del art. 49, así como en el art. 107 del CP de 1924, se exigía que debía violarse “la misma ley”. Y aquí, violaciones significa que las acciones se adecuen al tipo legal. El problema crucial estribaba en determinar lo que se debía comprender por “la misma ley”.
- 2474 Resulta interesante considerar cómo se interpretó, en Italia, la noción de “misma ley”, utilizada en el Código derogado y que sirvió de modelo a nuestro legislador. Se sostuvieron diversos criterios con la finalidad de admitir la existencia del delito continuado en casos en que las acciones consistan en tentativas y delitos consumados, o en delitos simples y calificados. Al

⁵²¹ Ver *supra* N° 2417.

⁵²² VELÁSQUEZ, 2003, p. 395 ss.;

⁵²³ Ver *supra* N° 2428 ss.

respecto, Antolisei afirmó que la determinación de lo que significa “misma ley”, “se refiere más a la fijación conceptual del requisito que a sus alcances prácticos”⁵²⁴. Bettiol sostuvo que debe comprenderse como “identidad del precepto jurídico, del mandato, que puede encontrarse especificado en una multiplicidad de diversas disposiciones legales”⁵²⁵. Por su parte, Manzini dijo que se trata de la “norma incriminadora principal, en la cual deben comprenderse todas las normas generales o especiales que tiene carácter integrativo o complementario”⁵²⁶. Por último, baste señalar que Antolisei precisó que es la misma “norma incriminadora, comprensiva de las normas que agravan o atenúan el delito por ella previsto, como de las que degradan el mismo delito de un delito consumado a uno tentado”⁵²⁷.

Esta discusión ha sido superada en Italia gracias a la modificación aportada al art. 81 del CP italiano en el sentido de que las violaciones pueden ser de “la misma o diversas disposiciones legales”. Lo mismo se puede sostener con respecto a nuestro derecho, desde que se agregó a la definición prevista en el art. 49 la frase “o una igual o semejante naturaleza”. Esta adición resulta poco afortunada en la medida en que no resulta claro si se refiere a la igualdad o semejanza de las “violaciones” o, por el contrario, si está referida a la “ley penal”.

En la doctrina alemana, que exige como requisito la violación del mismo tipo legal, se sostiene que debe comprenderse no en el sentido de que los hechos estén previstos en la misma disposición legal; sino más bien, que las diversas acciones violen la misma prohibición jurídico penal⁵²⁸.

Para interpretar el texto modificado del art. 49, resulta interesante tener en cuenta estos criterios. A diferencia de lo estatuido en el texto original, la nueva versión prevé que la pena a imponerse es la “correspondiente al [delito] más grave”. Esta expresión significa que debe escogerse, entre las diversas acciones, la que merece la pena más severa. Su calificación será la del delito continuado. Por lo tanto, no supone que sean diversas las leyes violadas; es decir, que las acciones se encuadren en diferentes tipos legales, de modo que las acciones puedan merecer calificaciones diferentes.

⁵²⁴ ANTOLISEI, 1969, p. 407.

⁵²⁵ BETTIOL, 1969, p. 598. Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 490.

⁵²⁶ MANZINI, 1961, T.II, p. 668.

⁵²⁷ ANTOLISEI, 1969, p. 408.

⁵²⁸ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2001, Vorbem §§ 52 ss. N° 31 ss.; SAMSON/GÜNTHER, en SK, AT 2, Vor §. 52 N° 52; WELZEL, 1967, p. 221.

Sin embargo, como el texto establece que se ha de tratar de violaciones de “la misma ley o una de igual o semejante naturaleza”, las acciones deben ser substancialmente homogéneas, a pesar de las particularidades que las pueden caracterizar individualmente⁵²⁹. Esta unidad en la calificación es el factor de carácter legal que vincula a las acciones que constituyen el delito continuado.

- 2478 Muy relacionado con la cuestión de la ley violada, se halla el tema de la identidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En doctrina, se distingue entre bienes altamente personales y los que no lo son. Por lo general, se admite el delito continuado en los segundos, por ejemplo, cuando se trata de atentados contra el patrimonio; se excluye, por el contrario, cuando concierne a bienes jurídicos altamente personales. Así, por ejemplo, si las acciones constituyen ataques contra la vida, la salud o la integridad corporal. Sin embargo, hay que recordar que la unidad de acción jurídica es admitida cuando el bien jurídico altamente personal que es atacado, varias veces, pertenece al mismo titular. En el lenguaje de Núñez, se trataría de saber si “en el caso de pluralidad de ofendidos, la naturaleza de los bienes lesionados admite esa unidad delictiva”⁵³⁰. Adoptando esta perspectiva, el legislador ha dispuesto, mediante la Ley N° 26683, que las reglas relativas al delito continuado, previstas en el art. 49, p. 1, no sean aplicables “cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personales pertenecientes a sujetos distintos”. Este criterio había sido admitido, aunque de manera diferente, en el art. 36 del Proyecto de 1985 (agosto). En esta disposición se declaraba, aunque de modo menos clara, su no aplicación “a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni, en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales”.
- 2479 En la práctica, no deben adoptarse reglas esquemáticas e inflexibles. El juez debe analizar con mucho cuidado los casos concretos que se le presenten. Ya Mezger señaló, refiriéndose, en general, a todo delito continuado, que sus características “no son susceptibles de ser fijadas de manera esquemática, sino que más bien la decisión última corresponde al razonable arbitrio”⁵³¹.

⁵²⁹ Esta semejanza en las acciones es admitida también en Alemania; pero de manera más amplia. Ver: JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 a. En el sentido expuesto por nosotros, NÚÑEZ, 1974, p. 313.

⁵³⁰ NÚÑEZ, 1974, p. 315. Ver JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 b; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 583.

⁵³¹ MEZGER, 1958, T. II, p. 373, esta afirmación es válida aun cuando fue expresada desde un punto de vista puramente objetivo.

c. Realización de las acciones en momentos diversos

Para delimitar el contexto temporal en que deben realizarse “los actos ejecutivos de la misma resolución criminal”, el legislador indica que las violaciones deben haber sido “cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos”. Frase de la que podría deducirse que admite la posibilidad de que los “actos ejecutivos” se den simultánea o sucesivamente. 2480

Algunos autores, en Italia, aceptaron este criterio, en base a que el art. 81 dice “aunque en tiempos diversos”. Rechazándola por inexacta, Antolisei admite que en relación con las acciones de comisión, su ejecución debe tener lugar, siempre, en tiempos diversos, y que sólo en el caso de la omisión su realización puede ser simultánea⁵³². 2481

Estas opiniones deben ser consideradas teniendo en cuenta las expresiones utilizadas en el art. 49: “en el momento de la acción” y “en momentos diversos”⁵³³. Así, se alude a dos contextos temporales y se presupone una discontinuidad en la realización de los “actos ejecutivos”. 2482

“En el momento de acción” significa que el agente, en un estrecho contexto temporal, comete el delito mediante acciones físicamente independientes. Por esto, la acción debe ser comprendida como actividad desarrollada en un lapso determinado. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad (la noche en que el propietario no se encuentra en casa), se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias subtracciones, exigidas por las circunstancias accidentales (el número o el peso de los bienes). Lo mismo, en el caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual varias veces y tantas como sus condiciones personales se lo permitan. 2483

La frase “en momentos diversos” debe ser comprendida en el sentido de contexto temporal amplio, cuya duración depende de la índole de las acciones y de las circunstancias particulares del caso. Si no se admitiese este criterio, se llegaría a excluir la aplicación de la noción de delito continuado a los supuestos para los que, precisamente, fue admitida. Por ejemplo, el de la cajera que se apodera, durante varios días o semanas, de una 2484

⁵³² ANTOLISEI, 1969, p. 407. Da como ejemplo el caso del funcionario de la policía judicial que se abstiene, con un mismo designio criminal, de ejecutar los diversos mandatos de captura que ha recibido; Cfr. PANNAIN, 1967, p. 679; VASSALLI, 1969, p. 114; FROSALI, 1937, p. 387.

⁵³³ En páginas anteriores, tuvimos oportunidad de señalar que el término “acción” había sido utilizado para indicar un contexto temporal y no para señalar la posibilidad de que el delito continuado se dé mediante una acción.

suma de dinero, sustrayéndola por partes; o del violador que hace sufrir el acto sexual a la víctima una vez por día, durante el tiempo que la tenga secuestrada.

- 2485 Los criterios utilizados para determinar la existencia de varias acciones en momentos diversos, se superponen total o parcialmente, lo que da lugar a cierta confusión. Basta recordar, por ejemplo, que en la doctrina italiana, algunos autores consideran como delitos simples y, por ende, rechazan que se trate de un caso de delito continuado, los casos en que los diversos actos ejecutivos se desarrollan en un estrecho marco temporal. En este sentido, Antolisei, sostiene que las acciones parciales serían, en buena cuenta, actos, fragmentos, de una sola acción⁵³⁴. El interés en sostener este criterio reside en evitar que el autor de un comportamiento de esas características sea reprimido con más severidad⁵³⁵. Como ya hemos señalado, en Alemania, estos casos son analizados como una de las formas de unidad jurídica de acción (*juristische Handlungseinheit*), consistente en la ejecución repetida del mismo tipo legal en un lapso breve. La unidad del delito continuado está determinada porque la violación del bien jurídico, mediante la repetición de la acción típica, significa un aumento sólo cuantitativo de la ilicitud (unidad de ilicitud) y porque, además, el hecho reposa en una motivación única (unidad de culpabilidad)⁵³⁶.
- 2486 Con respecto a la acción de omisión hay que tener en cuenta, sobre todo, que su unidad o pluralidad depende de si al agente podía evitar el incumplimiento del deber de actuar luego de haber omitido ejecutar una primera acción esperada. Una vez admitida la pluralidad de omisiones (p. ej., el funcionario de la Policía Judicial que se abstiene de ejecutar diversos mandatos de captura), se tendrá que constatar si ellas proceden de una misma resolución delictiva para admitir el delito continuado.

⁵³⁴ ANTOLISEI, 1969, p. 407.

⁵³⁵ El art. 81, inc. 2, CP italiano, dispone que el agente será castigado con la pena a imponerse por la violación más grave, aumentada hasta el triple. Este no es el caso de nuestra legislación. Al autor del delito continuado se le sancionará con la “pena correspondiente” al delito cometido “continuadamente”.

⁵³⁶ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 b; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 32. La jurisprudencia alemana denomina a estos casos “unidad de acción natural”. Ver: SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 724 ss. Según este autor, la jurisprudencia y la doctrina alemana llegan, de esta manera, a considerar como delito continuado un conjunto de acciones semejantes, las que constituirían así una única violación de la ley. La diferencia reside, conforme al mismo jurista, en que en el delito continuado falta esa estrecha vinculación local y temporal que caracteriza a la “unidad de acción jurídica”.

d. Identidad de resolución criminal

El factor subjetivo determinante de la configuración del delito continuado, 2487 junto al factor legal unificador de las acciones (violación de la misma ley penal o una de similar índole), es la unidad de resolución criminal.

La expresión “misma resolución criminal” fue utilizada por el legislador 2488 italiano en el CP de 1889. La doctrina de este país la cuestionó bastante y, al mismo tiempo, junto con la jurisprudencia, trató de precisar su significado. En 1930, fue remplazada por la fórmula “el mismo designio criminal” (art. 81). Esta modificación, como era de esperar, no hizo desaparecer las dudas y fue, también, motivo de discusión.

En Alemania⁵³⁷, la doctrina y la jurisprudencia discrepan, así mismo, sobre 2489 la manera de definir este elemento subjetivo. Algunos autores, de acuerdo con la jurisprudencia, afirman que se trata de un “dolo de conjunto” y otros hablan de un “dolo continuado”⁵³⁸

Debido a que la legislación italiana (Código de Zanardelli) ha servido de 2490 fuente a nuestro legislador en la regulación del concurso, recordemos la opinión de algunos penalistas italianos. Alimena, comentando el art. 79, luego de afirmar que se trata “de unidad volitiva dirigida a un hecho delictuoso”, llega a identificar “resolución” con el dolo⁵³⁹. En la exposición de motivos del CP de 1930 (Código Rocco), se criticó la fórmula del Código derogado, diciendo que “no se puede hablar de una resolución única que presida a todas las diversas acciones”⁵⁴⁰. A partir del nuevo texto legal, Bettiol sostuvo que en el “concepto de designio criminoso es determinante el elemento intelectual, en cuanto éste debe ser entendido como un plan, un programa que el agente ha ideado y que realiza sucesivamente en tiempos y en lugares diversos, y aunque en daño de personas diversas”⁵⁴¹.

⁵³⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 54 N° 78; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 c; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 770 ss.; GEPPERT, 1982, pp. 364 ss.

⁵³⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 66 V 3 c; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 727 ss.; SAMSON, en SK, AT 2, Vor § 52 N° 58; WELZEL, 1967, p. 222, trata también al delito continuado como unidad de conducción de vida punible. Welzel, después de optar por el “dolo global” (p. 220) y atendidas las mismas razones, dice que se debe acudir a las “circunstancias concomitantes externas”. Cfr. WESSELS/BEUKLE, 2001, N° 770; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 827.

⁵³⁹ ALIMENA, 1916, p. 498.

⁵⁴⁰ Relazione, T. V, parte I, N° 96.

⁵⁴¹ BETTIOL, 1969, p. 601. Cfr. ANTOLISEI, 1969, p. 409; MANZINI, 1961, T. II, p. 589.

- 2491 De acuerdo con nuestra regulación, en primer lugar, no hay que identificar el elemento subjetivo unificador de las acciones con el dolo. El agente debe cometer con intención cada una de las acciones; pero esto no basta para que se admita el delito continuado. Tampoco debe confundirse con el motivo o propósito que haya perseguido el agente. A esto se refería el art. 36 del Proyecto de 1985 (agosto), diciendo que las acciones u omisiones debían obedecer “a un mismo móvil”. Sería, también, equivocado creer que se trata del impulso voluntario en el que culmina el proceso de deliberación e ideación criminal (fase interna del *iter criminis*).
- 2492 De la explicación dada de los demás elementos del delito continuado, se desprende que ha concebido a las acciones (“actos ejecutivos”) como fases de la realización de una misma empresa delictiva. Por esto establece que “serán considerados [los actos ejecutivos] como un solo delito continuado”. El agente debe proponerse la ejecución de un delito mediante acciones que al ser realizadas constituyen exteriorizaciones de la misma determinación inicial. Un indicio de esta última es la homogeneidad de las acciones, la misma que, a su vez, está condicionada por la unidad del carácter ilícito (fundada en la violación de “la misma ley penal o una igual o semejante naturaleza”). Estas circunstancias ponen en evidencia la interrelación estrecha que vincula a los factores considerados por el legislador.
- 2493 La excepción prevista respecto a los bienes jurídicos altamente personales pertenecientes a personas distintas (art. 49, inc. 2) es justificada, en general, afirmando que en estos casos el agente, debido a la importancia del bien jurídico protegido y en consecuencia a la gravedad de su comportamiento, toma una nueva decisión o confirma la existente cada vez que inicia la ejecución de un nuevo acto ejecutivo. Sin embargo, dicha regla se explica mejor por el criterio de política criminal que considera que no es conveniente atenuar la pena a imponer. Lo que pone de manifiesto también que el delito continuado es una creación normativa. Esos casos dejan de ser tratados como unidad delictuosa. Fuera de esta circunstancia legal, la interrupción del factor subjetivo debe ser comprobada de acuerdo con las circunstancias en cada caso particular. Al respecto, es superfluo pretender fijar reglas generales. La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados puede significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo.
- 2494 Los actos ejecutivos mencionados en el art. 49 pueden consistir también en comportamientos de omisión propia o impropia. Sin embargo, para saber si constituyen una unidad o pluralidad de acciones, se deberán tener en cuenta las peculiaridades de este tipo de acciones.

5. Fijación de la pena

Consecuente con la manera como había concebido el delito continuado y 2495 en consideración al fundamento histórico de su admisión, el legislador nacional había establecido en el texto original del art. 49 que los actos consecutivos “serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a éste”. No se presentaba pues el problema de saber qué disposición era aplicable porque mediante dichos actos debía ser violada “la misma ley penal”. Para individualizarla, el juez debía aplicar las reglas pertinentes (arts. 45 ss.) y, por lo tanto, tener en cuenta, por ejemplo, la responsabilidad del agente y la gravedad del hecho punible (es decir, el conjunto de la actividad delictiva). Esta regulación generaba que el trato de los concursos y del delito continuado fuera semejante.

De acuerdo con las modificaciones introducidas mediante la Ley N° 26683, 2496 es posible admitir el delito continuado, cuando las violaciones son de leyes de igual o de semejante naturaleza, y no ha de tratarse únicamente del mismo precepto penal. Por lo que, la pena que se ha de imponer es la correspondiente al delito más grave. Por ejemplo, Si la empleada doméstica de un artesano, con la misma resolución criminal y en el lapso de un mes, primero, se apodera de bienes que le han sido confiados (art. 190, apropiación ilícita) y segundo, subtrae herramientas del taller (art. 185, hurto), ella debería ser reprimida por delito continuado con la pena que, según las circunstancias materiales y personales concretas, corresponde al acto ejecutivo más grave. Los otros dos no deberían ser tenidos en cuenta; pero por mandato del art. 46 (como lo señalamos antes⁵⁴²) el juez no los ignorará al fijar dicha pena única.

Por razones de pura prevención general y de represión, así mismo, se prevé 2497 la agravación de la pena si con las “violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas”. De manera equívoca, se dispone que “la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave”; como si la pena fuera fijada aplicando la disposición que prevé la más severa represión. Así, se contradice lo dispuesto en el mismo precepto: “se sancionarán con la pena correspondiente al más grave [de los delitos cometidos]”. Por tanto, la pena debe ser aumentada en un tercio de la pena impuesta a título de delito continuado por corresponder a la acción más grave. En el ejemplo citado, si se impusiese, siempre según las circuns-

⁵⁴² Ver *supra* N° 1596 ss.

tancias del caso concreto, la pena de dos años por el delito de apropiación ilícita (ya que por el hurto se impondría pena menor), para determinar el límite superior de la pena en caso de víctimas diferentes habría que aumentar en un tercio la pena impuesta (dos años más ocho meses). De aplicarse literalmente el texto legal, se llegaría al absurdo de admitir que tendría que aumentarse en un tercio de cuatro años (“máxima prevista para el delito más grave”, en este caso, la apropiación ilícita).

- 2498 Por último, se abandona el criterio original del art. 49 respecto a los casos en que los bienes jurídicos perjudicados son de “naturaleza eminentemente personales” y sus titulares son personas distintas. Así, se deja de considerarlos como delitos continuados y, por tanto, las reglas previstas en el art. 49, pf. 1, no son más aplicables. Según el nuevo pf. 2 de esta disposición, la pena se fijará de acuerdo con las reglas generales y, si se dan las condiciones, la referente al concurso real de delitos. Como ejemplo de bienes eminentemente personales hay que citar la vida, la salud e integridad corporal y la libertad.

VIII Concurso aparente de leyes

1. Definición

- 2499 El juez, como lo explicamos al tratar de la interpretación⁵⁴³ da sentido a las normas jurídicas y determina si la acción imputada al agente reúne las notas señaladas en los tipos legales. Es decir, estatuye cuál es la ley aplicable al caso *sub iudice*. Si concluye que sólo una disposición comprende toda la ilicitud de un hecho, se excluye el concurso ideal. En estos casos, con frecuencia, su decisión supone que ha debido escoger entre varias disposiciones legales, a las cuales parecía adecuarse la acción, aquella que la comprende plenamente⁵⁴⁴. Este proceder está condicionado por la manera particular, resultante de la técnica legislativa utilizada, como están relacionados los tipos legales. Así, se habla de concurso aparente de leyes cuando varias disposiciones convergen hacia el mismo hecho (acción), pero la aplicación de una de éstas excluye la de las demás. En doctrina, existe unanimidad en torno a esta definición⁵⁴⁵. Los criterios, no obstante, divergen respecto a si

⁵⁴³ Ver *supra* N° 467 ss.

⁵⁴⁴ VILLAVICENCIO, 2003, p. 346 ss.

⁵⁴⁵ KLUG, 1956, p. 399 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 I; LEUKAUF/STEININGER, 1992, p. 216; WELZEL, 1967, p. 226; BETTIOL 1969, p. 604; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 532;

es o no un verdadero concurso, al nombre que se le da y a los principios que se aplican para resolverlo.

Algunos consideran que se trata de un verdadero concurso, porque la acción cumple, en efecto y de manera sucesiva, con los tipos legales de diversas disposiciones; y que sólo, después, mediante un proceso mental, se llega a retener la aplicación de una y la exclusión de las demás⁵⁴⁶. 2500

La opinión mayoritaria sostiene que se trata de un concurso aparente, en razón a que, mediante la interpretación, se llega a determinar que sólo es aplicable una única disposición: la que comprende en todos sus aspectos a la acción. Partiendo de este criterio, se estima preferible hablar de unidad de ley (*Gesetzeseinheit*)⁵⁴⁷. 2501

Decantarse por una u otra postura depende de la perspectiva que se adopte. El problema puede ser considerado, por un lado, en relación con el momento en que se escoge la norma a aplicar y, por otro, con respecto al momento de su aplicación. No puede afirmarse que quién comete el delito de parricidio cumple primero con el tipo legal del delito de homicidio (art. 106) y en seguida con el del parricidio (art. 107). El agente, en este caso, realiza sólo el tipo legal previsto en la última disposición. En la práctica, el juez puede dudar mientras no logre comprobar la presencia de todos los elementos típicos del parricidio: el vínculo familiar entre agente y víctima, o el *animus necandi*. Otras veces, las dudas sobre la conformidad de la acción al tipo legal pueden provenir de la incertidumbre respecto a los alcances del texto legal, y no de una indeterminación en las características de la acción delictuosa. Por ejemplo, comprobado que el agente, al comenzar el alba, ha robado un bien mueble ajeno (art. 188), le resta decidir si debe aplicar el inc. 2 del art. 189 que agrava la represión cuando el crimen es cometido “durante la noche”. La solución depende de la interpretación que se haga de tales disposiciones y de las relaciones que se fijen entre ellas. 2502

Se puede afirmar que “este tema corresponde, indudablemente, a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas⁵⁴⁸. Así mismo que es preferible, como lo hace el legislador en el Código vigente, no prever reglas 2503

NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 284; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 121 ss.

⁵⁴⁶ SCHMITT, 1963, p. 45.

⁵⁴⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 I 1; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 730; WARD, 1964, p. 81 ss.

⁵⁴⁸ BETTIOL 1969, p. 602. Según este mismo autor, el estudio del concurso aparente debe hacerse después de tratar el concurso de delitos, debido a que sin comprender éste no puede entenderse aquel.

sobre el concurso aparente. Al respecto, hay que considerar, primero, que es mediante la interpretación que se obtiene una respuesta a la pregunta de si se aplica una sola disposición y, segundo, que es imposible fijar en la ley las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa⁵⁴⁹.

- 2504 Estos problemas no deben ser “magnificados”, pues no debería tener “otro contenido que una referencia a los tipos susceptibles de entrar en asociación con otros y un conjunto simple de reglas de interpretación que permitiera resolver las dificultades”⁵⁵⁰. En esta perspectiva, el concurso aparente podría ser planteado como las “relaciones de los tipos delictivos”⁵⁵¹.

2. Principios para resolver el concurso aparente, generalidades

- 2505 Diversos son los criterios referentes tanto a los principios aplicables para resolver los casos de concurso aparente, como al significado de cada uno de ellos⁵⁵². La mayor parte de los autores se refieren a los principios de alternatividad, de especialidad, de consunción y al relativo a los hechos anteriores o posteriores impunes⁵⁵³. Sin embargo, hay que reconocer que estos principios son, en realidad, reglas destinadas a ayudar al juez a interpretar y aplicar la ley. Las discrepancias existentes se deben, entonces, al afán de enmarcar en reglas rígidas las innumerables posibilidades que se presentan en la interpretación de las leyes, así como de establecer las relaciones existentes entre sus disposiciones.
- 2506 Según lo afirmado cuando explicamos la interpretación, debe recordarse que el intérprete recurre a diversos medios para determinar el sentido de las normas legales. Estos medios son de orden lógico y axiológico. Los criterios de valor son decisivos debido a que como todo proceso de interpretación culmina develando los posibles sentidos que pueden darse al texto legal, debe procederse a escoger aquel que se estime más justo. Sin embargo, los criterios lógicos constituyen una guía indispensable para el intérprete. Por esto hay que comenzar esclareciendo las posibles relaciones lógicas existentes entre las disposiciones y los conceptos⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 1; Cfr. STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 104.

⁵⁵⁰ NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 282 ss.; Cfr. ETCHEBERRY, 1976, T. II, p. 121.

⁵⁵¹ NUÑEZ, 1974, p. 174 ss.

⁵⁵² RODRÍGUEZ RAMOS, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 4 ss.

⁵⁵³ Cfr. VILLA STEIN, 1998, p. 443 ss.; VELÁSQUEZ, 2009, p. 1006 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 382 ss.

⁵⁵⁴ KLUG, 1956, p. 403 ss.

Entre dichos criterios lógicos hay que tener en cuenta los siguientes: a) heterogeneidad: los casos que se subsumen dentro del concepto A no caen en el concepto B y viceversa (no se trata necesariamente de casos contradictorios); b) identidad: los casos que caen en A también caen B y viceversa; c) subordinación: los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen también en A; y d) interferencia: algunos casos que caen en A no caen en B. Al consultar la bibliografía extranjera, no debe olvidarse que los ejemplos con frecuencia discutidos pueden no ser útiles en nuestro medio, ya que es posible que nuestra ley describa de manera diferente los tipos legales que son analizados. 2507

a. Principio de identidad

En un mismo sistema legal, dos tipos legales no deberían encontrarse en relación lógica de identidad, porque es superfluo establecer el mismo hecho punible en dos disposiciones legales. Hacerlo constituye un error y es fuente de confusión. En el Código vigente, se ha corregido el error cometido en el CP de 1924 de prever, por un lado, el delito de violación de domicilio agravado por la calidad del agente, descrito en el art. 230, inc. 2, como el hecho del “funcionario público o agente de autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina” y, por otro, el delito de abuso de autoridad que, en los términos descritos, era previsto en el art. 339. El Tribunal Constitucional⁵⁵⁵ ha establecido que si el mismo hecho está regulado en los arts. 1 y 2 del DL N° 25659 y en los arts. 3 y 4 del DL N° 25475, poco importa que en un caso se hable de delito de traición a la patria y en el otro de delito de terrorismo. Por esta razón ha declarado inconstitucionales las disposiciones referentes a la traición a la patria. 2508

b. Principio de alternatividad

Este principio no es comprendido siempre de la misma manera. Algunos sostienen que hay alternatividad cuando los elementos de dos tipos legales son opuestos entre sí; por ejemplo, hurto y apropiación ilícita⁵⁵⁶. Sin embargo, en este sentido, la relación lógica es más bien de heterogeneidad⁵⁵⁷, por lo que no puede hablarse de concurso⁵⁵⁸. Nino afirma, con certeza, que lo 2509

⁵⁵⁵ STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, FJ. 38 ss.

⁵⁵⁶ LISZT/SCHMID, 1932, T. III, p. 157 ss.

⁵⁵⁷ KLUG, 1956, p. 404 ss.

⁵⁵⁸ KLUG, 1956, p. 402 ss.

“mínimo que puede exigirse para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada alternatividad esa posibilidad está excluida por razones lógicas”⁵⁵⁹.

- 2510 Siguiendo a Binding⁵⁶⁰, otros autores estiman que el principio de alternatividad se aplica cuando se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable en la medida en que la otra no estatuya una pena más grave⁵⁶¹. Según Jiménez de Asúa, los tipos legales se comportan, en este caso, como dos círculos secantes, y lo que interesa es saber cuál de ellos debe ser elegido para la subsunción. Este autor aceptó que se escogiera la disposición que estableciera la pena más grave; en caso de prever la misma pena, opinaba que debía determinarse por vía interpretativa cuál de ellas protegía el bien jurídico más importante⁵⁶². El penalista español, citó como ejemplo el concurso entre el inc. 2 del art. 197 del CP chileno, que prevé (según el texto de la época) como delito la falsificación de letras de cambio con perjuicio de tercero, y el art. 468, que regula el delito de defraudación. Según Jiménez de Asúa, “fuera del área secante está la falsificación como núcleo del tipo que lesiona el bien jurídico fe pública, de una parte, y de otra la defraudación, como rector, que se refiere al bien jurídico patrimonio; y en el área secante se hallan la falsificación de letra de cambio con perjuicio de tercero y la defraudación con falsificación de letra de cambio”⁵⁶³.
- 2511 Comprendido a la manera de Binding y sus seguidores, la estructura lógica del principio de la alternatividad, es la de la subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la

⁵⁵⁹ NINO, 1972, p. 64.

⁵⁶⁰ BINDING, 1885, p. 349.

⁵⁶¹ WELZEL, 1967, p. 226.

⁵⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 541; Cfr. FONTECILLA, 1946, p. 19; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 47.

⁵⁶³ En nuestro medio, BRAMONT ARIAS, 1950, p. 130, recurre al mismo ejemplo. Pero, es el caso que los delitos mencionados eran diferentemente tratados por nuestra ley (arts. 244, 364 del CP de 1924, ver arts. 427 y 433 del CP de 1991). Si bien los verbos típicos son los mismos “falsificar” y “defraudar”. El art. 364 (art. 427 del CP de 1991) no hace depender, a diferencia del art. 197 del CP chileno, la represión de la falsificación de la producción de un perjuicio a un tercero. Esta disposición requiere tan sólo que la falsificación “pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho”. De modo que en la zona secante no coinciden como es el caso en el derecho chileno. Si la acción de la falsificación culmina con la realización de una estafa, se trataría, en nuestro derecho, de un concurso ideal. Respecto al caso chileno Cfr. COUSIÑO, p. 5 y 90.

interferencia que corresponde al principio de la subsidiaridad o al concurso ideal.

Lógicamente, la regla general debería ceder el paso a la especial, pero, esto 2512 concluiría en un tratamiento favorable para el delincuente, a quien tendría que imponerse una pena leve. Tal razonamiento no es correcto, pues se olvida que los criterios de interpretación no son sólo lógicos, sino también valorativos. De allí que Klug sostenga que la diferencia entre especialidad y alternatividad (conforme a Binding) no se halla en la estructura lógica, sino en las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo con la naturaleza valorativa (teleológica) del sistema legal⁵⁶⁴.

En razón a su falta de autonomía lógica y de los inconvenientes que produ- 2513 ce, propone Klug que la noción de alternatividad sea excluida del estudio del concurso aparente de leyes⁵⁶⁵.

Los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de 2514 alternatividad, son en realidad errores legislativos, que consisten, ya sea en “considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante y atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en establecer un tratamiento privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente”⁵⁶⁶.

Por su semejanza con un caso dado en ejemplo en la doctrina alemana⁵⁶⁷, 2515 recordemos el referente al art. 246, inc. 1, de nuestro CP de 1924. Esta disposición preveía, junto a otras, la defraudación consistente en incendiar o destruir una cosa o una nave asegurada, o cuya carga o flete estuvieran aseguradas, con el fin de procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador. Esta norma, se hallaba en relación lógica de subordinación con el art. 261 del mismo Código que reprimía el delito de incendio. Es evidente que quien ejecutaba el comportamiento descrito en el art. 246, inc. 1, cumplía igualmente con el tipo

⁵⁶⁴ KLUG, 1956, p. 410 ss., 414 ss. Es interesante notar que COUSIÑO, 1944, p. 118 a 125, afirma, en relación con el ejemplo que comentamos, que las normas citadas por Jiménez de Asúa, como ejemplos de alternatividad, se hallan en relación de especialidad. Consultar también la opinión crítica de ETCHEBERRY, 1956, p. 59 ss.

⁵⁶⁵ KLUG, 1956, p. 415; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 1; GEERDS, 1961, p. 224; SCHMITT, 1963, p. 52; STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 133.

⁵⁶⁶ KLUG, 1956, p. 414; Cfr. MAYER, 1961, p. 414; NAGLER/JAGUSCH, *vorbem* III, *vor* § 73, citados por el mismo KLUG, 1956, p. 403, nota 18.

⁵⁶⁷ BINDING, 1885, p. 349.

legal del art. 261, inc. 1: “El que causare un incendio...”. Por lo tanto, debía reprimirse con una pena más grave. Sin embargo, nuestro legislador había previsto para el incendio simple la pena de penitenciaría no mayor de 10 años (por tanto, no menor de 1 año) y para la indicada forma de defraudación, prisión no menor de un año ni mayor de seis. Binding citó un ejemplo similar al tratar la alternatividad; pero, la mayoría de autores alemanes prefieren, en el presente, considerarlo un caso de concurso ideal de delitos⁵⁶⁸.

c. Principio de especialidad

- 2516 Sobre este principio existe casi unanimidad entre los autores. La claridad de su noción y estructura lógica ha llevado a algunos legisladores a incorporarlo en sus códigos penales⁵⁶⁹. Fue el caso de nuestro legislador, que en el art. 106 del CP de 1924 estatuyó que “si existiere una ley penal especial para un hecho que fuera aplicable una disposición general, sólo se aplica la especial”. La fuente legal inmediata de esta disposición era el art. 55, inc. 2, del CP holandés de 1881. El Proyecto argentino de 1891 regulaba, también, de manera parecida el principio de especialidad (art. 78). En nuestro Proyecto de 1985 (agosto), se estatúa que “el precepto especial se aplica con preferencia al general” (art. 8, inc. 1).
- 2517 En el Código vigente no se prevé una disposición semejante. Esta solución es correcta en la medida en que el principio de especialidad, como los demás relativos al análisis de los casos de concurso aparente de leyes, constituye una regla de interpretación. De manera que su no previsión legislativa no comporta inconvenientes en la aplicación de la ley. Por esto afirmábamos⁵⁷⁰ respecto al CP de 1924, que la eliminación del art. 106 no tendría mayor efecto sobre la claridad o coherencia del Código. Regularlo en la ley, sin hacer referencia a los demás principios interpretativos, puede en cambio conducir a creer que es el único admisible⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem § 265, N° 16; MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 55 I B 3.

⁵⁶⁹ Por ejemplo, el CP español, art. 8, cfr. BACIGALUPO, Arts. 8, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 43 ss

⁵⁷⁰ Cfr. HURTADO POZO, 1987a, p. 616 ss.

⁵⁷¹ El hecho de que el CP italiano de 1930 sólo contemple este principio, art. 79, ha influido en el criterio de ANTOLISEI, 1969, p. 114 ss., un hecho determinante, para que considere que sólo tal principio debe ser conservado. Así por ejemplo, estima que no debe admitirse el principio de subsidiaridad porque no “existe disposición legal alguna que lo regule directa o indirectamente”. Cfr. PAGLIARO, 2000, p. 192.

Dos disposiciones están en relación de especialidad cuando una de las dos 2518 (la ley especial) describe una acción y la otra (la ley general) describe una más amplia que comprende a la primera. Por lo tanto, toda acción que sea comprendida por la ley especial lo es así mismo por la ley general, pero no lo contrario. Dicho de otra manera, todas las características típicas de un tipo legal (previsto en la ley general) están contenidas en otro tipo legal (previsto en la ley especial); el mismo que contiene además otra u otras especificaciones diferentes⁵⁷².

El legislador, a través de las normas especiales, busca mejorar la represión 2519 penal. No hay que olvidar que los tipos legales son siempre esquemáticos, generales; algunos de ellos son particularizados y tratados con independencia de los tipos que les sirven de base. Se trata de las figuras calificadas y privilegiadas. La técnica consiste en retomar el tipo legal general y agregarle una circunstancia agravante o atenuante, referente, por ejemplo, a la manera de cometer la acción, a las calidades personales de la víctima o del agente. Se encuentran en relación de especialidad los arts. 107 (parricidio), 108 (asesinato), 109 (homicidio por emoción violenta), 110 (infanticidio) respecto al art. 106 (homicidio simple); los arts. 186 (hurto agravado), 188 (robo) frente al art. 185 (hurto simple); el inc. 2 del art. 190 (apropiación ilícita cometida por el agente en calidad de curador, tutor...) respecto al inc. 1 de la misma disposición (apropiación ilícita simple).

La especialidad puede darse entre varios tipos legales. Esto se comprende 2520 si se tiene en cuenta que la estructura lógica de la especialidad es la subordinación (todo lo comprendido en el concepto A lo está también siempre en el concepto B, sin que todos los comprendidos en B lo estén igualmente en A); la misma que no excluye que un mismo concepto pueda estar en relación lógica de subordinación con otros varios. Así, el art. 200 (extorsión) está en relación de especialidad con los arts. 152 (secuestro) y 151 (coacción). La extorsión consiste en que el delincuente obliga a la víctima, mediante violencia o intimidación (coacción) o manteniendo como rehén a una persona (secuestro), a que le otorgue o conceda a un tercero una ventaja pecuniaria a la que no tiene derecho⁵⁷³. Lo mismo acontece en el caso del delito de robo⁵⁷⁴: toda acción calificada de robo según el art. 188, es

⁵⁷² PAGLIARO, 2000, p. 193; MEZGER, 1946, T. II, p. 381, siguiendo a Honig; Cfr. KLUG, 1956, p. 381; BLEI, 1975, p. 318; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 533; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 131; FONTECILLA, 1946, p. 99; ETCHEBERRY, 1956, p. 46.

⁵⁷³ BRAMONT ARIAS, 1966, p. 132; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 543 ss.

⁵⁷⁴ En relación con nuestra legislación, es de tener en consideración la limitación formulada anteriormente.

un hurto (art. 185), sin que lo contrario sea cierto; y que todo robo es una coacción (art. 151), sin que tampoco lo contrario sea exacto. Por lo que se puede concluir con Klug que “si en derecho penal se basa el concepto de especialidad en la estructura lógica de la subordinación, se da la posibilidad a partir de lo afirmado, que un mismo tipo legal se encuentre simultáneamente en relación de especialidad con dos o más tipos legales diferentes”⁵⁷⁵. Lo que no debemos olvidar es que el tipo especial debe ser ejecutado sólo mediante la acción y/o las acciones descritas en el tipo o los tipos generales; esto desde un punto de vista conceptual⁵⁷⁶.

- 2521 Si bien considerar la estructura lógica de la especialidad es fundamental, no es cierto, como lo pretende Mezger⁵⁷⁷, que la ley general sea abandonada en favor de la especial sólo por un fundamento lógico. Esto depende, como Larenz lo ha afirmado, de si, mediante la disposición especial, el legislador ha tratado de completar, de modificar la disposición general o de hacer que aquella tome el lugar de ésta. La respuesta ha de obtenerse mediante la interpretación teleológica y sistemática⁵⁷⁸.
- 2522 Cuando concurren una circunstancia atenuante y otra agravante⁵⁷⁹, los autores se dividen entre quienes sostienen que se da el concurso ideal y los que admiten el concurso aparente⁵⁸⁰. En realidad resulta muy difícil establecer reglas fijas, por lo que es mejor analizar cada caso concreto e interpretar correctamente las disposiciones en concurso. Con este fin, se tendrá en cuenta, sobre todo, en qué consisten las circunstancias invocadas para agravar o atenuar la figura básica. A veces, el mismo legislador resuelve, expresamente, el conflicto; así por ejemplo, el nuestro ha establecido una especial represión (art. 109, inc. 2) para el caso en que se presente simultáneamente la circunstancia agravante del vínculo familiar, propio del delito

⁵⁷⁵ KLUG, 1956, p. 400 ss.

⁵⁷⁶ BLEI, 1975, p. 318.

⁵⁷⁷ MEZGER, 1946, T. II, p. 380.

⁵⁷⁸ LARENZ, 1980, p. 191, nota 66, afirmó “no creer que el hecho de que en derecho penal la norma especial desplace sin excepción a la más general, se base, como opina Mezger, sólo en la lógica, sino en que la ley penal más limitada valora siempre el hecho como totalidad (en todo respecto), no dejando lugar, conforme al sentido, para una segunda valoración (la del supuesto de hecho más amplio)”. Con otros argumentos se pronuncia también contra la contemplación puramente lógica de la especialidad, HIRSCHBER, 1934, p. 30 ss.

⁵⁷⁹ En relación con el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes, SOLER, 1976a, T. II, p. 187, señala con justeza que no se presenta problema, pues, “son reducibles a leyes complejas alternativas, cada una de las cuales lleva de por sí a una sola escala penal”.

⁵⁸⁰ Ver: STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 111.

de parricidio (art. 107) y el estado personal propio del homicidio por emoción violenta (art. 109, inc. 1)⁵⁸¹.

Si no existe disposición expresa, debe tenerse en cuenta el hecho particular. 2523
Cabe plantearse, por ejemplo, qué disposición ha de aplicarse a la madre que encontrándose bajo la influencia del estado puerperal (infanticidio, art. 110, caso atenuado de homicidio) mata a su hijo, recién nacido, mediante veneno (asesinato, art. 108, homicidio calificado por la naturaleza del medio utilizado). La respuesta sólo puede obtenerse analizando por qué se atenúa o agrava la represión. La atenuación en caso del delito de infanticidio está fundada en el estado psicológico de la madre; estado que condiciona el comportamiento de ésta. El haber optado por el veneno para matar no puede primar sobre el estado excepcional en que se halla. Este mismo estado puede haberla decidido a escoger dicho medio.

d. Principio de subsidiaridad

Se presenta la relación de subsidiaridad cuando en dos o más disposicio- 2524
nes que regulan la misma acción, una de ellas reclama su aplicación en la medida en que la restante o las restantes, que prevén un comportamiento más grave, no son aplicables. Esa disposición desempeña el papel de auxiliar y se aplica sólo en la eventualidad de que no se apliquen las otras. Por esto Sauer denominó este caso como “*Eventualität*”⁵⁸². Sobre esta noción de subsidiaridad existe casi unanimidad; pero las divergencias reinan respecto a los casos que deben ser comprendidos⁵⁸³.

En el Proyecto de 1985, art. 8, inc. 2, se disponía que “el precepto subsidia- 2525
rio se aplica sólo en defecto del principal, ya sea que se declare expresamente dicha subsidiariedad o sea tácitamente deducible”. Se trataba de una perogrullada. La sistemática del código que previera dicha disposición no sería en nada afectado si fuera suprimida. Por esto se justifica que no haya sido mantenida en el texto definitivo del Código.

La interferencia es la estructura lógica de este principio. Consiste en que al 2526
menos un caso que cabe en el concepto A, también cabe en B; y al menos uno de los comprendidos en A, no lo es simultáneamente en B⁵⁸⁴. Atribuir a una persona un hecho (haber cometido un delito) apropiado para perjudi-

⁵⁸¹ Para Soler, 1976a, T. II, p. 187, la solución legislativa es la única correcta.

⁵⁸² SAUER, 1956, p. 231. Cfr. STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss., N° 105 ss.

⁵⁸³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2; BLEI, 1975, p. 318.

⁵⁸⁴ KLUG, 1956, p. 404 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2.

car su honor constituye una injuria (art. 130) y hacer lo mismo en público es una difamación (art. 132); pero decir que es una indeseable (juicio de valor) sólo es una injuria. De modo que, según los casos, si no se puede aplicar el art. 132, queda la posibilidad de averiguar si no lo sería el art. 130 (norma subsidiaria). Esta subsidiaridad implícita se da también cuando el legislador ha descrito diversos grados de la violación del mismo bien jurídico⁵⁸⁵. Es el caso, por ejemplo de las formas culposas en relación con las dolosas; de las infracciones de peligro respecto a las de lesión; de la tentativa en referencia con la consumación; de la complicidad en cuanto a la instigación⁵⁸⁶.

e. Actos anteriores o posteriores impunes

- 2527 La expresión “actos anteriores o posteriores impunes” es incorrecta, por no tratarse de una impunidad real. Estos casos son punibles en la medida en que son típicos, ilícitos y su autor culpable. Pero no son reprimidos de manera separada porque, mediante la interpretación, se concluye en que la acción total del agente será reprimida desde la perspectiva de otra disposición que prevé otro tipo legal. Así por ejemplo, quien hurta un bien mueble ajeno (art. 185) y luego lo destruye (art. 205) (hecho posterior) sólo será reprimido con la pena fijada para el primer delito⁵⁸⁷, quien fabrique, importe o conserve en su poder instrumentos útiles a la falsificación de moneda (art. 255) (hecho anterior) y falsifique moneda (art. 252), sólo se le impondrá la pena correspondiente a este último delito.
- 2528 En estos supuestos de subsidiaridad existe una unidad de valoración. Es decir, “que el ataque a la esfera jurídica ajena tiene un resultado exclusivo en relación al desarrollo y profundización de la violación del interés jurídico”⁵⁸⁸. Por tanto, sólo debe admitirse la subsidiaridad cuando se viole un mismo bien jurídico⁵⁸⁹.
- 2529 Los casos arriba citados son analizados diferentemente por diversos autores, sin embargo no por las mismas razones⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ En este sentido define HONIG, 1925, p. 113, ver: KLUG, 1956, p. 401; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 732.

⁵⁸⁶ BLEI, 1975, p. 319; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2 b.

⁵⁸⁷ Siempre y cuando la sustracción de la cosa no haya sido cometido para destruirla, ya que el art. 237 estatuye que el agente debe hacerlo con el fin de obtener provecho. Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 393 ss.

⁵⁸⁸ STREE/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, 2006, Vorbem §§ 52 ss. N° 107.

⁵⁸⁹ BAUMANN, 1973, § 36 12 ss.

⁵⁹⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 2 a, b; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 36 N. 12 ss.;

f. Principio de consunción

Se discrepa mucho sobre el sentido que hay que dar a la consunción⁵⁹¹. No 2530
 acierta del todo Bettiol cuando afirma que el criterio de consunción, como
 el de subsidiaridad, han alcanzado un notable grado de cristalización, por
 lo que podrían ser acogidos con tranquilidad⁵⁹². Las controversias exis-
 tentes sobre su sentido y su negación por algunos prueban más bien lo
 contrario.

Mezger consideró, por ejemplo, que se da “cuando una ley, que confor- 2531
 me a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra,
 no permite por ello la aplicación de esta última y la excluye”⁵⁹³. Los casos
 que comprende son los mismos que hemos agrupado bajo el principio de
 subsidiaridad, no reconocido por Mezger. Lo decisivo es que los casos dis-
 cutidos se hallan en relación lógica de interferencia, que es la estructura
 lógica de la subsidiaridad. Klug lo demuestra de manera exhaustiva en el
 trabajo con frecuencia citado por nosotros⁵⁹⁴. De modo que no habría base
 autónoma como para admitir la consunción como criterio independiente.
 Schmidhäuser opta por una solución intermedia, al tratar el acto posterior
 o anterior impune como consunción, caso particular de la “subsidiaridad
 implícita”⁵⁹⁵.

Como todos los demás principios, el de consunción no es sino una tenta- 2532
 tiva de sistematizar las innumerables posibilidades de relación que existen
 entre los tipos legales y de su interpretación debido, precisamente, a sus
 características propias, de aplicación de los mismos a los casos concretos.

La estructura lógica es indispensable para el estudio de los casos presenta- 2533
 dos, pero es evidente que su análisis no aporta la solución definitiva. Una
 apreciación de valor es indispensable. Así, señalemos, por último, que la es-
 tructura lógica de la subsidiaridad, la interferencia, corresponde, también,
 a los casos del denominado concurso ideal de delitos. Si se da el uno o el
 otro, lo determina de modo explícito el legislador (subsidiaridad expresa)
 o se decide mediante la apreciación de valor (interpretación teleológica)⁵⁹⁶.

GEERDS, 1961, p. 372; MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 55 I B 3 a.

⁵⁹¹ Ver: JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 69 II 3 y la bibliografía que cita en la nota 17.

⁵⁹² BETTIOL, 1969, p. 607.

⁵⁹³ MEZGER, 1946, T. II, p. 382.

⁵⁹⁴ Ver: KLUG, 1956, p. 407 ss.

⁵⁹⁵ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 735.

⁵⁹⁶ KLUG, 1956, p. 409.

De allí, la enorme importancia de la técnica legislativa que se emplee en la elaboración de los tipos legales y del correcto manejo de todos los criterios interpretativos que conducen a una adecuada aplicación de las normas legales al caso *in especie*.

IX. La jurisprudencia nacional sobre concurso de leyes y de delitos

- 2534 La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia que analizamos no es bastante clara. Dos son las razones fundamentales: en primer lugar, la ausencia de criterios claros y conformes con nuestra legislación respecto a la unidad y a la pluralidad de acciones; y, en segundo lugar, la inexactitud con que se procede a calificar las acciones juzgadas.
- 2535 Esta última deficiencia hace en particular difícil la determinación de si se consideró que se trataba de un concurso aparente de leyes, de un concurso ideal, de un delito continuado o de un concurso real. Basta como ejemplo la ES del 12 de mayo de 1952⁵⁹⁷. En ésta la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida por la que se condenó al inculpado a dos años de prisión por el delito de estafa y se le absolvió por falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo que no se había comprobado si el mismo inculpado había falsificado moneda, medio utilizado para cometer la estafa. El error se halla en que descartada la falsificación (art. 379, del CP de 1924) por falta de pruebas, aún quedaba pendiente la cuestión de si la acción del inculpado se hallaba o no comprendida en el art. 371 ó 372 del mismo Código (expedido o puesta en circulación de moneda falsificada), pues, si se le reconocía como autor de estafa, significaba que se había constatado que era consciente de que empleaba moneda falsificada en la adquisición de la mercancía. En realidad, estamos frente a un caso de concurso ideal de delitos. La acción del agente (comprar mercaderías mediante moneda falsa) se adecuaba a dos tipos legales (arts. 244 y 371 del CP de 1924), sin que ninguno de éstos la comprendiera en toda su extensión. De acuerdo con el art. 105 de este Código, la pena debería imponerse de acuerdo a la disposición que preveía la más severa, en este caso el art. 371; no obstante, esto no fue considerado por el juzgador.
- 2536 De manera más clara, se consideró que existía concurso aparente entre las disposiciones que reprimían las lesiones graves y el robo agravado. Se afir-

⁵⁹⁷ RJP 1952, p. 2322.

mó⁵⁹⁸ que “si bien la conducta desplegada por el agente puede encontrarse en más de un tipo penal, debe ser de aplicación aquél que prevea el carácter pluriofensivo de su conducta, de modo que en aplicación del principio de especialidad, la figura típica de lesiones graves se encuentra subsumida dentro de los alcances del tipo penal que prevé el delito de robo agravado”.

En un caso juzgado ante un Tribunal de la Corte Superior de Lima⁵⁹⁹, se in- 2537
criminó al procesado el haberse resistido a cumplir el mandato judicial, no obstante haber sido requerido para que entregara las especies secuestradas recaídas en el proceso que se le siguió por el delito de usurpación y daños. Así mismo, se le atribuyó haberse apropiado ilícitamente de bienes que le fueron entregados en calidad de depositario judicial, los mismos que no entregó al juzgado, especies que eran de propiedad de la víctima, a pesar de haber sido requerido conforme a ley en reiteradas oportunidades. En primera instancia, fue condenado como autor de delito contra el patrimonio de apropiación ilícita y por delito contra la administración pública (violencia y resistencia a la autoridad). Esta sentencia fue revocada por el Tribunal en lo referente a la condena por esta última infracción. Con este objeto, los jueces admitieron que se trataba de un concurso aparente de leyes, en virtud del principio de especialidad, y, consideraron que era de aplicación el art. 190, incs. 1 y 2, en el que se reprime a quien, “en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado [...], si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, dándose la *traditio* que es requisito indispensable para la configuración del delito de apropiación ilícita, pues, el procesado recibió los bienes muebles en su condición de depositario judicial encontrándose en la obligación de devolverlos al requerimiento efectuado por la autoridad competente”.

Por no haberse explicado el modo de actuar del agente, la argumentación 2538
de la sentencia es confusa. Al respecto, vale señalar que si bien el delito contra el patrimonio se consume con la apropiación, por el contrario, el delito contra la administración pública, con la simple desobediencia. Por lo

⁵⁹⁸ ES del 7 de octubre de 1999, Exp. N° 3274-Piura, en ROJAS, 2000, p. 107.

⁵⁹⁹ ES del 02 de noviembre de 1998, Exp. N° 4341-97 Lima. También se ha admitido el principio de especialidad en relación con los delitos de estafa, defraudación y fraude en la administración de personas jurídicas, en la ES del 31 de agosto de 1998, Exp. 1052-97 Lima.

tanto, la cuestión es saber si la conducta del procesado constituye o no una unidad de acción. Este no parece ser el caso, pues, con la venta de los objetos que recibió en depósito consumó la apropiación y la desobediencia se produjo en el momento en que fue requerido para que devolviera la mercadería. Siendo bienes fungibles podía haberlo hecho con otras mercaderías del mismo tipo. Además, hay que tener en cuenta que los bienes jurídicos perjudicados eran diferentes.

2539 La jurisprudencia no ha tratado debidamente el problema de la unidad o pluralidad de acción, debido a que no se parte del establecimiento de dicha distinción. Así, en la ES del 8 de noviembre de 1951, se sostiene “que no pueden considerarse como delitos independientes los cometidos para llegar al principal, como es la violación de domicilio para el robo”⁶⁰⁰. El criterio implícito empleado, es el de la vinculación de medio al fin existente entre las “infracciones”. Esto se percibe con claridad en diversas sentencias. Por ejemplo, en la del 25 de abril de 1961⁶⁰¹, se dice “que en el caso de autos la adulteración de los billetes de lotería practicada por los encausados a fin de hacerlos efectivos, constituye el medio para perpetrar el delito previo y sancionado por el art. 244” (estafa); y en la ES del 15 de noviembre de 1960⁶⁰², se sostiene “que el homicidio se ha perpetrado como medio para facilitar el robo, siendo de aplicación el art. 152” (asesinato). En el fondo, de lo que se trata en este tipo de resoluciones son casos de concurso ideal o de concurso aparente de leyes, que no son correctamente planteados, porque no se parte del sistema adoptado por nuestro legislador para resolver éste y los otros tipos de concurso. Mas bien, parece que se seguía aplicando la solución admitida en el CP de 1863, cuyo art. 10, inc. 9, estatúa como circunstancia agravante general la ejecución del “delito como medio de perpetrar otro”⁶⁰³. Esta disposición debía ser aplicada en concordancia con el art. 45, que establecía que al culpable de dos o más delitos se le debía imponer la pena correspondiente del delito más grave, considerándose los demás como circunstancias agravantes.

2540 Aplicar este criterio tanto en el marco de las reglas del derogado CP de 1924 como en el actual Código es fuente de error. De allí que con frecuencia se

⁶⁰⁰ En RJP 1952, p. 1730; Cfr. ES del 27 de agosto de 1996, Exp. N° 3741-1994-B Lima, referente a los delitos de usurpación y contra la fe pública.

⁶⁰¹ En AJ 1961, p. 167.

⁶⁰² En RJP 1961, p. 906.

⁶⁰³ Ver, por ejemplo, la ES del 13 de octubre de 1908, en AJ 1908, p. 445.

niegue la existencia de delitos independientes cuando existe relación de medio a fin; esto es, se afirma la presencia de un solo delito, pero, se condena por dos. Por ejemplo, en la ES del 28 de setiembre de 1971, se sostiene que el homicidio para cometer el robo no es un delito independiente, sino que se trata de un asesinato (art. 152 del CP de 1924). Sin embargo, se declara no haber nulidad en la sentencia que condena al inculcado por delito de homicidio y de robo en agravio del Estado⁶⁰⁴.

Un ejemplo de confusión extrema se encuentra en un dictamen del fiscal supremo⁶⁰⁵, en el que, opinando sobre la nulidad de la sentencia recurrida, afirma que “la inoperancia del art. 105 [del CP de 1924 e invocado por el Tribunal Correccional] es manifiesta toda vez que su regla rige para los casos en que varias disposiciones penales son aplicables al mismo hecho, lo que no ocurre en el caso *sub iudice* en que se han producido dos sucesos independientes y autónomos [...] no se trata de un concurso real de delitos, sino de un delito de tipo complejo o sea calificado a que se refiere la norma del art. 152 [CP de 1924], en el que el robo es absorbido por la figura principal, vale decir el homicidio”. Este tipo de razonamiento revela un desconocimiento no sólo de la doctrina sobre el concurso, sino también de las normas legales. El caso de homicidio cometido para robar, en el marco del CP de 1924, debía ser considerado como una sola acción a la cual podría pensarse que deberían ser aplicadas tres disposiciones: art. 150 (homicidio), art. 239 (hurto) y art. 152 (asesinato); pero, que al ser comprendida en todos sus aspectos por la última, su autor no podría ser reprimido sino según esta disposición. Toda referencia a las otras dos es inútil y equívoca. Vale decir, se trata de un concurso aparente de leyes resuelto de manera expresa por nuestro codificador en el art. 106 CP de 1924. 2541

Por el contrario, de manera más coherente se admite el concurso ideal cuando se producen lesiones y muerte con ocasión de un accidente provocado por un conductor imprudente⁶⁰⁶. Así mismo, se acepta cuando se desaloja violentamente a un inquilino moroso respecto a los delitos de usurpación y realización de justicia por propia mano. 2542

⁶⁰⁴ En RJP 1971, p. 1480.

⁶⁰⁵ RJP, p. 906.

⁶⁰⁶ ES del 25 de setiembre de 1998, Exp. N° 668-97 Lambayeque, en Consejo de Coordinación Judicial, Serie de jurisprudencia de materia penal, p. 148.

- 2543 En la mayor parte de las veces en que la Corte Suprema ha afirmado la existencia de un concurso real, es casi imposible controlar si se ha aplicado correctamente el art. 108 (CP de 1924) para determinar la pena. Esto se debe, primero, a que los datos mencionados no son suficientes, y, segundo, al sistema de márgenes penales bastante flexibles adoptado por nuestro legislador en la parte especial del Código. En una ES del 1 de setiembre de 1970⁶⁰⁷, se impusieron 7 años de penitenciaría al procesado por delitos de homicidio y de lesiones, en lugar de los 6 años fijados por el tribunal correccional. Con este fin, se invocó el art. 108 del CP de 1924; pero si se tiene en cuenta que el art. 150 fijaba como pena mínima 6 años de penitenciaría y que los lesionados eran varios, no se comprende cabalmente que se aumentara este mínimo en un solo año. Debemos anotar que la manera como se cometieron los delitos no fue descrita, lamentablemente, en la Ejecutoria⁶⁰⁸.
- 2544 La misma confusión persiste cuando la Corte Suprema⁶⁰⁹ admite el concurso real refiriéndose al delito de asalto (art. 189, incs. 3 y 4). La descripción de los hechos es confusa e incompleta, porque sólo se hace mención al robo cometido en banda, a mano armada y con ocasión del cual el delincuente causó la muerte del chofer del vehículo atacado. Por esto no aparece clara la referencia que se hace además del art. 427 (falsificación de documento público). Además, la sentencia es errónea en la medida en que no tiene en cuenta el delito de homicidio cometido en agravio del conductor. Por lo tanto, no aprecia la posible presencia de un concurso ideal entre el robo y el delito contra la vida, lo que hubiese determinado que el agente fuera condenado por el delito más grave.
- 2545 Por la corrección del argumento empleado para rechazar la aplicación del art. 108 del CP de 1924, merece citarse el dictamen del fiscal supremo que sirve de base a la ES del 11 de enero de 1946⁶¹⁰. Así, se afirma en dicho dictamen que el “Tribunal sentenciador ha incurrido, en primer lugar, en el error de considerar que existen dos delitos, cuando sólo se trata del de tentativa de homicidio, porque las lesiones que sufrió la agraviada no constituyen infracción distinta, ya que se infirieron en el mismo acto y con el

⁶⁰⁷ En RJP 1970, p. 1245.

⁶⁰⁸ Ver también ES del 5 de diciembre de 1968, en RJP 1968, p. 112; del 12 de julio de 1945, en RJP 1945, p. 612; del 11 de noviembre de 1921, en AJ 1921, p. 169.

⁶⁰⁹ ES del 25 de noviembre de 1997, Exp. N° 4932-1997, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 131.

⁶¹⁰ En RT 1947, p. 25.

propósito de victimarla”. Así mismo, en otra decisión⁶¹¹, se afirma que se presenta concurso real porque “existen momentos delictivos independientes uno del otro, en el que la violación sexual es perpetrada en un primer momento, y en otro posterior, el homicidio, pero vinculado este último directamente al primer delito, por el móvil de ocultar la violación sexual precedente con la intención de procurar una impunidad”.

La jurisprudencia sobre el delito continuado tampoco es del todo uniforme y correcta. En la ES del 31 de marzo de 1975, se sostiene que “el art. 107 [del CP de 1924] al calificar como delito continuado las varias violaciones de la ley penal en el mismo momento de acción o en momentos diversos ejecutivos de la misma resolución criminal, ha comprendido dentro de dicho concepto lo que en la doctrina se denomina delito de comisión permanente, esto es aquel, en el cual la situación antijurídica no cesa y persiste por actos posteriores del agente”. Como hemos tenido oportunidad de indicarlo, este es un caso de unidad de acción determinada por la manera cómo el legislador ha elaborado cierta clase de tipos legales, por ejemplo, el de secuestro. Pero, no el caso del delito de uso de documentos falsificados, materia del proceso que culmina con la ejecutoria antes mencionada. El art. 107 fue útil, justamente, en los casos en que no existía tal unidad de acción. 2546

Afirmar que “la violación definida y penada en el art. 199 del [CP de 1924] no es por su naturaleza delito continuado”⁶¹², induce a error, ya que parecería suponer la existencia de ciertos delitos que por naturaleza son continuados. Esto es falso, porque según el art. 107 del CP de 1924, en principio, todo delito podría ser cometido en forma continuada. El recurso o la negación del delito continuado en estos, como en otros, se debe sobre todo a razones de equidad o de oportunidad en cuanto a la represión. Justamente, en los casos citados se trata de saber si se debe considerar la acción prescrita o cuál es el juez competente. 2547

La notoria divergencia que existe entre la ley y los criterios empleados por la Corte Suprema respecto al concurso de leyes y de delitos, justifica el que hayamos estudiado en forma separada las principales Ejecutorias referentes a esta materia. Si no se produjeron en la práctica judicial graves problemas debido a la incorrecta aplicación de las disposiciones del Código, 2548

⁶¹¹ ES del 31 de marzo de 1998, Exp. N° 6407-97 Cuzco, en ROJAS /INFANTE, 2001, p. 131; ES del 17 de julio de 1998, Exp. N° 1774-98 Lima, en *Dialogo con la jurisprudencia*, año 7, N° 34, Lima, 2001, p. 169.

⁶¹² ES del 5 de agosto de 1946, en RJP 1946, p. 514.

se debió al sistema adoptado por nuestro legislador respecto a la fijación de la pena en los concursos ideal y real y en el delito continuado; así como también, a la forma en que ha fijado los márgenes penales en la parte especial del Código. Los problemas se presentaron y multiplicaron debido al cambio efectuado respecto a la manera de reprimir los casos de concurso real (acumulación de penas en lugar de la absorción de las penas por la pena más grave).