

# El delito continuado. ¿dogmática jurídica o construcción innecesaria?

Por Franco Ezequiel Malizia<sup>[1]</sup>

<sup>[1]</sup> Secretario del Juzgado Federal N° 4 de La Plata. Especialista y Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral. Prof. Adjunto Derecho Penal I, Universidad del Este.

**Resumen:** Reflexiones sobre la innecesaridad de recurrir a la cuestionable construcción dogmática del delito continuado en el Derecho Penal Argentino.

## Introducción.

En el caso de la teoría del concurso, pocos temas de la dogmática jurídico-penal han mantenido al día de hoy tantos índices de confusión como aquellos derivados de la denominada unidad de acción por continuación. Ello probablemente se debe a que los diferentes problemas han sido solucionados con métodos absolutamente disímiles y hasta contradictorios. Como sostiene Rusconi<sup>[1]</sup>, por un lado, algunas cuestiones han recibido un tratamiento puramente dogmático y con un índice indeseable de abstracción, mientras que otros temas han sido enfocados con un pragmatismo político criminal que sorprende. Atendiendo a la estructura del presente trabajo, se abordarán solamente aquellas cuestiones relativas a la acción en el sentido de la teoría del concurso<sup>[2]</sup>, puesto que se intentará determinar cuándo los diversos fragmentos en que se descompone la conducta humana pueden ser contemplados penalmente no por su relevancia -causal, social o final-, sino por su unidad valorativa.

## Unidad o pluralidad de acciones

Un hecho punible se construye a partir de una o varias acciones -u omisiones- humanas, pero la simple utilización de criterios naturalísticos no basta para arribar a una solución satisfactoria; se afirma que el concepto de unidad de hecho es valorativo, en el sentido de que depende de una determinada valoración según la cual varios movimientos musculares deben contemplarse como formando una unidad. Sostiene Zaffaroni<sup>[3]</sup> que con la expresión "unidad de conducta" no quiere decirse otra cosa que "*consideración unitaria de los movimientos voluntarios*" - ligados por decisión y plan común- a los efectos de una única desvaloración jurídica. Según Welzel<sup>[4]</sup> los movimientos corporales en el espacio y en el tiempo son solamente los portadores reales físicos del sentido social de la acción. La controversia se produce al momento de determinar cuál es el criterio con arreglo al que debe decidirse esa valoración.

### II.1. La unidad de acción prejurídica.

El criterio de la concepción natural de la vida elaborado por la jurisprudencia y doctrina alemana parte del punto de vista de los usos y costumbres normales imperantes en una sociedad determinada. La teoría echa mano de un criterio prejurídico para efectuar la distinción -“unidades sociales de acción anteriores al derecho” según Jeschek<sup>[5]</sup>- y requiere dos requisitos para la configuración del hecho único: unidad de propósito y conexión espacio-temporal de los actos parciales. Así, una pluralidad de partes componentes del curso de un suceso externamente separable constituye una unidad de acción cuando los distintos actos parciales se hallan conducidos por una resolución de voluntad unitaria - elemento subjetivo- y se encuentran en una conexión temporal y espacial - elementos objetivos- tan estrecha que se sienten como unidad por un espectador imparcial.

Las críticas a este criterio vienen de la mano de su imprecisión debido a la inexistencia de conceptos extrajurídicos definidos y unívocos. Asimismo, se sostiene que reducir a unidad de acción una situación que se presenta objetivamente como plural por la sola circunstancia de resultar en la voluntad del autor una única acción carece de justificación material. Tampoco la coincidencia espacio-temporal resulta un criterio de unificación válido cuando los actos independientes importan infracciones diversas -por ejemplo, la afectación de bienes jurídicos distintos-.

## **II.2. La unidad jurídica de acción.**

El escepticismo respecto a criterios preexistentes al derecho llevó a la afirmación de que los conceptos de unidad o pluralidad solo pueden ser aprehensibles jurídicamente. De esta manera, el derecho penal construiría la unidad valorativa a partir de sus propios enunciados, evitando adentrarse en las posibles diversas perspectivas de observadores imaginarios potencialmente aplicables para decidir socialmente la presencia de uno o más hechos.

### **II.2.1. Unidad típica de acción en sentido estricto.**

Existe cuando varios actos -pluralidad naturalística- son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. La unidad se deriva de la simple realización del tipo, a pesar de la existencia de varios actos.

Sostenía Stratenwerth<sup>[6]</sup> que la circunstancia de que el acontecer delictivo pueda presentarse jurídicamente como un hecho aun cuando desde una perspectiva exterior consista en una pluralidad de actos, queda patente en los casos en que es

el tipo legal el que crea la unidad de acción, puesto que este último requiere para su realización una pluralidad de actos -por ejemplo, la realización de acciones de carácter sexual sobre una persona-.

El delito permanente también importa unidad típica de acción, puesto que a través de aquél se crea una situación antijurídica que el autor mantiene y con cuya continuación el tipo se sigue realizando ininterrumpidamente. Ello con exclusión de las acciones que se realizan con ocasión del delito permanente, pero no sirven a aquella finalidad.

### **II.2.2. Unidad típica de acción en sentido amplio.**

La unidad típica también puede venir determinada por la formulación del tipo, no ya porque este requiera una pluralidad de actos individuales como condición para su cumplimiento, sino porque, aun cuando no se requiera dicha pluralidad, de realizarse ésta dentro de ciertos límites, puede ser abarcada dentro de la unidad de valoración. Existe unidad de acción por efecto de la figura, aunque el autor trascienda la simple realización del tipo con su accionar, puesto que la amplitud normativa del tipo penal absorbe el contenido de la conducta así ejecutada. Aun en los casos en que la descripción legal de la conducta no lo sugiera, según el uso general del lenguaje, esa descripción abarca una pluralidad de actividades individuales. A éste supuesto, Jescheck<sup>[7]</sup> lo denomina *unidad típica de acción en sentido amplio* por contraposición a la *unidad típica de acción en sentido estricto* en donde se engloban a los demás casos de simple realización del tipo penal. En primer lugar, incluye los supuestos de realización repetida del mismo tipo en un corto intervalo de tiempo. Presupuesto para apreciar unidad de acción en estos casos, es que con la repetición plural del tipo la lesión del bien jurídico solo experimente una intensificación meramente cuantitativa -injusto unitario- y se responda a una situación motivacional unitaria. Asimismo, destaca el referido autor<sup>[8]</sup> que cabe apreciar, dentro de la unidad típica de acción en sentido amplio, el caso de la realización progresiva del tipo a través de una serie de actos individuales

con los cuales el autor se va aproximando al resultado delictivo final, siempre que la misma situación motivacional subsista en una unitaria situación fáctica.

En consecuencia, la doctrina actual atiende principalmente a la descripción típica para determinar la unidad o pluralidad.

Según Jescheck<sup>[9]</sup> lo determinante para la delimitación solo puede ser el "*sentido de los tipos legales vulnerados en cada caso, tal y como se alcance mediante la interpretación*".

Para Welzel<sup>[10]</sup> la unidad de hecho viene determinada por dos factores: el finalista -acciones dirigidas al mismo fin- y el normativo, representado por la valoración jurídico penal comprendida en los tipos. Así, una serie de actos aunados por un elemento subjetivo común -factor final- deben ser desvalorados en forma conjunta cuando la estructura del tipo -elemento normativo- permite abarcar las diversas acciones como una progresión cuantitativa dentro de un injusto unitario. Afirmaba Welzel que *“varios actos de actividad de la misma especie, que están en una relación inmediata, son una sola acción, si constituyen una unidad según el cuadro social de actividad que tiene como base el concepto del tipo”*. De esta manera, cada uno de los actos individuales posteriores al primero *“deben aportar una mera ampliación del mismo contenido de injusto”*.

Según Zaffaroni<sup>[11]</sup> cuando se trata de una pluralidad de movimientos -que es lo que usualmente sucede en un hecho- y los mismos responden a un plan común, es necesario apelar a un factor normativo -“factor jurídico de unidad desvalorante”<sup>[12]</sup> que indique cuándo una única resolución que da un sentido final a varios movimientos puede ser relevada como una unidad por el tipo. Sostiene así que el criterio de delimitación para la determinación de la consideración unitaria de varios movimientos

voluntarios vinculados por el factor final es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del sentido de estos, tal como se obtiene mediante interpretación. En consecuencia, se debe acudir al verbo para denotar la acción y lo más común es que este identifique comportamientos que implican una pluralidad de movimientos.

### **II.2.3. La unidad de acción por continuación.**

Ahora bien, como ha afirmado Jescheck<sup>[13]</sup> la reunión de una pluralidad de actos individuales en una unidad de acción por medio de la interpretación del tipo solo es posible dentro de unos límites relativamente estrechos. Por ello, cuando las categorías dogmáticas -enunciadas anteriormente- conforme a las cuales una pluralidad naturalística puede considerarse como única realización típica resultan insuficientes, se acude al nexo de continuidad para justificar la unidad de acción por continuación. De allí que el delito continuado se presenta como una categoría de ampliación de la unidad de acción por repetición del mismo precepto penal, más amplia aún que las categorías de unidad natural y unidad típica de acción. Como afirma Choclán Montalvo<sup>[14]</sup> en la medida en que una simple interpretación del tipo penal permita considerar una pluralidad de actos punibles como una única realización típica, o cuando esas plurales acciones puedan considerarse como un solo comportamiento en atención a los criterios que se manejan por la teoría y la jurisprudencia para edificar la llamada unidad natural de acción, no es necesaria la construcción jurídica del delito continuado, previsto para supuestos a los que no alcanzan las categorías usuales citadas.

De esta manera, la jurisprudencia, la doctrina y algunas legislaciones fueron enunciando una serie de presupuestos objetivos y subjetivos requeridos para dar

lugar a la aplicación del nexo de continuidad, bajo el cual se unifican plurales acciones que en su singularidad realizan tipos penales completos. La justificación material o procesal del

instituto -que se aparta de las reglas dogmáticas ordinarias- resulta dudosa, y pareciera que la mera presencia de los requisitos que a continuación se enuncian basta para hacer uso del nexo de continuidad, sin indagar cuál es la razón de fondo que legitima su aplicación.

### **III. Fundamentos de la unidad de acción por continuación.**

#### **III.1. Teoría de la ficción jurídica.**

La teoría de la ficción se encuentra ligada a los orígenes históricos del instituto. Se debe a los prácticos italianos de los siglos XVI y XVII, para evitar la pena de muerte que en el Antiguo Régimen se imponía al tercer hurto. La tesis dominante en Italia, que fue sostenida -entre otros- por Carrara y Manzini, reconoce que el delito continuado supone fácticamente una pluralidad de hechos que daría lugar a un concurso real de delitos si no fuera porque se admite -por cuestiones político criminales- la ficción jurídica de que existe unidad, con objeto de evitar la suma de penas y el severo efecto que ello importa en los sistemas que prevén la acumulación aritmética de las sanciones ante el concurso material. El fundamento de la ficción reside en la unidad de designio criminoso.

A mi juicio, un criterio como el enunciado carece de sustento científico en el derecho penal moderno, y viene a remediar un problema que el derecho penal argentino no padece. En efecto, a diferencia de los sistemas en los cuales la teoría de la ficción tuvo origen -acumulación aritmética de las penas-, el artículo 55 CP adopta el sistema de aspersion que impone seleccionar la escala penal de mínimo mayor y asperjarla hasta agravarla adecuadamente hacia límites razonables. Quienes sostienen la irracionalidad de la acumulación material en los supuestos como el examinado olvidan que lo determinado por el sistema de los artículos 55 y 56 CP no es la pena aplicable sino la escala penal sobre la cual se debe efectuar la individualización judicial de la pena, conforme los parámetros de los arts. 40 y 41 CP. El proceso de determinación de la pena -individualización judicial- importa un momento distinto al de fijación de la escala

penal -determinación legal-. El primero involucra una serie de normas y principios que limitan y adaptan la pena divisible al caso concreto, y a raíz de ello la discrecionalidad no tiene cabida -Jeschek<sup>[15]</sup> habla de "*discrecionalidad jurídicamente vinculada*", por oposición a la libre discrecionalidad de una autoridad administrativa que puede elegir entre varias opciones equivalentes-. Por ello,

entiendo que la escala resultante de la acumulación material no importa “*un ámbito de arbitrariedad ilimitado*”, según afirma Zaffaroni[16], si se considera que el sistema de determinación se encuentra provisto de pautas vinculantes respecto a la pena que dentro de dicha escala será individualizada.

Los artículos 40 y 41 CP establecen las reglas de determinación de la pena y, a diferencia de lo señalado por gran parte de la doctrina nacional, estas normas no abren un ámbito de discrecionalidad judicial. Con razón afirma Patricia Ziffer[17] que la existencia de una serie de circunstancias para tomar en cuenta en la decisión no significa que el juez pueda actuar como mejor le parezca, sino que está sujeto a reglas -artículo 41 CP-, las cuales, sin embargo, por su escaso grado de concreción, requieren ser complementadas por vía interpretativa. Esta interpretación, a su vez, no puede ser libre porque la sistemática de la teoría de la imputación no solo ofrece categorías de subsunción, sino también de cuantificación. No hay ninguna razón para ser más preciso a la hora de subsumir un hecho bajo un concepto que a la de graduar su significación.

En el sistema actual, la medida de la pena está dada por aspectos subjetivos – peligrosidad- y objetivos -gravedad del ilícito culpable-. Las categorías de la teoría del delito ayudan al juez a encontrar la pena adecuada a su caso, teniendo en cuenta y analizando todas las situaciones que reducen o amplían el juicio del ilícito y la intensidad de las circunstancias limitantes de la culpabilidad. En ese contexto, la escala penal pierde la trascendencia que los partidarios de la teoría del delito continuado le otorgan. Dos, cinco o diez actos reiterados reflejan un contenido de injusto idéntico sea que se los valore como un hecho único o plural, dentro de una escala mayor o menor. La presencia de circunstancias que reduzcan o dificulten la comprensión del ilícito, o la autodeterminación, permanecerán inalterables en cada caso a los efectos de individualización punitiva, con una u otra escala. Lo mismo puede predicarse respecto a los motivos más o menos reprochables que movieron al autor, o la extensión del daño ocasionado, o el título de participación que le cabe al sujeto, y así podríamos avanzar con cada uno de los aspectos relevantes dentro de la teoría de la imputación. La valoración y cuantificación que de cada elemento se haga permanecerá inalterable sea que se aplique una u otra escala penal.

Sostiene Jescheck[18] que el ejercicio del juez en esta etapa también depende de principios individualizadores que en parte no están escritos. Tales principios se infieren de los fines de la pena, en relación con los datos de la individualización. Así, los principios estructurales del derecho penal vienen a poner límite a la arbitrariedad y al poder punitivo cuyo desborde preocupa tanto a quienes abogan por la reducción de varias conductas perfectamente escindibles a un hecho único bajo la teoría de la ficción.

Reafirma este argumento el hecho de que muchos tribunales colegiados suelen sentenciar en disidencia sobre la cuestión bajo estudio, aplicando algunos jueces la unidad de acción por continuación y otros la acumulación material, no obstante lo cual arriban a montos punitivos muy similares[19].

Dos son los principios penales que por excelencia operan como límite y como referencia a la hora de individualizar la pena: el de culpabilidad y el de

proporcionalidad. El primero puede ser distinguido en su función legitimadora - fundamento de la pena- y, en lo que aquí nos interesa, su función como categoría sistemática del delito. En este último sentido, opera como medida de la pena, y

representa la relación que debe existir entre vulneración o lesividad de la conducta y el castigo sufrido. La pena se funda en la culpabilidad y no debe superar la medida de dicha culpabilidad, convirtiéndose de esa manera en una regla que garantiza la proporcionalidad entre sanción y reprochabilidad[20]. De este modo, la culpabilidad funciona como límite a la imposición de la pena, que no puede exceder la medida del reproche personalizado del acto.

Sentado el límite de la pena, el principio de *proporcionalidad* -derivado de la *razonabilidad* constitucional- extiende su aptitud normativa al campo de las sanciones penales a través del principio de culpabilidad. En ese sentido, el principio de proporcionalidad -según sostiene Yacobucci[21] se constituye en columna vertebral del principio de culpabilidad al brindarle los referentes que permiten ponderar el reproche. El principio, entonces, ayuda a establecer la relación que existe entre gravedad del hecho y gravedad de la pena, y dicha relación se mantiene constante independientemente del marco penal dentro del cual la operación de individualización judicial se efectúe.

Asimismo, durante la operación judicial de individualización de pena, el juzgador debe atender además al resto de los principios que han de limitar el *ius puniendi* en un estado social y democrático de derecho: principios de *resocialización utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad*, etc. En particular -sostiene Mir Puig[22] debe atenderse al principio de igualdad, el cual exige que en el proceso de individualización no se hagan distingos arbitrarios. Así, se impide que por razones coyunturales -frecuencia de delitos, alarma social- se esgrima la prevención general para elevar la pena de algún individuo más que la de otro.

Por último, sostiene Zaffaroni[23] que en el derecho nacional el límite máximo de pena privativa de libertad para el sistema de aspersion se establece en 30 años.

Estipulado en el Estatuto de Roma dicho monto para los crímenes de genocidio, de guerra, de agresión y contra la humanidad, la lesión a un bien jurídico distinto deberá obtener una respuesta punitiva proporcional a partir de aquellos, en todos los casos atenuada en más o en menos, de conformidad con la escala de valores atribuida a los bienes jurídicos que encabezan cada título de la parte especial. En ese sentido, el límite máximo vigente para los delitos más aberrantes también opera como punto de referencia respecto a la operación de individualización, y límite a la pena a imponer.

Concluyendo, entiendo que la teoría de la ficción jurídica carece de justificación en el derecho positivo actual. Si se parte del reconocimiento de la existencia de hechos punibles perfectamente escindibles e independientes, la unificación de

aquellos en un suceso único por cuestiones de benignidad -cuando en rigor de verdad la necesidad no existe como tal- opera en desmedro de la concepción científica del derecho penal. La admisión del fundamento humanitario, además, importa afirmar que las reglas penológicas aplicables a la pluralidad de hechos independientes no permiten comprender en forma adecuada la culpabilidad del autor de una serie reiterada de acciones en determinados casos, mientras que, para el universo restante de supuestos, la aplicación de las mismas reglas resulta satisfactoria. Una afirmación de tal naturaleza, a mi juicio, resulta errónea.

### **III.2. Teoría de la realidad natural.**

Para los partidarios de esta concepción, la unidad derivada del nexo de continuidad no importa una ficción, sino que constituye una realidad natural. Quienes sostienen la teoría no reconocen pluralidad de acciones, sino unidad determinada por el dolo como elemento unificador. En ese sentido, se excluye el tratamiento del delito continuado de la teoría del concurso y se aborda su estudio desde la teoría de la acción, particularmente -para Choclán Montalvo[24]- como ejecución gradual. Así, los lapsos de tiempo que interrumpen la conducta del sujeto tienen el mismo valor que los no menos reales -aunque menos perceptibles- momentos que transcurren entre los varios actos en que a veces se fragmenta el delito simple, o entre las varias tentativas realizadas antes de la consumación del resultado. La teoría fundamenta el nexo de continuidad solamente en los casos de ejecución gradual preconcebida -dolo global o total ab initio-, excluyendo el supuesto de aprovechamiento de idéntica ocasión.

La teoría de la realidad natural representa el máximo intento por llevar a límites extremos la unidad natural de acción. Como sostiene la doctrina española, afirmar que el delito continuado es naturalmente delito único equivale a negar la evidencia, puesto que hablamos de delito continuado en la medida en que no podemos hablar de delito único, así es imposible recurrir a las categorías de la unidad natural y típica de acción.

Adelanto que, a mi criterio, la unidad de acción por continuación se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 55 CP que, interpretado a *contrario sensu*, prevé el supuesto de concurrencia de varios hechos dependientes. En tales términos, la teoría de la realidad natural queda excluida de nuestro sistema positivo en tanto la norma es clara al mencionar que regula supuestos de hechos múltiples.

### **III.3. Teoría de la culpabilidad por conducción de vida punible.**

Para Welzel[25], además del supuesto de unidad de acción por confluencia de los factores normativo y final -dolo total o unitario-, la unidad de acción se manifestaba a través de la unidad por conducción de vida punible, que descansaba en el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o situación permanente, y cuyo fundamento se encontraba en la culpabilidad -menor capacidad del

delincuente habitual para motivarse en la norma-. Sobre el punto, volveré más adelante al tratar el requisito subjetivo de la unidad jurídica de acción.

### **III.4. Teoría de la realidad jurídica.**

La doctrina mayoritaria se inclina por considerar que el delito continuado es una creación del derecho mediante la cual se reduce la pluralidad de acciones a un solo hecho en sentido jurídico. Se diferencia de la teoría de la realidad natural en cuanto reconoce la existencia de acciones plurales. Se distancia de la teoría de la ficción, en cuanto la unidad no se sostiene por un fundamento ficticio, sino por la descripción efectuada en determinados tipos penales, aquellos cuya *ratio iuris* abarca la realización de acciones diversas como integrantes de un mismo hecho penalmente desvalorado.

Afirman Zaffaroni, Alagia y Slokar<sup>[26]</sup> que *“la consideración del delito continuado como un hecho o conducta única, proviene del reconocimiento de una desvaloración jurídica unitaria respecto de un contenido de comportamiento humano final, que nada tiene de ficción -y menos de mera construcción jurisprudencial beneficiante-, sino que se basa en el dato óptico del elemento final y en el componente normativo que se obtiene comprobando que -a la luz de la prohibición- su consideración jurídica fraccionada no es racional y lleva a resultados absurdos en los casos concretos”*. Así, la unidad de la conducta viene determinada porque habiendo pluralidad de impulsos volitivos con una decisión común -elemento final-, hay también un desvalor jurídico común dado por el tipo -elemento normativo-. La teoría de la realidad jurídica resulta la construcción argumental más satisfactoria para fundamentar el delito continuado. No obstante ello, la unidad de acción por continuación como elaboración del derecho no está exenta de incongruencias. En los párrafos que siguen intentaré poner de resalto los problemas que, a mi entender, enfrenta el instituto bajo estudio.

### **Presupuestos de la unidad de acción por continuación.**

Independientemente de la posición adoptada en relación con el fundamento que legitime la aplicación del instituto, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación han sabido enunciar una serie de presupuestos que han funcionado como requisito de procedencia. En los párrafos que siguen, efectuaré un análisis de ellos.

### **IV.1. Elementos subjetivos que fundamentan la unidad de acción por continuación.**

El factor final requerido como elemento subjetivo ha sido descrito con diferentes nombres y alcances. Se discute qué grado de representación debe haber tenido el autor respecto a la continuación.

#### **IV.1.1. Teoría del dolo total.**

La doctrina mayoritaria exige un dolo global o general que abarque ab initio todos los hechos, es decir -en términos de Jeschek[27] “*el resultado total del hecho en sus rasgos esenciales conforme al lugar, el tiempo, la persona del lesionado y la forma de comisión, en el sentido de que los actos individuales sólo representan la realización sucesiva de un todo, querido unitariamente*”. Para Welzel[28], una de las dos formas en las que se manifestaba el delito continuado era a través de un dolo total, unitario y de la misma naturaleza, que desde un principio debe abarcar el hecho total concreto. Zaffaroni, Alagia y Slokar[29] utilizan el término dolo unitario o dolo total. Sostienen que el concepto denota claramente una unidad de finalidad que debe abarcar las particularidades comitivas del hecho, sin que sea para ello suficiente una general resolución de cometer delitos determinados. El dolo total debe existir desde antes del agotamiento del primer acto parcial por parte del autor. Los críticos del concepto -como

Choclán Montalvo[30] y Jakobs[31]– afirman que el dolo global privilegia al autor que planea escrupulosamente los actos reiteratorios. Asimismo, se afirma que se condena a la irrelevancia, de esta manera, al delito continuado, puesto que los supuestos de dolo global son muy escasos en la práctica.

Adelanto que, a mi juicio -de aceptarse la figura del delito continuado- justamente son los supuestos de dolo total los únicos que facultarían la aplicación del instituto, debiendo descartarse el aprovechamiento de la idéntica situación. Ello se deriva de la interpretación que a contrario sensu se desprende del artículo 55 CP en cuanto se requiere que los hechos múltiples sean dependientes. Dicha dependencia -a mi entender-, hace referencia al dolo total que aúna los distintos actos parciales hacia la obtención de una finalidad que trasciende a cada acto en su individualidad.

#### **IV.1.2. Teoría del dolo de continuidad.**

Parte de la doctrina se conformó con exigir un dolo de continuidad, según el cual cada acto parcial sea una continuación de la “*misma línea psíquica*” del dolo anterior. A este respecto, no sería requisito que el autor antes del comienzo o del agotamiento de la primera acción tomase la decisión de ulteriores acciones similares, sino que sería suficiente con que los dolos particulares configurasen una línea psíquica continuada, en que el dolo posterior aparezca como la continuación del anterior dolo individual.

Welzel<sup>[32]</sup> elaboró la construcción del delito continuado por “*unidad de una conducción punible de vida*” como hipótesis distinta a la construcción del “*dolo total*”. En efecto, consideraba que el mayor universo de casos estaba abarcado dentro del primer concepto en donde la unidad de dolo es inexistente. La razón decisiva de la unidad de delito no sería aquí el dolo total unitario, sino el aprovechamiento repetido de la misma oportunidad o de la misma situación. Asimismo, el tratamiento más benigno se sustentaría en una menor culpabilidad del delincuente de oportunidad, quien presenta

una mayor debilidad para motivarse en la norma -sin duda un fundamento sustentado en un derecho penal de autor, aunque *in bonam partem*-. Entiendo que asiste razón a Zaffaroni cuando afirma que un concepto tal destruye la unidad de dolo -Welzel<sup>[33]</sup> así lo reconocía-, componente necesario para apreciar la unidad. Así, la teoría pretende hallar la unidad del delito en la culpabilidad y no en el tipo. Si se produce el cese de la voluntad inicial el delito concluye puesto que el elemento subjetivo queda agotado, aun cuando inmediatamente reaparezca una nueva voluntad renovada por la idéntica situación motivacional.

Por otra parte, concuerdo con Choclán Montalvo<sup>[34]</sup> cuando afirma que una postura como la descrita atenta contra el principio de igualdad al otorgar un trato privilegiado al delincuente de instante u oportunidad, cuando no existen razones valederas para sostener la menor -o mayor- culpabilidad de quien recae en la misma tentación. Asimismo, de comprobarse tales extremos -menor o mayor culpabilidad del delincuente de ocasión-, la incidencia debería repercutir en la punibilidad durante el momento de individualización judicial de la pena, no así en la determinación de la unidad o pluralidad de conductas.

#### **IV.1.3. Teoría del dolo múltiple.**

Por último, hay quienes reconocen que, al margen de un hilo conductor subjetivo entre los distintos hechos, no puede negarse que cada hecho realizado en continuación supone una decisión o voluntad especial. Por ello, si el elemento subjetivo se identifica con el dolo, debe admitirse la existencia de dos dolos: el propio de cada acción y otro general que abarque aquellas. A mi juicio, esta última posición parte de distinguir una finalidad mediata de otra inmediata en cabeza del autor. La finalidad inmediata se encontraría representada por cada uno de los actos parciales, mientras que la finalidad mediata se constituiría con el hilo conductor subjetivo que une aquellos. Existiría

unidad de hecho en la conducta del sujeto que durante un mes hurta diariamente una perla -tantos fines inmediatos como actos parciales de hurto- a efectos de ensamblar un collar con la totalidad de las mismas -fin mediato-.

## **IV.2. Elementos objetivos que fundamentan la unidad de acción por continuación.**

Se ha afirmado que la unidad de acción por continuación no puede fundamentarse únicamente en la motivación del autor, sino que tiene que ser perceptible en la objetivación de tal motivación. Así, se ha sostenido que el presupuesto subjetivo debe ir acompañado de:

### **IV.2.1. Pluralidad de acciones homogéneas y de realizaciones típicas.**

Se sostiene que las actuaciones deben ser múltiples y por si mismas deben resultar completas y constitutivas de delitos perfectos y autónomos si no estuviesen aunadas por la relación de continuidad. De esta manera, el presupuesto fáctico del delito continuado sería coincidente con el que sirve de base al concurso real de delitos. Se exige además que el desarrollo del hecho ofrezca en lo esencial, iguales elementos externos e internos. Dicha exigencia no se cumple cuando, por ejemplo, concurre un hacer positivo y una omisión.

### **IV.2.2. Unidad de lesión jurídica o identidad del bien jurídico afectado.**

Se considera que solo si se lesiona la misma prohibición es posible la relación de continuidad. Ello por cuanto lo que el derecho fragmenta y separa objetivamente, en atención a cada uno de los valores específicos que intenta proteger, no puede ser unificado en función del proceso volitivo del agente. Para Jakobs<sup>[35]</sup> se cumple dicha condición cuando los actos sucesivos encuadran en tipos muy cercanamente vinculados

-figura básica y calificada, acto tentado y consumado- debiendo echarse mano a la escala penal resultante de la más grave acción ejecutada, mas no existirá tal identidad entre delitos que tutelan distintas modalidades de ataque al mismo bien. Así, los preceptos vulnerados por los actos individuales deben ser idénticos o semejantes. Por lo tanto, modo y forma de ejecución del hecho deben valorarse a efectos de establecer la relación de identidad o semejanza entre los tipos.

### **IV.2.3. Conexión temporo-espacial.**

A pesar del factor preponderante que Welzel otorgaba a los elementos subjetivos y normativos dentro de la teoría del delito continuado, exigía también la presencia de este requisito objetivo. Así, los actos parciales tienen que estar siempre en un nexo inmediato de tiempo y espacio, en el que aparecen los actos repetidos según la opinión de la vida cotidiana, como una sola concreción de la acción del tipo. La distancia temporal y espacial entre las plurales acciones ha de ser suficiente para no poder apreciar unidad natural de acción, aunque no debe impedir la valoración

única del elemento subjetivo, pues la ausencia de un contexto espacio-temporal próximo, de un acercamiento cronológico y geográfico, impediría considerar las plurales acciones como ejecución de un plan preconcebido o como aprovechamiento de ocasiones similares. Algunos sostienen que la conexión temporal y espacial tiene en realidad más importancia de forma que de fondo, pues constituye un indicio de vinculación o dependencia de los hechos. La imprecisión y relatividad que presenta el concepto es a mi juicio palmaria, toda vez que resulta imposible establecer con carácter general un estándar que opere como referencia a efectos de determinar cuándo una acción se encuentra próxima a otra en tiempo o en espacio.

#### **IV.2.4. Unidad de sujeto activo.**

La necesaria presencia de un elemento subjetivo -dolo global o dolo de continuidad- que origine el nexo de continuidad impone la existencia de un único autor. Se requiere además que la contribución a los diversos hechos sea bajo el título de participación, puesto que la autoría y la participación representan contribuciones objetivas bien dispares en distintos momentos del hecho que impiden su valoración unitaria.

#### **IV.2. 5. Unidad de sujeto pasivo.**

Aquí se suele distinguir entre bienes jurídicos altamente personales y aquellos que no lo son. Si se trata de los primeros, para Bacigalupo<sup>[36]</sup> solo podrá admitirse continuación cuando se lesione al mismo titular, es decir, si se da igualdad de sujeto pasivo. Ello por cuanto los derechos personalísimos, indisolublemente unidos a la persona en cuanto tal, imponen una valoración individualizada. En la medida en que los bienes personalísimos tienen como referencia a la persona en cuanto tal y no son transmisibles a terceros sin perder su esencia, no sería posible concebir como resultado delictivo conjunto la lesión de bienes de aquella clase que correspondan a diversos titulares, por lo que se impondría su valoración separada. Sostiene entonces Choclán Montalvo<sup>[37]</sup> que para apreciar unidad por continuación ante ataques a bienes jurídicos altamente personales resulta necesario que los actos parciales hayan sido dirigidos contra un mismo sujeto pasivo, caso contrario deberá apreciarse al menos una conducta por cada individuo afectado. No obstante, la exigencia de un requisito tal importa efectos limitadores a la aplicación irreflexiva de la unidad de acción por continuación -y ese es justamente el sentido en el que se orienta el presente artículo-, entiendo que dicho requisito carece de un sustento de fondo, a la vez que implica una seria contradicción dentro de la teoría del delito continuado. En efecto, el cambio del sujeto pasivo no altera en absoluto la estructura dogmática del caso, el cual se mantiene idéntico en todos los aspectos, y no se alcanza a explicar, como bien sostiene Choclán Montalvo<sup>[38]</sup> por qué las reglas penológicas previstas para la pluralidad de hechos independientes no resultan suficientes para captar el contenido de injusto de la conducta cuando existe un mismo sujeto pasivo -y en virtud de ello se acude a la unidad por continuación-, pero si resultan

-las mismas reglas- satisfactorias para captar el contenido de injusto de la conducta cuando son distintos los titulares del bien jurídico.

En síntesis, si las reglas penológicas establecidas para una pluralidad de hechos independientes se aplican satisfactoriamente al caso de distintos sujetos pasivos sin que se discuta una incorrecta aprehensión del injusto y culpabilidad del conjunto de hechos, de igual forma las mismas reglas deberían funcionar correctamente ante el supuesto de un único sujeto pasivo. La aplicación de reglas tan diferentes a casos similares es a mi juicio uno de los motivos por los cuales debe excluirse la unidad de acción por continuación del derecho penal. La teoría del delito se construye a efectos de establecer soluciones estandarizadas antes supuestos de hecho similares, y las soluciones divergentes atentan contra dicha finalidad.

#### **IV.2.6. Capacidad del bien jurídico para ser susceptible de afectación gradual.**

Sostiene Zaffaroni<sup>[39]</sup> que, de conformidad a la racional interpretación de algunos tipos penales, en ocasiones la reiteración de la conducta típica no se traduce como un nuevo hecho independiente sino como una mayor afectación al bien jurídico. Una interpretación tal -sostiene- solamente es posible en los casos en que la forma de afectación del bien jurídico admite grados. En tal sentido, afirma que cuando el contenido de injusto del hecho es único y no puede estratificarse en atención al grado de afectación -como ocurriría en el homicidio que implica la destrucción y consecuente indisponibilidad total del bien-, la interpretación no tendría lugar, y nos encontraríamos ante conductas plurales. Ello guarda estrecha relación con la calidad del bien jurídico afectado, puesto que cuando se atacan bienes personalísimos, solo será de apreciar una sola realización de tipo ampliada cuantitativamente en caso de que se afecte a un único titular -unidad de sujeto pasivo conforme fue explicado anteriormente-.

A mi juicio, el presente requisito resulta superfluo toda vez que no advierto una razón de fondo que permita sostener una diferenciación tal como la que se propone -bienes jurídicos pasibles de afectación gradual de aquellos que no lo son-. En efecto, entiendo que todos los bienes jurídicos son susceptibles de afectación gradual. Ello por cuanto el contenido de injusto de una conducta viene dado no solo por la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción, sino también por el modo y forma de la realización del hecho, que puede ser reprochable en más o en menos. A raíz de ello, la infracción a cualquier norma de contenido penal puede mensurarse en términos de un grado mayor o menor afectación del bien jurídico. Si nos situamos dentro de cualquier título del Código Penal, observaremos que el ataque a un mismo bien jurídico puede llevarse a cabo de diferentes maneras -mayor o menor intensidad-, y en razón de ello el legislador prevé varios

preceptos distintos unos de otros, correspondiéndose cada uno con una determinada intensidad, modalidad o forma de ataque. Tomando el ejemplo que ofrece Zaffaroni, entiendo que es posible reprochar en más o en menos la afectación al bien jurídico "vida", independientemente de que su lesión importe siempre la destrucción y consecuente indisponibilidad total del bien. Así, se derivan consecuencias bien distintas para el derecho si la destrucción total del bien jurídico máspreciado se llevó a cabo de manera imprudente, dolosa o calificada. Por ello, bajo la misma rúbrica se prevén preceptos que contemplan un abanico de posibilidades conforme al grado de afectación; los tipos que describen el homicidio culposo, preterintencional, simple o calificado cubren dichas posibilidades. Todos ellos están referidos al bien jurídico "vida", y describen distintas intensidades de ataque a este. Pero aun dentro de un mismo precepto -modalidad de afectación- subyace la posibilidad de que el sujeto ataque al bien jurídico con mayor o menor intensidad. Así, al homicidio simple se impone una escala penal que va desde los 8 a los 25 años de pena privativa de libertad, y la intensidad del ataque efectuado es uno de varios elementos a considerar al momento de efectuar la operación de individualización judicial de pena. De no ser pasible de afectación gradual el bien jurídico "vida", se hubiese establecido un solo precepto dentro del respectivo título, con

un sistema de pena fija que excluya cualquier operación de individualización. El razonamiento antes expresado se repite en cada una de las figuras que componen los diversos títulos del Código.

#### **IV.2.7. Imposibilidad procesal de comprobar las acciones individuales.**

So pretexto de un alivio en el trabajo de los órganos judiciales, se ha intentado fundamentar la unidad de acción por continuación como una figura de derecho procesal -justamente ese fue su fundamento originario en Alemania- e incluso algunos tribunales han requerido dicha imposibilidad como requisito de procedencia. La dificultad investigativa en torno a la comprobación de cada uno de los actos individuales ha determinado la utilización del instituto en aras de la utilidad procesal y, de esta manera, la imposibilidad de individualizar las diversas acciones cometidas en su número, fecha o modo ha sido superada echando mano al recurso de la unidad por continuación.

La utilización de la relación de continuidad a efectos de palear un déficit probatorio resulta inadmisibile en un sistema que se precie de respetar las garantías fundamentales del individuo bajo proceso. De aceptarse la utilización de la unidad por continuación, cada uno de los hechos parciales debe ser plenamente probado por el tribunal si lo que se pretende es la aplicación de una pena que guarde correspondencia con el contenido de injusto del hecho como acontecimiento total,

caso contrario se estarían violando las reglas del debido proceso. A los hechos parciales no acreditados corresponde, sin más, la aplicación del principio pro reo.

Por otra parte, las supuestas ventajas procesales de la acción continuada han sido seriamente puestas en duda, justamente como consecuencia de las reglas probatorias de los sistemas penales modernos que requieren la plena acreditación de los hechos a los que se asignan consecuencias jurídicas. Afirma Choclán Montalvo<sup>[40]</sup> que precisamente las dificultades de aplicación vinculadas al instituto y las consiguientes anulaciones de

sentencia en segunda instancia han producido en forma opuesta, en el máximo tribunal alemán, una actividad procesal incrementada.

### 1. El delito continuado en la legislación local.

La recepción legislativa del delito continuado ha sido un aspecto sobre el cual la doctrina nacional ha discrepado. Por un lado, se sostuvo que la legislación argentina no contiene mención alguna al instituto, razón por la cual este fue caracterizado como una creación jurisprudencial y doctrinal -incluso contraria a las reglas ordinarias del concurso real-. Otros reconocen regulación legal del instituto a partir de los artículos 55 y 63 del CP. El artículo 63 CP indica que, en materia de delitos continuos, la prescripción empezará a correr desde el día en que este cesó de cometerse. Oportunamente, la discusión giró en torno a si dentro del término continuo se encontraba comprendido el delito continuado, o solamente el permanente. En primer lugar, entiendo que la simple interpretación literal lleva a concluir por la afirmativa. En segundo término, conforme afirman Laje Anaya y Gavier<sup>[41]</sup>, surge de los antecedentes que sirvieron a la reforma del código actual - Proyecto 1891- que la palabra continuo hacía expresa referencia al delito continuado.

Por otra parte, puede encontrarse una referencia implícita al instituto interpretando el artículo 55 CP a contrario sensu. De la mentada norma se desprende que para la aplicación de las reglas relativas al concurso material, no basta la mera pluralidad de hechos, sino que los mismos deben ser independientes unos de otros. La norma exige para su operatividad que varios hechos concurrentes sean desvalorados independientemente a través del tipo. Por ello, los hechos no pueden estar vinculados unos con otros de tal modo que reciban normativamente un tratamiento unitario. Cada uno debe constituir una lesión distinta y autónoma de la misma o varias figuras penales. La exclusión de los hechos dependientes de las normas relativas al concurso real, y la imposibilidad de subsumir los mismos bajo los preceptos del concurso ideal -el artículo 54 importa un hecho- llevó a la doctrina nacional -véase por ejemplo Zaffaroni<sup>[42]</sup>- a concluir que el tratamiento del delito continuado queda sometido a un régimen especial, no contemplado por los artículos 54 y 55 CP.

A lo antedicho, cabe agregar la mención que efectúan los diversos códigos de forma -por caso, el artículo 37 del CPCCN-, en orden a la determinación de la competencia bajo idénticos criterios al establecido por el artículo 63 CP.

No obstante comparto la posición de quienes señalan las referencias expresas - artículo 61 CP- e implícitas -artículo 55 CP- al instituto dentro de la ley de fondo, cabe mencionar que más allá de la dependencia de los hechos referida a contrario sensu por el artículo 55 CP, la ley nacional no hace mención a los restantes requisitos que históricamente fueron señalados como presupuestos para la aplicación de la unidad de acción por continuación, los que efectivamente han sido completados por la doctrina o mediante creación jurisprudencial. Como dije, participo de la idea sostenida por la doctrina nacional en cuanto a que a partir de la interpretación a contrario sensu del artículo 55 CP se desprende un supuesto de unidad de acción por continuación -varios hechos dependientes- que no puede subsumirse dentro de las hipótesis previstas en los artículos 54 -algunos fallos se orientan en ese sentido[43]- o 55 CP, en tanto el primero prevé la existencia de un hecho mientras que el segundo se refiere a varios hechos independientes.

#### 1. **Conclusiones.**

-De aceptarse la aplicación de la unidad de acción por continuación en nuestro derecho positivo -a lo cual debemos oponernos en razón de las diversas inconsistencias que la teoría presenta y se intentan poner de resalto a través del presente trabajo-, ésta debe acotarse a los casos en los que el elemento subjetivo se manifiesta como dolo unitario o total, descartando los supuestos en los cuales existe una mera identidad objetiva

entre las diferentes acciones. A partir de una interpretación efectuada a contrario sensu del art. 55 CP, se debe entender que por "hechos dependientes", se quiere significar la existencia de un factor final -dolo total- que debe encontrarse presente desde el comienzo de la conducta y a través de cada uno de los actos parciales, dirigido a la obtención de una finalidad que trascienda a cada uno de los actos en su individualidad. La experiencia indica que los casos de dolo unitario son prácticamente inexistentes -así lo reconocía Welzel y gran parte de la doctrina contemporánea-, motivo por el cual el instituto queda condenado casi a la irrelevancia -no obstante, se sostiene la tendencia de los tribunales a aplicar expansiva e irreflexivamente el instituto a casos en los que no resulta procedente-.

-El apartamiento de la solución que con carácter legal el ordenamiento jurídico prevé para la concurrencia de una pluralidad de hechos en la generalidad de los casos, requiere la presencia de reglas claras sustentadas en fundamentos sólidos, circunstancia que a nuestro juicio no se presenta en la actualidad. La aplicación irreflexiva y extendida que los tribunales efectúan respecto al delito continuado - muchas veces a efectos de superar cuestiones atinentes a la investigación-

evocando fórmulas vacías de contenido sin adentrarse en el fundamento material del instituto y las razones que lo sustentan, conlleva una gran inseguridad jurídica y desigualdad.

-La legitimación de la unidad de acción por continuación a través de la teoría de la ficción, -fundamento primigenio del instituto en los sistemas donde tuvo origen- viene a resolver problemas que el ordenamiento argentino no padece en virtud del sistema de acumulación establecido por los artículos 55 y 56 CP, y los límites derivados de los principios estructurales del derecho penal vigente.

-La teoría de la realidad natural, más allá de llevar a límites inaceptables la unidad de acción, no resulta compatible con la regulación que nuestro CP establece para la concurrencia de hechos dependientes -artículo 55 CP a contrario sensu- puesto que la norma requiere varios hechos como presupuesto.

-La unidad de acción por conducción de vida punible desvía el foco de atención de la tipicidad hacia la culpabilidad, e intenta solucionar el problema a partir de una hipótesis no corroborada que se fundamenta en un derecho penal de autor. Nada indica que el delincuente circunstancial presente una capacidad menor para motivarse en la norma. Asimismo, la ausencia de un factor final que ligue ópticamente las diferentes etapas comisivas en los casos donde el sujeto simplemente aprovecha circunstancias similares, importa fundamentar la unidad de acción en una circunstancia puramente objetiva, lo que a todas luces resulta inadmisibile.

-La teoría de la realidad jurídica resulta la construcción argumental más satisfactoria para fundamentar el delito continuado. No obstante, la unidad de acción por continuación como elaboración del derecho no está exenta de incongruencias, según se intentó demostrar en el presente trabajo. Además, no se logra dar con un argumento de peso que permita sostener porque debe extenderse la unidad de acción más allá de lo que el alcance normativo del tipo aplicado permita -unidad típica de acción-. La unidad de acción por continuación se presenta como un instituto respecto del cual se echa mano cuando las categorías dogmáticas de unidad natural y unidad típica de acción no logran abarcar varias acciones dentro de una misma unidad social de valoración. La doctrina, la jurisprudencia y la legislación han sido prolíficas a la hora de enunciar los presupuestos objetivos y subjetivos que se requieren para la procedencia del instituto, pero no han logrado dar razones materiales o procesales valederas que den legitimidad a la figura. Conuerdo con Choclán Montalvo, en cuanto afirma que la justificación material y dogmática de la unidad de acción por continuación no puede obtenerse solamente del dato genérico de que varias realizaciones típicas estén unidas por el objetivo final perseguido por el autor o que sean fruto del aprovechamiento de unas mismas condiciones de marco. La mera presencia de presupuestos subjetivos u objetivos resulta notoriamente insuficiente para unificar jurídicamente lo que en el plano objetivo es una clara pluralidad de acciones típicas. Si la *ratio iuris* del tipo

aplicado no permite abarcar la pluralidad de conductas ejecutadas, entonces no queda razón para el trato unificado.

-No resulta congruente sostener que las reglas penológicas establecidas con carácter general para la concurrencia de varios hechos sean insuficientes para captar el injusto en los casos como el que nos ocupa y al mismo tiempo resulten satisfactorias en el universo restante de supuestos.

-No obstante, el concepto de unidad de hecho representa el resultado de una valoración jurídica y no meramente natural, en la tarea interpretativa de los tipos necesariamente debemos remitirnos a determinados objetos prejurídicamente estructurados, traídos del mundo real, de lo mundano, de lo que tuvo en mente el legislador al elaborar el precepto. En ese sentido, es imposible que el derecho cree para sí un lenguaje nuevo, abstraído de lo que todos entendemos por tal. Cuando en el tipo se menciona algo, ese algo pertenece al mundo de la realidad y está insertado en un orden real. Misión primigenia del derecho -si quiere ser eficaz- es mantener ese vínculo con el orden de la realidad. A decir de Welzel<sup>[44]</sup> (2004, p. 31), “*el objeto desvalorado no es creado por la desvaloración sino que es anterior a ella o bien existe con independencia de la misma; el derecho, cuando desvalora una acción no la crea, pues existe independientemente del desvalor jurídico*”.

[1] Rusconi Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General*. 2º ed., Bs. As., Ed. Ad hoc., 2009, p. 621.

[2] Afirma Günther Jakobs, que el concepto de acción en la teoría del concurso difiere al de la doctrina del tipo. La acción en “sentido natural” utilizada en la teoría del concurso, posee un alcance más general y se define como producción evitable de un resultado cualquiera -no única o necesariamente típico-.

[3] Zaffaroni Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 1999, Tomo IV, p. 532.

[4] Welzel Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Roque Depalma, 1956, p. 215.

[5] Jescheck Hans H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed., Granada, Ed. Comares, 1993, p. 649.

[6] Stratenwerth Günter, *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 534

[7] Jescheck Hans. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Granada, Ed. Comares, 1993, p. 650.

[8] Jescheck, *idem*, p. 651.

[9] Jescheck, *idem*, p. 649.

[10] Welzel Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As, Roque Depalma, 1956, p. 220.

[11] Zaffaroni Eugenio R., *Estructura básica del derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2009, p. 182.

[12] Zaffaroni cita ejemplos entre los cuales incluye los actos de mantenimiento del estado consumativo de un delito continuo o permanente.

[13] Jescheck Hans H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Granada, Ed. Comares, 1993, p. 652.

- [14] Choclán Montalvo José A., *El delito continuado*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 127.
- [15] Jescheck Hans H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Granada, Ed. Comares, 1993, p. 788.
- [16] Zaffaroni Eugenio R., *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 255.
- [17] Ziffer Patricia S., *El sistema argentino de medición de la pena. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 7, Centro de Investigaciones de D. Penal y Filosofía del Derecho, Universidad externado de Colombia, Bogotá*, 1996, p. 19.
- [18] Jescheck Hans H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Granada, Ed. Comares, 1993, p. 788.
- [19] Véase por caso el resultado al que arribó la CNCP, Sala IV el 05/11/2009 en "Rosales, Wilder Mauricio s/ recurso de casación"
- [20] Fallos 314: 441 y 318: 207.
- [21] Yacobucci Guillermo J., *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires, Ed. Ábaco. 2002, p. 348.
- [22] Mir Puig Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Montevideo- Buenos Aires, Ed. B de F, 2010, p. 734.
- [23] Zaffaroni Eugenio R., *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 254.
- [24] Choclán Montalvo José. A., *El delito continuado*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 132.
- [25] Welzel Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Roque Depalma, 1956, p. 218.
- [26] Zaffaroni Eugenio R. et. al., *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar. 2002, p. 862.
- [27] Jescheck Hans H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Granada, Ed. Comares, 1993, p. 654.
- [28] Welzel Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Roque Depalma. 1956, p. 219.
- [29] Welzel, *ídem*, p. 862.
- [30] Choclán Montalvo José A., *El delito continuado*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 254.
- [31] Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Madrid, Ed. Marcial Pons. 1997, p. 1094.
- [32] Welzel Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Roque Depalma. 1956, p. 221.
- [33] Welzel, *ídem*, p. 219.
- [34] Choclán Montalvo José A. *El delito continuado*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 159.
- [35] Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Madrid, Ed. Marcial Pons. 1997. p. 1093.

- [36] Bacigalupo Enrique, *Derecho Penal. Parte General. 2ª ed.*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1999, p. 586.
- [37] Choclán Montalvo José A., *El delito continuado*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 226.
- [38] Choclán Montalvo, *ídem*, p. 173.
- [39] Zaffaroni Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1999, Tomo IV. p. 542.
- [40] Choclán Montalvo José A., *El delito continuado*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 169.
- [41] Laje Anaya Justo y Gavier Enrique, *Notas al Código Penal Argentino 2ª ed.*, Córdoba, Ed. Lerner, 2000, tomo I, p. 419.
- [42] Zaffaroni Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1999, tomo IV, p. 543.
- [43] Cfr. voto de la mayoría en CNCP., Sala IV, 5/11/2009 “Rosales, Wilder Mauricio s/ recurso de casación” y voto de la minoría en CNCP., Sala IV, 16/06/2009 en “Mejía Durán, Valerio s/ recurso de casación”.
- [44] Welzel Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As, Ed. Roque Depalma, 1956, p. 31.