

DELITO CONTINUADO Y ESTAFA MASIVA UN CASO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN EL EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CONTINUOUS CRIME AND MASSAGE A CASE FOR THE CONSTRUCTION OF THE DUTY OF CARE IN THE EXERCISE OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ¹, MAYDA GOITE PIERRE², ARNEL MEDINA CUENCA², ARNEL MEDINA GOITE²,
RAMÓN ECHÁIZ, ANÍBAL QUINDE MENDOZA, KEVIN MATÍAS, GABRIEL REYNA¹

¹ Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

² Universidad de La Habana.

RESUMEN

“Delito continuado” tiene por disposición de la ley ecuatoriana penal, impacto concreto en lo relacionado con determinar el cómputo de la prescripción, sin que exista ninguna otra referencia legal. Históricamente ha servido de “comodín” para aplicar penas por tipos penales inexistentes a la fecha de comisión de una infracción, estirando el tiempo de comisión en virtud una supuesta continuidad, unidad y progresividad, o bien, para hacer mención, sin ninguna trascendencia práctica, a delitos de tracto sucesivo (aclarando que tal término es considerado más como un *modus operandi* que como una forma de ejecución propia, como lo ha acotado Tiedeman para el llamado delito económico). Por ello, resulta cuestionable se lo invoque en fundamento de la aplicación del Código Orgánico Integral Penal (con el que surge el tipo penal de Estafa Masiva) para conductas anteriores, consumadas bajo la vigencia del tipo de Estafa (ahora derogado) y norma expresa que resolvía el tema del concurso de infracciones, ante el hecho de unos cuantos casos previos al cese de la actividad, ubicables en el espacio temporal de posterioridad a la promulgación del actual Código (COIP). Hacerlo así, infringiendo principios garantistas, podría contravenir una norma de cuidado.

PALABRAS CLAVE: delito continuado, concurso real de infracciones, bien jurídico, sujeto pasivo.

RECIBIDO: 17/05/2017
ACEPTADO: 25/05/2017

CORRESPONDENCIA:
mpalencia@hotmail.com

ABSTRACT

"Continuous crimes" has, by disposition of Ecuadorian criminal law, a concrete impact with relationship to determining the computation of the prescription, without any other legal reference. Historically, it has served as a "wild card" to apply penalties for non-existent criminal offenses to the date of commission of an offense, stretching the time of commission, due to a supposed continuity, unity and escalation, or, to mention, without any practical significance, to crimes of successive tract (Clarifying that such a term is considered more as a *modus operandi* than as a form of self-execution, as has been defined by Tiedeman for the so-called economic crime). For this reason, it is questionable to invoke it as fundament of the application of the Comprehensive Criminal Code (with which emerges the criminal type of Mass Scam) for previous conduct, consummated under the effect of the criminal type of Scam (now repealed) and the express law that resolved the issue of the contest of infractions, in response to a few cases prior to the cessation of the activity, located in the temporary space of posteriority to the promulgation of the current Code (COIP). Doing so, violating warranty principles, could contravene a norm of care.

KEYWORDS: continuous crimes, contest of infractions, legal asset, passive subject.

INTRODUCCIÓN

La construcción "delito continuado" de arraigo doctrinal proveniente de ultramar, ha sido invocada recientemente por la Corte Provincial de Justicia del Guayas para dar fundamento a la aplicación del Código Orgánico Integral Penal, que contempla el tipo penal de Estafa Masiva, a hechos que se cometieron antes de la vigencia de tal cuerpo legal en época en que se tipificaba otro delito, el de Estafa, con diversos elementos del tipo- y que a dicho de los juzgadores, siguieron siendo cometidos con respecto a diversas víctimas durante la vigencia del actual ordenamiento.

El tipo penal vigente hasta el 10 de agosto de 2014, no tenía como elemento objetivo del tipo la existencia de dos o más perjudicados y por ello la existencia de acciones plurales se resolvía a través de la figura de la concurrencia de infracciones.

El legislador del nuevo ordenamiento ecuatoriano en materia penal, esto es, del Código Orgánico Integral Penal, y ante un histórico de conductas penales que en el país han afectado a la colectividad, decidió tipificar y penalizar con rigor a quien afecte a más de dos personas, con actos de inducción a error de manera dolosa, que logre la entrega de un bien en perjuicio de quien yerra, por lo que cabe sostener que en este específico caso, se pronunció a favor de convertir a tal concurso de infracciones, en elemento del tipo y no como dato aislado para el cómputo de la punibilidad.

La pena que establece el ordenamiento vigente es mayor que la que establecía para el delito de estafa el anterior, por lo que se hace necesario determinar los antecedentes, contenidos y límites de la institución del "delito continuado", sus llamados presupuestos teóricos y filosóficos, pues se lo ha invocado para aplicar un tipo penal de pena más grave y con la pretensión de que comprenda hechos cometidos fuera de la vigencia de la actual legislación penal; esto es, por hechos anteriores, a pesar de que la razón de nacimiento del llamado "delito continuado", desde su origen, fue el atenuar la pena para casos de comisión de un tercer delito, y que el problema del concurso de delitos en el caso de la Estafa, el legislador la resolvió entendiendo que era, asimismo, un problema de concurso

de penas, e introdujo un único tipo penal, y penas con máximo superior a la de la Estafa anteriormente considerada. La visión del problema, como de ámbito de concurso de penas, fue anunciada por Maggiore (1954, p.295).

Aunque se admitiere cambio en el fin de atenuar a agravar-, el hecho de aplicar ley no vigente al tiempo de ideación, planeación, consumación, pero sí, agotamiento de la actividad delictiva, contraviene el Principio de Temporalidad que pauta como ley aplicable en cuanto a tipo penal, la vigente al tiempo de comisión de la infracción y que bajo las pautas de favorabilidad de arraigo constitucional, obligarían a la aplicación de la ley más benigna; esto es, la anterior. En este caso cabría hablar de irretroactividad relativa, porque aplica lo que es más favorable al individuo a imputar; conlleva una derivación del principio de Legalidad; esto es, existe la posibilidad de retrotraer la fijación de la ley a una antes vigente, justo si es más favorable.

Mucha confusión ha existido entre dos construcciones diferentes: el delito continuado y el concurso real de infracciones. Tan es así, que en estudio publicado por Posada Maya quien es especializado en el trato de la temática relativa al delito continuado- se parte de realizar un análisis interesante del delito continuado, y con amplia bibliografía, señalando que el delito continuado difícilmente puede ser reemplazado por otras instituciones como el concurso de delitos, “que resultan incapaces de reflejas con su carga punitiva, el verdadero desvalor del delito realizado.” (2011, p.74), y muestra disposiciones jurídicas en las que se ha efectuado una mezcla entre el delito continuado y el concurso de infracciones.

Hay mucho material, mucha doctrina sobre el delito continuado. La presente reflexión no pretende ser ni mucho menos una recopilación de lo existente, no pretende competir en extensión con trabajos especializados y recientes sobre la materia, como el del mismo Posada Maya, sino centrar el núcleo del tema en un aspecto: su utilización conjunta con el tipo penal de Estafa Masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, analizando tal posibilidad desde lo racional, y desde la norma de cuidado que debe regir la práctica de la Administración de Justicia.

En el Ecuador, y por orden de ley vigente, la ley aplicable para el juzgamiento y sanción de una infracción penal es la del tiempo de comisión de una infracción. En tal punto tiene especial relevancia determinar cuándo el comportamiento de un individuo debe ser considerado en el contexto de una pluralidad de acciones; o bien cuándo parte de un único delito; no debiendo confundirse la reiteración en el mismo tipo delictivo, con la existencia de un delito continuado; ni el cese o fin de actividad de un delito continuado, con el último delito, en un concurso real de infracciones.

Revisar los contenidos y límites del delito continuado tiene especial relevancia por cuanto es indispensable tener en cuenta qué ha venido pasando, y con qué contenido se podría incluir válidamente, como soporte de fallos en la República del Ecuador, toda vez que por disposición del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, último párrafo, “... los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia,

servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”. Lo anterior, para dar contenido al principio de obligatoriedad de administrar justicia.

Para ello se mira la administración de justicia española, que es el referente hispanoamericano del que nos da cuenta Freire Gavilán (s/f) para referir que: lamentablemente, a pesar de ser estudiado por varios autores, la falta de consenso respecto a su naturaleza, fundamentos, requisitos y efectos del delito continuado, ha derivado en un tratamiento errático que ha llevado a parte de la doctrina a cuestionar su existencia y utilidad, cuestión que no es menor, pues al tratarse de una figura que, en la mayoría de los casos, apela a un esfuerzo intelectual para poder subsistir, cabe preguntarse si efectivamente estamos en presencia de una institución fundamental en el derecho penal, o simplemente se trata del resultado de una exagerada reacción dogmática respecto de una herramienta que nació únicamente como un medio de contrarrestar la descomedida exacerbación que tenían los castigos por ciertos delitos cuando eran cometidos en más de una ocasión.

II

Tres de los grandes y clásicos doctrinarios que dan cuenta de la figura denominada “delito continuado”, bautizado por el profesor Novoa Montreal como “fetiche jurídico”, son entre otros: Carrara, Jiménez de Asúa y Cuello Calón.

Refiere Cuello Calón que “...desde el punto de vista de la conducta voluntaria del agente y de la producción de un resultado (lesión o peligro) pueden presentarse las siguientes situaciones: unidad de delito y pluralidad de delitos” (1948, p.565).

El referido autor explica entre los casos en donde hay unidad de delito-, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito.

Este conjunto de acciones delictivas, sintetiza Cuello Calón, se denomina “delito continuado”. Como ejemplo del referido delito señala al “hurto realizado en momentos distintos del dinero guardado en un armario; el hurto del trigo contenido en un granero llevado a cabo en ocasiones diversas.” Como veremos más adelante, el Código Penal cubano no tiene con exactitud, o identidad con lo planteado por Cuello Calón, esta visión. Este hecho evidencia que la construcción conceptual es de contenido discutido y discutible.

Estos ejemplos, paradigmáticos, sirven para distinguir conceptualmente al delito continuado, del delito complejo al que haremos referencia en líneas posteriores.

DESARROLLO DEL CONCEPTO

Buscando en el origen de la institución, nos encontramos con la afirmación del mismo Cuello Calón, quien indica que desconocida en el derecho antiguo la idea del delito continuado, tuvo origen en la indulgencia de los prácticos como medio de eludir la imposición

de la pena de muerte por el tercer robo. Y añade este autor que: “...la doctrina científica moderna ha mantenido este concepto con la misma finalidad de atenuar la penalidad, pero las legislaciones en su mayoría carecen de una noción de delito continuado”. Las visiones de Carrara y de Jiménez de Asúa, son esencialmente coincidentes con la expuesta.

En el Código Penal español de 1928, aparece tal figura, luego en el Código de 1983 y finalmente desde 1995. En la visión española, con fundamento en la ley y la jurisprudencia, para que exista delito continuado han de cumplirse los siguientes requisitos: a).- Pluralidad de hechos diferenciables entre sí, que se enjuician en un mismo proceso; y que en conjunto constituyen ese delito continuado al que se hace referencia; b).- Unidad de propósito; es decir, de intención y de resolución, en el plan previamente concebido y que se ejecuta de manera fraccionada lo que se denomina dolo conjunto- o que estando presente se concreta cada vez que las circunstancias permiten la actuación de lo continuado. En la ley española se ha reiterado en ello, bajo las expresiones “plan preconcebido” y “aprovechando idéntica ocasión”; c).- Unidad del bien jurídico lesionado o de lesión jurídica; es decir, aunque se trate de acciones u omisiones diferentes, todas ellas violan o bien, el mismo precepto penal o bien, preceptos penales de naturaleza igual o semejante; d).- Homogeneidad en el modus operandi y e).- identidad en el sujeto autor del delito.

La experiencia latinoamericana nos da cuenta de una construcción un tanto similar en finalidad atenuar la pena-, que es la que se ha contemplado en el Código Procesal Penal chileno, que norma la posibilidad de aplicar una pena única en caso de reiteración de delitos de la misma especie, siendo un requisito indispensable, según lo han interpretado actores de la administración de justicia chilena, que “se encuentren acreditados al menos dos delitos independientes entre sí”, reflexiona Freire Gavilán, anotando que es curioso que en un concurso real de infracciones se exija cierta vinculación entre los distintos delitos para generar un efecto más benévolo en la aplicación de la pena, preguntándose si acaso la institución del concurso real pretende cumplir con los fines piadosos con los que nació el “delito continuado”.

Diferente el caso en el que la idea de perjudicar en masa ha dado lugar a un dolo especial y preexistente, mas esa idea de actuación con perjuicio en masa, ha generado el que se resuelva el tema o bien ya sea que se considere para algunos (como para Posada) que habría una especie particular dentro del genérico delito continuado, o que se considere un concurso real de infracciones- a dos posiciones distintas: la primera, a que la legislación contemple el delito continuado, y por ende se mire el comienzo de consumación para establecer el tipo penal aplicable (y el cese para fines de prescripción de la pena), o se lo observe como concurso real de infracciones, con respuesta en la consideración de la pena, según cada cuerpo legislativo; o bien, la segunda, creando un tipo penal específico en donde la existencia de dos o más sujetos perjudicados (o de por lo menos veinte, como contempla la legislación colombiana) contemple como elemento del tipo justamente la existencia de acciones dirigidas a varios titulares de bienes jurídicos, en cuyo caso ya no cabría se aplique el criterio ni del concurso real de infracciones, ni del delito continuado,

sino que se constate si esa legislación estaba o no vigente al inicio de la consumación de la infracción (única, pues el ser en masa es elemento objetivo del tipo en este caso) y la fecha del cese, para fines de prescripción, exclusivamente. Ideal es que se dé una respuesta legislativa a los parámetros específicos del delito continuado. Ejemplo: Cuba y España.

El legislador ecuatoriano, no aclara si consideró como continuado o como de concurso real de infracciones a la estafa, pero lo que sí está claro es que bajo cualquier hipótesis, estableció la realidad de ser en masa, a partir de dos o más perjudicados, y desde agosto de 2014, por lo que pasó a ser irrelevante cualquier consideración de concurso o continuidad en este específico caso, bastando preguntarse si la actividad delictiva se consumó y cesó, estando vigente tal ordenamiento, para que proceda su aplicación. No basta por ende para su aplicación el criterio del cese, pues bajo el principio de temporalidad de la ley penal, el criterio determinante es el del tiempo de consumación, debiendo diferenciarse entre la consumación del delito y el agotamiento del mismo, tema en el que han trabajado y siguen trabajando, doctrinarios italianos, especialmente. También alemanes y españoles, con mucha fuerza.

Por su parte el Código Penal cubano vigente, hace referencia al llamado “delito continuado” señalando que se considera un solo delito a los distintos actos delictivos cuando uno de ellos es medio necesario e imprescindible para cometer otro, así como a las distintas violaciones penales que surjan de un mismo acto, distinguiéndose el continuado en que en éste, las diversas acciones cometidas por un mismo agente, reúnen los siguientes requisitos: atacar el mismo bien jurídico; guardar similitud en la ejecución y tener una adecuada proximidad en el tiempo.

Ahora bien, Cuba ha puntualizado desde lo legal, los requisitos para su consideración en el territorio nacional. Uno de tales requisitos, “atacar el mismo bien jurídico”, es de los de más discusión doctrinal, pues diverso es que sea el mismo bien jurídico entendido como del mismo tipo o el mismo bien jurídico, al ser del mismo tipo con respecto al mismo sujeto pasivo de la infracción penal. Éste es un punto medular, pues no se ataca sin que exista un sujeto pasivo de ese ataque, y ese sujeto pasivo es el titular o el que tiene interés, en el bien jurídico protegido; esto es, en términos de Antolisei (1988, p.128), el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. Es por ello que la referencia que constituye requisito: “el que recaiga sobre el mismo bien penal”, requiere de interpretación acorde a la tradición jurisprudencial, doctrinal y legal, de cada país, Debiendo destacarse como posición de mayoría, el afirmar que los bienes no tienen que ser de un mismo sujeto. En contra, quienes afirman que si ello fuere verdad, no tendría sentido que legislaciones como la cubana, aclaren que si la violación es de derechos personales, puede referirse a derechos de un mismo sujeto. Otra vez en evidencia que el concepto está en construcción.

La solución cubana es de incremento de la pena del delito base, de manera regulada en proporción a la pena que correspondería si no hubiere tal reiteración de actividades. Es interesante que en la legislación referida, cuando las diferentes acciones delictivas

tienen por objeto derechos inherentes a la persona misma, también tienen el carácter de continuadas y constituyen un solo delito, siempre que afecten a una misma persona.

Se hace especialmente referencia al origen, porque parecería ya no hay uniformidad de criterios sobre la razón de ser del llamado “delito continuado”. Cury Urzúa señala como relevante del delito continuado, justamente el que haya ejecuciones en tiempos diversos, pero con unidad de propósito (como el caso de hurto de dinero guardado en un armario, referido por Cuello Calón). La diferencia específica con el llamado delito complejo, está dada por la exigencia de este último de dos o más acciones diversas y que puedan llegar a lesionar bienes jurídicos diferentes.

Resulta de mucha utilidad el trabajo exploratorio realizado por Freire, investigación de doctorado en la Universidad de Sevilla localizable en medios electrónicos, por cuanto narra la mutación que el delito continuado ha tenido, de ser un instrumento a favor del reo e invocado por las defensas, a pasar a ser un instrumento de persecución, a utilizar cuando no todos los hechos fueron probados en su calidad de delitos, arribándose a condenas sin que los hechos estén debidamente descritos y mucho menos probados.

Por lo expuesto tiene especial relevancia cómo pudo llegar a suceder que de un instrumento a favor del reo, se generase una categoría normativa para fines de punibilidad, esto es, para establecer una pena proporcional, a actos en serie en donde ha existido un injusto penal, “unitario y progresivo”, y por ende haya devenido en herramienta para agravar la situación del imputado, sin que por coherencia con la pretendida seguridad jurídica, tenga los límites y contenidos o bien, situados por la doctrina en un mismo sentido, o bien, marcados desde la legislación vigente.

En el Ecuador, no existe definición ni por ley ni por doctrina nacional que le dé sentido unívoco, ni por trabajo jurisprudencial en el que casos complejos hayan sido analizados bajo la existencia del ordenamiento que establece como tipo penal la estafa con el elemento de pluralidad incorporado, pues el otro tipo penal que existió, el de estafa sin más, se resolvía por reglas de delito concurrente, bajo disposiciones del anterior Código Penal, que expresamente establecían la pena correspondiente. Es la actividad que haya iniciado bajo la vigencia en el anterior ordenamiento y haya tenido cese en el actual, la que genera el desafío de interpretación, pues cambió el tipo penal.

III

El delito continuado, apunta Mir Pug (2006) enfatizando en la tendencia que se marcara desde principios del siglo pasado, con Pérez Borja (1927), está caracterizado por la repetición de actos bajo la misma intencionalidad criminal, y coincide éste y con Nypells, quien haciendo referencia al código belga anotaba que la esencia del delito continuado está en que, al existir una sola resolución criminal, los distintos actos no son sino circunstancias diversas.

Velásquez (2003) toca expresamente el tema de existencia de actividad delictiva, de tipo continuado, cuando existen tipos delictivos que no existían en la ley anterior, solo

serán punibles de conformidad con el nexo de continuidad, los llevados cabo durante el imperio de la nueva ley, mas si existía el tipo penal, pero hubo nuevas disposiciones modificatorias, sea para atenuar o agravar la pena, sea para agregar o suprimir elementos de las figuras típicas o circunstancias, evento en el que puedan presentarse diversas situaciones en materia de continuación, si la ley posterior es más benigna, ella deberá de aplicarse y si no lo es, deberá aplicarse la anterior. En igual sentido, Posada Maya (2012).

Llama la atención que todos los ejemplos a los que hacen referencia los distintos doctrinarios que han sido revisados, se caracterizan porque, existiendo una única resolución criminal, es también un solo tipo de derecho el violentado y el sujeto activo de la infracción penal ha tenido la posibilidad jurídica de realizar la actividad delictiva sin marcar secuencialidad temporal, y no lo ha hecho; esto es, ha tenido la posibilidad permanente de afectación del bien jurídico protegido (cuando no se trata de derechos inherentes a la persona misma, sino, por ejemplo, de derechos patrimoniales). Así, los ejemplos: sustracción de dinero de un armario; cajero que decide reiterar de manera sostenida y paulatina, en la disposición de los fondos de la caja que administra, tienen una característica: son delitos en cuyo modus operandi está el tracto sucesivo, y en donde el sujeto activo pudo haber tomado la decisión de que el acto de disposición fuere único.

En ocasiones justo el modus operandi dificulta el descubrimiento e investigación sobre la continuidad del delito como tal.

Cuando acontece el llamado delito masa, es discutible que se trate de un delito continuado, tanto por la pluralidad de sujetos pasivos como por la imposibilidad de mirar a un sujeto colectivo o ente, como titular del bien jurídico, desatendiendo a los daños y perjuicios patrimoniales de cada sujeto. Lo que no puede acontecer es que se admita como el mismo bien jurídico protegido, patrimonio de diversos sujetos. En contrario, Muñoz Conde (2002), quien al dar un carácter posible de general, al bien jurídico, vuelve lógico el que se acepte el delito continuado con pluralidad de sujetos afectados. Muñoz Conde (2002, p. 638) clarifica el sentido de acción final no confundible con movimiento, de forma tal que pudiendo existir una acción que se ejecute en diversos movimientos y con respecto a diversos perjudicados, tenga el mismo sentido de violentar una norma protectora de un bien jurídico; en esta hipótesis cabría el delito continuado en especie delito masa.

No pasa lo mismo si el derecho violentado es de carácter personal, pues en este caso queda claro que pueden haber múltiples violaciones a un único sujeto y sostenerse el delito continuado como presente. La línea que atraviesa los ejemplos utilizados tradicionalmente desde la doctrina, vinculan la decisión criminal a esa posibilidad desde un primer momento, de “prorratar” la ejecución, al ser el bien jurídico protegido que se afecta, uno solo.

La República Bolivariana de Venezuela, a través de su Fiscalía ha clarificado el tema en el 2012, marcando efectos. Refiere que: “...el delito continuado se trata de un único delito, pero consumado en distintas oportunidades por el mismo agente, ante la misma víctima. Pero en dichos actos, el sujeto resolvió cometer el hecho ilícito, para lo cual

requiere cometerlo en varias oportunidades (continuado), para obtener la resolución criminal, por lo cual también podemos afirmar que no existirá delito continuado cuando la ley penal protege intereses personales o individuales, a saber ante víctimas distintas, pues cada una de ellas es titular de su bien jurídico, y por lo tanto no puede hablarse de un único delito continuado, sino por el contrario, de diversidad de delitos.”

Ahora bien, en el Ecuador se ha invocado el delito continuado para hacer referencia a casos como el de Estupro (Fallo de casación, publicado en Gaceta Judicial 10, del 3 de diciembre de 2009), en donde por la forma de ejecución, está clara la unidad de resolución.

Un connotado caso en el 2013, fue el referido al supuesto delito de uso doloso de instrumento falso (título de economista) por parte de un funcionario público, dando lugar a la Resolución 466-2013 Juicio Penal 209/2013, de la Corte Nacional de Justicia, en el cual el representante de Fiscalía sostuvo que en el caso había “delito continuado” por cuanto había una idéntica resolución criminal, manifestada en diversos actos, una serie de actos concretos cometidos por el mismo autor, en virtud de una vinculación externa e interna. Tal caso es esencialmente diverso al de estafa masiva, con pluralidad de víctimas, pues contraria a la opinión de Posada, consideramos tiene más lógica sostener que, de no haberse solucionado mediante el tipo específico, la estafa sin más, debe ser considerada reiterada y el desafío, propio de la concurrencia de infracciones (como lo consideró la Administración de Justicia ecuatoriana cuando aplicó en reiteradas ocasiones, el artículo 563 del Código Penal de 1974, conjuntamente con el 81 del mismo ordenamiento; estafa más concurrencia).

Un delito continuado, por expresa comprensión y definición como tal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el relacionado a la desaparición forzada. Desde la sentencia en el caso Velázquez-Rodríguez contra Honduras (1988), se estableció que la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Americana, y como tal un delito continuado, pues el secuestro de una persona es un caso de privación arbitraria de libertad, que conculca el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto. En el caso Azualdo Castro contra Perú, se establece claramente que mientras no se conozca el paradero de la persona, la desaparición forzada se considerará delito continuado. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que no cabe sostener identidad entre un delito permanente y uno continuado, pues mientras en el permanente, consumado continúa la vulneración, en el continuo o continuado, al considerar que la resolución es única, no es la permanencia en la vulneración la que lo identifica (Machicado, 2010).

Con lo anterior, a nivel de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mencionándose tan solo un par de casos como muestra, queda evidenciado que la continuidad del delito se ha establecido a pesar de multiplicidad de violaciones a derechos, al tratarse de uno el sujeto pasivo, y ser de tracto sucesivo la desaparición. Esto

es, esa es la razón de la apreciación de la Corte, no necesariamente asentada en criterios de puridad de dogmática penal.

Con respecto a otras situaciones de violación de derechos, vale destacar situaciones con respecto a delitos contra propiedad y/o para no entrar en la discusión del bien jurídico- contra el patrimonio, lo siguiente: en el caso de la Estafa Masiva, cuando se han producido actos durante la vigencia del anterior Código Penal ecuatoriano (1971-2014), que contemplaba el delito de Estafa en el artículo 563 y tal tipo penal quedó derogado al expedirse el Código Orgánico Integral Penal, el que dio paso a otro tipo penal, con otros elementos del tipo que aunque similares al anterior, introducían como elemento del tipo la necesaria existencia de dos o más perjudicados, el tema quedó resuelto. Así, el tema de concurrencia de infracciones se solucionó con el decantamiento del legislador a favor de crear un tipo de Estafa Masiva.

Por lo anterior, no es posible sostener que actos de planeación y ejecución e incluso consumación, concluidos antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, puedan válidamente ser “arrastrados” hasta luego del 2014, bajo la figura del “delito continuado”. El delito continuado, de existir en este caso, y ello se marca en duda por lo contradictorio de la doctrina, marcaría la ley anterior como la aplicable, pues en delitos como el de estafa (cuya forma de ejecución no es de tracto sucesivo como característica esencial), se consuma el mismo con la entrega del bien, bajo error inducido y ello por ende marca aplicación de la ley anterior al 2014. Ya lo que haya acontecido después del 2014, tendría relevancia para marcar el cese una potencial prescripción, pero no para definición de la ley aplicable. Por ello, la base de la discusión en cuanto a la posibilidad de considerar como delito continuado hechos vinculados a Estafa, con cese durante la vigencia del ordenamiento de 2014, debe incluir consideraciones sobre la irretroactividad de la ley penal, y la ultraactividad, que como parte del principio de Legalidad, marcan al Derecho Penal.

Lamentablemente el “delito continuado” es la figura ideal a utilizar donde se la necesita y ser dotada de contenido convenientemente, al momento y situación, en que se lo necesita, coludiendo con el principio de resolución de conflictos de leyes en materia penal, a favor del hombre imputado.

Los principios de legalidad, favorabilidad, ultraactividad de ley penal, quedan convertidos en letra muerta ante el uso del referido soporte doctrinal.

Ya no se discute una justificación moral o política del derecho de castigar como sostenía Foucault-, ahora se justifica el derecho a imponer penas por delitos no tipificados al tiempo de comisión de la infracción, en virtud del estiramiento de sus límites, por cierto, difusos. Bien por los países en los que su contenido es claro.

De la unidad de acciones, vinculadas por la intencionalidad criminal.

Hay un excelente y clarificador trabajo desarrollado por Velázquez (2003), en el que resalta la necesidad de precisar si el concepto de unidad de acciones debe ser definido desde lo natural o bien, es una construcción normativa y enfatiza con Cerezo Mir de

base, que es ésta la problemática que la dogmática debe definir, principalmente y ello en respuesta a que el profesor Novoa Montreal, haya calificado al delito continuado como institución confusa y anárquica. Velázquez explica en síntesis, que para saber si hay una o varias acciones, se debe partir del concepto final de acción al cual se añade el enjuiciamiento jurídico social mediante los tipos penales, y por ello debe analizarse el plan, la finalidad del autor y el tipo penal, el que debe de ser interpretado como una realidad social. Así el concepto de acción viene a ser diverso al que se maneja en la Teoría de la Tipicidad, y para fines de delito continuado y concurso de infracciones, debe ser revisado bajo la propuesta inicial de los finalistas, con Welzel a la cabeza- Cerezo Mir, Mir Puig, Muñoz Conde, entre otros, la proposición de un fin voluntario y el enjuiciamiento normativo jurídico social, en virtud de los tipos.

Lo anterior se une al postulado de Mezger, de la llamada “unidad del impulso delictivo”. Se critica a Welzel y Maurach, supuestamente, el que no hayan tenido en cuenta el concepto final de la acción, para dotar de contenido al llamado delito continuado. La postura de Velázquez es similar a la de Posada y a la de Vives Antón.

Una postura contemporánea sobre el delito continuado, marca siguiendo a Velázquez- no solo la existencia de una unidad de acción (varias acciones vinculadas por la intencionalidad criminal), y la existencia de una decisión dolosa implícita, sino que también se enfatiza en el llamado dolo de continuidad; esto es, en que en realidad cuando se afirma la existencia de un delito continuado, se sanciona un estilo de vida criminal. Según Velázquez., Zaffaroni ha reaccionado en contra de esta mirada de dolo de continuidad, afirmando que con ello se afirma un derecho penal de autor. En todo caso, Zaffaroni al igual que Jeschek, considera que cuando se afirma delito continuado lo que se hace no es una reiteración de la tipicidad, sino del injusto del contenido del hecho. Bajo la línea de pensamiento de Zaffaroni, si se admite la consideración que el legislador cuando tipificó la Estafa Masiva, concretó un delito continuado y no la concurrencia de infracciones (para lo cuál tendría que validarse la posibilidad de delito continuado y víctimas diversas)-, necesariamente solo podría aplicarse para delitos cometidos a partir de su vigencia. También cabría analizar si es dable sostener un pensamiento de habitualidad en el delito.

Por todo lo expuesto a continuación se sintetizan los que se consideran en la actualidad y como tendencia de mayoría, los requisitos para la existencia del constructo “delito continuado” y que ratifican lo que años atrás expusiera Velázquez al respecto.

1. Unidad de fin, de dolo.
2. Unidad de lesión jurídica. Deben infringir un mismo bien jurídico.
3. Unidad de sujeto pasivo. Tal elemento es variable cuando los bienes jurídicos son personales, pero cuando son patrimoniales, debe existir tal unidad como requisito; y
4. Unidad de ocasión, y que se traduce en que las diversas acciones u omisiones deben estar conectadas en espacio y tiempo;

5. Imposibilidad de individualizar las distintas acciones. Como elementos objetivos externos destaca la unidad del sujeto activo y de la acción final. (Y que en Welzel adquiere la forma de unidad de conducción de la vida punible).

Cabe resaltar que la pluralidad del sujeto pasivo determina el delito masa y en tal caso, si está específicamente determinado como tipo penal, esa pluralidad forma parte de los elementos del tipo (como acontece en el delito de estafa masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador), no pudiendo coexistir la consideración de delito continuado y delito masa salvo que se admita como posible la existencia de sujeto plural y en diversos tiempos, del delito continuado, no existiendo pronunciamiento del legislador al respecto, en el Ecuador. Si no se admite, habría que considerar al 186 como de solución a una concurrencia de infracciones y por ende, intrínsecamente contradictorio ello con el postulado esencial del delito continuado: la unidad de las acciones, en un solo delito. Esto es, nos adscribimos a la postura de Zaffaroni, por cuanto el establecer que ha habido un dolo para la determinación de la masa de perjudicados, que habría que establecer si se da la solución a través del llamado “delito continuado”, conlleva una calificación al autor y no a las conductas realizadas.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido jurisprudencia en la que expresamente, abordando el tema de los sujetos plurales, como sujetos pasivos, señala que no puede existir delito continuado, en caso de que los sujetos sean diversos, pues ello es ajeno a la unidad delictiva que exige éste, mas se aclara, esta postura es controvertida y tan es así, que hay quienes sostienen que es totalmente indiferente la existencia de una pluralidad de sujetos perjudicados como acontecería en un delito como el de Estafa colectiva- pues el delito masa inclusive puede ser comprendido como una especie de delito continuado. De hecho y con respecto a esta solución, el colectivo que investiga y redacta no tiene una posición única, haciéndose énfasis en ello, al aclarar que la mayoría considera con especial asidero el sostener que la pluralidad de sujetos y diversidad de momentos de ejecución, en un delito que se consuma con la entrega del bien como el de estafa- solo podría ser considerado como delito continuado por expresa disposición de la ley, pues por la naturaleza de éste (perfeccionándose con la consumación), afirmar un dolo de continuidad resultaría violento al principio de Legalidad y presunción de actuaciones de buena fe. En contra, quienes afirman que si hay unidad en la resolución y de ello hay evidencia, no interesa que haya consumaciones secuenciales, para que deje de ser considerado delito continuado.

CONCLUSIONES

1. El delito continuado es una construcción que carece de límites y contenido definido, tanto en el ámbito legal como doctrinal y jurisprudencial, no existiendo ni en la actualidad ni en el histórico de la legislación ecuatoriana, rastros de esta construcción. El delito continuado como concepto, ha sido utilizado a pesar de sus límites difusos y

- contenido impreciso, para fundamentar imputaciones a base de leyes no vigentes al tiempo de la comisión de la infracción y en delitos que se han considerado en el modo y no necesariamente en el tipo- como de ejecución de tracto sucesivo.
2. Es necesario producir desde la doctrina del Ecuador, una postura sólida sobre el fundamento del constructo: desde si es una unidad de acción realmente, o una regla para penalizar. Falta dotar de contenido preciso a la categoría, por lo difícil que es sostener, en lo fáctico o lo normativo (a decidir), una unidad de acción.
 3. Por seguridad jurídica y por respecto al principio de actuar a favor del hombre, del imputado en este caso, no puede ser utilizada tal ficción jurídica para imputar, menos aún para hacerlo imponiendo una pena mayor a la que correspondería de tocar alguna con base legal, cuando incluso tal herramienta nació con la finalidad de atenuar las penas.
 4. Si se admite que una estafa ideada y consumada en la mayoría de los casos (con múltiples sujetos pasivos) antes de la vigencia de un ordenamiento que tipifica el delito masa que antes no estaba y bajo cuya vigencia se produjeron los últimos casos, es un caso de delito continuado, no podrá resolverse de conformidad con la ley posterior, no solo por el principio de favorabilidad (si es más dura que la ley anterior), sino porque solo es dable sostener continuidad del delito no calificado de masivo. Sostener continuidad de una Estafa Masiva, es calificar al tipo ya calificado lo cual no solo es absurdo, sino contrario a las buenas prácticas en la Administración de Justicia.
 5. En el delito continuado la situación de consumación se da desde que se produce la antijuridicidad y el resultado material lesivo, pero se prolonga, siendo la decisión del sujeto activo, quien puede ponerle el cese. Así, bajo esa mirada, por hechos acontecidos antes y durante la vigencia de un ordenamiento que considera a la Estafa Masiva como tipo, deberá utilizarse la legislación de la época en la que “masa” era una posibilidad, y no un tipo en sí, por corresponder a la consumación de la infracción (al menos al tenor del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTOLISEI, F. (1988). Manual de Derecho Penal, Parte General. (8ava. Edición). Bogotá, Editorial Temis.
- ANTÓN, J. (1981). Delito continuado En Pellisé P. (Dir.) Nueva Enciclopedia Jurídica. (Tomo IV). (pp. 448 a 465). s/l, Edit. Seix.
- CÁRCAMO, A. (2009). Concurso de normas y delitos: el delito continuado. En El delito fiscal (pp. 371-391) Recuperado de en:http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=7291183&pid=S0718-0950201500020001000009&
- CARRARA, F. (2004). El delito continuado. En Cuadernos de política criminal. No. 84. (pp. 5 a 8) s/e.
- CUELLO, E. (1948). Derecho Penal, Tomo 1 Parte General (pp. 565 y 566) Casa Editorial Bosch, Barcelona.
- CURY, E. (2005) Derecho Penal, Parte General (p. 654) Ediciones Universidad Católica de Chile.

- ESCUCHURI, E. (2004), Teoría de concurso de leyes y de delitos: Bases para una revisión crítica, (p. 389) Granada, Editorial Comares.
- EZAINE, AMADO. (1973). Diccionario de Derecho Penal. (1ª. Edición) pp. 168 y 169, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo, Perú.
- FERNÁNDEZ, F. (1984) El delito continuado frente al Código Penal, Bogotá, Editorial Temis.
- FREIRE, P.A. (s.f.) El delito continuado, Universidad de Sevilla. Recuperado de <http://master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf> Recuperado el 12/10/2016.
- HURTADO, J. (1987) Manual de Derecho Penal. (2da. Edición) Lima, Editorial Distribuidora de Libros, S.A., México.
- JAKOBS, G. (1997), Derecho Penal, Parte General, p. 1074 y ss., Madrid, Marcial Pons.
- JESCHEK, H. (1981), Tratado de Derecho Penal, Parte General, p. 357, Barcelona, Editorial Bosch.
- KINDHAÜSER, U. (2011), “El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, Cuadernos de Política Criminal 103, p. 20 y ss., Madrid.
- MACHICADO, J. “Delito Instantáneo, Permanente, Continuado, Flagrante, Conexo O Delito Compuesto”, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/09/cdfe.html> Consulta: jueves, 10 noviembre de 2016; las 14h00.
- MAGGIORE, G. (2005), Derecho Penal, Volumen I, Bogotá, Editorial Temis.
- MALDONADO, F. “Delito continuado y concurso de delitos”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 28, no. 2, dic. 2015.
- MIR PUIG, S. (2006), Derecho Penal, Parte General. (8ta. Edición) Buenos Aires, B de F, 2006.
- MUÑOZ, F. (2002), Derecho Penal, Parte General, 5ta edición, p. 2002, Barcelona, Editorial Tirant Lo Blanch. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos14/unidad-concurso/unidad-concurso.shtml#ixzz4PdfDac66>
- PELÁEZ DE LAS HERAS, A. (1942), El delito continuado, Salamanca, Publicaciones de la Universidad de Salamanca.
- POSADA R. (2010) Aspectos fundamentales del delito continuado, p.11 y ss., Universidad de Salamanca, Salamanca.
- POSADA R. (2011). El delito continuado. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, San José, No. 3.
- POSADA, R. (2011). El delito continuado y el concurso de delitos. Bogotá, Universidad de los Andes.
- SCHUNEMAN, B. (2000). La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática penal. En Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Congreso Internacional, Madrid, UNED.
- VELÁZQUEZ, F., (2008) El delito continuado y masa: a propósito del artículo 31 del Código Penal, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.
- ZAFFARONI, E.R.; ALAGIA; A./SLOKAR, A., (2002), Derecho Penal, Parte General, 2da. ed., Buenos Aires, Ediar.