

El abuso sexual reiterado y el delito continuado. ¿Unidad o pluralidad de conductas?

POR FRANCO EZEQUIEL MALIZIA (*) Y MAURO FERNANDO LETURIA (**)

Sumario: I. Introducción.- II. Unidad o pluralidad de acciones.- III. Fundamentos de la unidad de acción por continuación.- IV. Presupuestos de la unidad de acción por continuación.- V. El delito continuado en la legislación local.- VI. El tipo previsto en el artículo 119 CP -elemento normativo-.- VII. Reflexiones finales.- VIII. Bibliografía.

Resumen: reflexiones sobre la inconveniencia de abordar los supuestos de abuso sexual reiterado bajo la dogmática del delito continuado, a partir de un caso hipotético.

Palabras claves: abuso sexual - concurso de delitos - delito continuado

Repeated sexual assault and continuing offense doctrine. Unit or plurality of behaviors?

Abstract: thoughts about the inconvenience of addressing cases of repeated sexual assault under the dogmatic of continuing offense doctrine, from a hypothetical case.

Keywords: sexual assault - concurrence of criminal offenses - continuing offense doctrine

(*) Especialista y Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral. Prof. Adjunto Derecho Penal I, Universidad del Este. Secretario Federal Poder Judicial de la Nación —fuero Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo—.

(**) Prof. e investigador Universidad Nacional de La Plata. Procurador, Abogado y Escribano. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Titular y Adjunto, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Católica de La Plata, UCALP. Prof. Adjunto Universidad del Este. Oficial de la Justicia Federal Argentina. Prof. de Posgrado Especialización en Documentación y Registración inmobiliaria Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, UNLP.

I. Introducción

Dada la complejidad de las temáticas planteadas, corresponde comenzar aclarando la metodología utilizada para el análisis realizado que, desde una perspectiva didáctica, nos ha resultado más adecuada, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de realizar distintos abordajes a través de técnicas diversas. El presente trabajo tendrá por finalidad exclusiva reflexionar acerca de la conveniencia de encuadrar los supuestos de abuso sexual reiterado en lo que la doctrina ha venido a denominar “unidad de acción por continuación”. Motivó la selección de la problemática antes referida la diversidad de criterios adoptados por los más altos tribunales —tanto del país como del exterior— a la hora de resolver casos sustancialmente similares. La adopción de una posición u otra no resulta una discusión meramente académica, en tanto las diversas posturas repercuten enormemente en la operación de individualización judicial de la pena.

En función de las exigencias de la lógica y la coherencia que debe primar en el análisis jurídico, a lo largo del trabajo se expondrán en un primer momento las problemáticas detectadas, luego su abordaje por la doctrina más destacada, la legislación vigente y su aplicación concreta en la jurisprudencia. A modo de colofón, se efectuarán una serie de reflexiones intentando ofrecer una serie de argumentos que —a nuestro modesto entender— conllevan a la adopción de la solución más adecuada desde el punto de vista dogmático penal.

A fin de sentar las bases fácticas sobre las que se realizará el análisis, nos parece adecuado efectuar el planteo de un caso hipotético que, como marco, comprenda y se adecue a numerosos supuestos reales que se presentan a diario en nuestros tribunales:

“A” convive junto a su cónyuge y sus dos hijos de quince años de edad, “B” y “C”. A lo largo de un período de dos años, “A” abusó sexualmente de “B” y de “C” en reiteradas ocasiones. Se ha logrado comprobar que, durante el año 2010, “A” accedió carnalmente a “B” en dos oportunidades, mientras que durante el año 2011 ejecutó sobre él una conducta que puede calificarse como abuso sexual simple. Asimismo, ha quedado acreditado que, respecto de “C”, se sucedieron dos hechos que pueden calificarse como abuso sexual simple a principios del año 2011. A finales del mismo año, mientras victimario y víctima se encontraban en un camping, el primero obligó al menor a tocar su zona genital, para luego forzarlo a ejecutar la práctica conocida como felación y, posteriormente, accederlo carnalmente en forma casi inmediata. Un número indeterminado de abusos denunciados que habrían ocurrido en el año 2012 sobre la persona de “C” no han podido ser fehacientemente acreditados por el juez.

Con diversos matices o particularidades que no inciden en cuanto al fondo de la cuestión, casos similares al planteado han sido resueltos por distintos tribunales locales y extranjeros, al menos de las siguientes maneras:

1. Se ha estimado que los reiterados hechos de abuso deben considerarse encuadrados en una conducta única —unidad de hecho ficticia, real o jurídica— a la luz de la teoría del delito continuado;
2. Se estimó que cada uno de los abusos probados debían valorarse en forma independiente, razón por la cual se resolvió la acumulación material de plurales conductas bajo las pautas de los artículos 55 y 56 Código Penal —CP—;
3. También se ha considerado la situación a la luz de la teoría del delito permanente(1).

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. Ello probablemente se debe a que los diferentes problemas han sido solucionados con métodos absolutamente disímiles y hasta contradictorios. Como sostiene Rusconi (2009, p. 621), 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 —ejemplo de ello, el delito continuado—.

A poco que se aproxime al caso expuesto, se podrá advertir que se introduce en una de las cuestiones más problemáticas de la teoría de la imputación; aquella que se refiere a la acción y sus límites. Atendiendo a la estructura del presente trabajo, se abordarán en la exposición solamente aquellas cuestiones relativas a la acción en el sentido de la teoría del concurso(2), puesto que se intentará determinar cuando 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. En relación con el caso elegido, basta por ahora señalar —sin tomar posición respecto a la valoración jurídica que en orden a la unidad o pluralidad de hechos se efectúe— el aspecto fáctico sobre el cual la totalidad de los autores concuerdan, y señala la nota distintiva del caso;

(1) La postura que resulta minoritaria en la jurisprudencia nacional puede verse expuesta sucintamente en CNCP, Sala I, 10/05/2007, “Rodríguez, Gustavo A.”

(2) Afirma Jakobs (1997, p. 1.074), 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—.

mientras un mismo sujeto está concretando cada una de las reiteraciones, el tipo se encuentra perfeccionado en todos sus aspectos. La principal característica que se advierte es la repetición de acciones con potencialidad de configurar delitos perfectos en su individualidad. Cada reiteración supone una nueva conducta humana conformada por una o varias acciones desde el punto de vista natural y cada una de ellas cumple con todos los presupuestos de hechos punibles individuales.

II. 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 (1999, p. 532) 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 (1956, p. 215), 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 (1993, p. 649)—, 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 (3). Las críticas a este criterio vienen de la mano de su imprecisión

(3) Jeschek y Weigend (2002, p. 765) ejemplifican indicando que las acciones sexuales que se cometen con o ante un niño en la misma ocasión, resultan constitutivas de una acción unitaria.

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. Sostiene Stratenwerth (2005, p. 534) 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 aquel 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 esta dentro de ciertos límites, puede ser abarcada dentro de la uni-

dad 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 este supuesto, Jescheck (1993, p. 650) 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 (1993, p. 651) 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 (1993, p. 649), 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 (1953, p. 220), 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. Afirma 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 (2009, p. 182), 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*” (4)— que indique cuándo una única resolución que da un sentido final a varios movimientos puede ser relevada como una unidad por el tipo. Sos-

(4) Zaffaroni (2009, p. 182) cita ejemplos entre los cuales incluye los actos de mantenimiento del estado consumativo de un delito continuo o permanente.

tiene 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 (1993, p. 652), 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 (1997, p. 127), 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.

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 *aspersión* 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. En efecto, si procediéramos a la acumulación material de cada conducta reiterativa en el caso que nos ocupa, el mínimo de la escala penal resultaría idéntico al mínimo obtenido si se tratara a todas las reiteraciones como un hecho único. (5) 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 (6). Por ello, entendemos que la escala resultante de la acumulación material no importa “un ámbito de arbitrariedad ilimitado”, según afirma Zaffaroni (2009, p. 255), 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.

(5) Relacionado con el requisito de *unidad de lesión jurídica*, quienes se muestran a favor de la teoría del delito continuado consideran que se cumple dicha condición cuando los actos sucesivos encuadran en tipos semejantes —*ej.*: una figura básica y una calificada— debiendo echarse mano a la escala penal resultante de la más grave acción ejecutada. En el caso que nos ocupa, la conducta mas grave de A respecto a B consistió en un abuso con acceso carnal, por lo que el mínimo resultante corresponde a 6 años. Idéntico resultado respecto al mínimo se obtiene de acumular materialmente los tres episodios perpetrados en relación con el mismo sujeto pasivo.

(6) Jeschek (1993, p. 788) habla de “discrecionalidad jurídicamente vinculada”, por oposición a la libre discrecionalidad de una autoridad administrativa que puede elegir entre varias opciones equivalentes.

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. Afirma Patricia Ziffer (1996, p. 19) 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 (7)— 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 de abuso sexual 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 (1993, p. 788) 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

(7) No se efectuará aquí disquisición respecto a la constitucionalidad de criterios peligrosistas.

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 (8). 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 (9). 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 (2002, p. 348)— 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. Por último, 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* (10), *utilidad*, *exclusiva protección de bienes jurídicos*, *humanidad*, etc. En particular —sostiene Mir Puig (2010, p. 734)— 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 (2009, p. 254) 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 jurídi-

(8) Véase por caso el resultado al que arribó la CNCP, Sala IV el 05/11/2009 en “Rosales, Wilder Mauricio s/ recurso de casación”.

(9) Fallos 314: 441 y 318: 207.

(10) Artículo 5 de la CADH.

co 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.

En consecuencia, entendemos 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 —abuso reiterado—, mientras que, para el universo restante de supuestos, la aplicación de las mismas reglas resulta satisfactoria. Una afirmación de tal naturaleza, a nuestro 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 (1997, p. 132)— 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.

Adelantamos que, a nuestro 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 (1956, p. 218), 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, volveremos más adelante al tratar el requisito subjetivo de la unidad jurídica de acción (11).

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 pietista, 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 (2002, p. 862) 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

(11) Ver punto IV.1.2 “Teoría del dolo de continuidad” del presente trabajo.

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 se intentarán poner de resalto los problemas que, a nuestro entender, enfrenta el instituto bajo estudio.

IV. 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, efectuamos 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 (1993, p. 654)—, “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 (1956, p. 219), 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 (2002, p. 863) 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 (1997, p. 254) y Jakobs (1997, p. 1094)— afirman que el dolo global privilegia al autor que planea escrupulosamente los actos reiteratorios. Asimismo, se afirma que se con-

dena a la irrelevancia, de esta manera, al delito continuado, puesto que los casos de dolo global son muy escasos en la práctica.

Adelantamos que a nuestro criterio —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 nuestro juicio—, 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. Sobre el tema en particular, nos extenderemos en el punto 6. del presente trabajo, al que remitimos (12).

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 (1956, p. 221) 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*—. Creemos que asiste razón a Zaffaroni cuando afirma que un concepto tal destruye la *unidad de dolo* —Welzel (1956, p. 219) 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.

(12) Ver página 23 del presente trabajo, punto V. “El delito continuado en la legislación local”.

Por otra parte, concordamos con Choclán Montalvo (1997, p. 159) cuando afirma que una postura como la descripta 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. Por otra parte, 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 nuestro 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—. Difícilmente en un caso como el que nos ocupa pueda apreciarse la existencia de esa *obra final* o fin mediato que unifique el dolo propio de cada acción particular. Así, cada reiteración del abuso se constituye en un fin en sí misma, y cada agresión agota el contenido subjetivo al finalizar el acto parcial.

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 sí 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 (1997, p. 1093) 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 nuestro 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. En casos como el que nos ocupa, los

abusos suelen sucederse con solución de continuidad de días o años, y en lugares muy diversos.

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 Bacigalup (1999, p. 586) 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 (1997, p. 226) que para apreciar unidad por continuación ante ataques a bienes jurídicos altamente personales —como en el caso bajo estudio— 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 trabajo—, entendemos 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 (1997, p. 173), 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 se abusa reiteradamente de 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 se abusa a distintos titulares del bien jurídico.

Planteamos un ejemplo a efectos de aclarar el argumento; siguiendo nuestro caso, a lo largo de un mes “A” abusa sexualmente de “B” en dos ocasiones. Bajo las reglas de la unidad de acción por continuación, “A” enfrenta una escala penal que va desde los 6 meses a los 4 años de prisión —artículo 119 CP—. Ahora, supongamos que “A” a lo largo de un mes abusa sexualmente de “B” y de “C”, una vez respecto a cada sujeto. La imposibilidad de recurrir a la unidad de acción por continuación —sujetos pasivos diferentes— implica la aplicación de las reglas penológicas previstas para la pluralidad de hechos independientes —artículos 55 y 56 CP— motivo por el cual “A” enfrenta una escala penal que va desde los 6 meses a los 8 años de prisión. La situación fáctica es prácticamente idéntica, dos abusos a lo largo de un mes en idénticas condiciones. La única variante: en el primer supuesto hay un solo sujeto pasivo y en el segundo dos. La consecuencia: para el segundo caso, el límite máximo de la escala penal se duplica; no obstante, la estructura del delito es idéntica. Por ello, entendemos que la aplicación de la unidad de acción por continuación en casos como los descriptos atenta contra el principio de igualdad. Con ello no queremos significar que el abuso perpetrado en perjuicio de dos personas implique iguales consecuencias que el abuso ejecutado sobre una. Sin lugar a dudas, son circunstancias que requieren distinta respuesta penal, pero el lugar en el cual debe ponderarse el efecto más o menos dañoso es en el análisis de la culpabilidad -extensión del daño causado, puesto que merece un castigo mayor quien perturba dos vidas en lugar de una.

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 nuestro 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 (1999, p. 542) 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 nuestro juicio, el presente requisito resulta superfluo toda vez que no advertimos 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, entendemos 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, entendemos 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 indivi-

dualización 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.

Como manifestamos anteriormente, se afirma que el homicidio implica la destrucción y consecuente indisponibilidad total del bien jurídico “vida”. Igual situación podemos predicar respecto del abuso sexual y el bien jurídico “integridad sexual”. En efecto, bajo el Título III del CP se tipifican diversas modalidades de ataque a la “libertad sexual”, entendida esta como la posibilidad de que los comportamientos sexuales se lleven a cabo en condiciones de libertad individual de los partícipes, bajo un ámbito de autodeterminación y posibilidad de exclusión de cualquier individuo respecto al ámbito de reserva conformado por la vida y el desarrollo sexual. Así, la configuración de cualquier tipo de los previstos en el mencionado título importa la destrucción total de la “libertad sexual”, puesto que la facultad de exclusión se conserva o se pierde totalmente. Ello no obsta a que el ataque a dicha libertad merezca un mayor o menor reproche conforme al grado de injusto derivado del modo o forma a través del cual el aniquilamiento al bien jurídico se efectivizó —simple abuso, abuso gravemente ultrajante o mediante acceso carnal—.

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 inadmisibles 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 (1997, p. 169) 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.

V. 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, entendemos que la simple interpretación literal nos lleva a concluir por la afirmativa (13). En segundo término, conforme afirman Laje Anaya y Gavier (2000, p. 419), 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 —y en lo que a nosotros nos interesa—, 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 imposibili-

(13) La primera fuente de exégesis de la ley es su letra. Fallos: 304: 1820 y 314: 1849.

dad de subsumir los mismos bajo los preceptos del concurso ideal —el artículo 54 importa *un hecho*— llevó a la doctrina nacional —véase Zaffaroni (1999, p. 543)— 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 compartimos 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 ya dijimos, participamos 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 (14)— o 55 CP, en tanto el primero prevé la existencia de *un hecho* mientras que el segundo se refiere a *varios hechos independientes*.

Aclarada nuestra postura en relación con lo antedicho, debemos preguntarnos si en el caso que nos ocupa resulta posible afirmar que los diversos abusos cometidos por “A” en forma reiterada respecto a cada víctima, *dependen* unos de otros. Para ello, resultará necesario desentrañar cual es el sentido que debe atribuirse al término *hechos dependientes* conforme la interpretación que a *contrario sensu* se haga del artículo 55 CP. Adelantamos por ahora que, a nuestro criterio, la *dependencia* no puede referirse a otro elemento que no sea el *dolo total* requerido por la doctrina *ab initio* —o al menos antes del agotamiento del primer acto parcial— como requisito subjetivo para apreciar unidad de acción por continuación.

La inexistencia de un nexo a través del cual pueda afirmarse que un hecho de abuso pueda depender de la existencia de otro hecho similar deriva en una respuesta negativa a nuestro primer interrogante. De los términos en los cuales se encuentra formulado el tipo del artículo 119 CP no se deriva la posibilidad de que

(14) *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”.

la existencia de un hecho de tal naturaleza esté condicionada a la presencia de otro, como tampoco se advierte que la ejecución repetida de hechos similares posea una finalidad que trascienda al hecho individual. Es la inexistencia de interdependencia como asimismo la ausencia de una *obra final* representada y buscada a partir de los actos parciales, lo que determina que el caso traído a estudio no pueda considerarse incluido dentro del supuesto previsto por el artículo 55 CP interpretado a *contrario sensu*.

A menudo se recurre al tantas veces ilustrado caso del ladrón del collar de perlas para explicar la dinámica del delito continuado. Si analizamos el viejo ejemplo, encontraremos que la conducta final del sujeto trasciende al apoderamiento de cada una de las perlas del collar, puesto que la voluntad se dirige finalmente a obtener —a partir de cada una de las perlas sustraídas diariamente en forma individual— un todo, una obra final, un único bien; el collar de perlas. Es ese plus volitivo hacia la concreción del resultado final —obra— representado en el sujeto *ab initio* el que determina la dependencia de cada uno de los hechos parciales. Puede predicarse lo mismo respecto al cajero que decide apoderarse de una suma de dinero determinada —bien u obra final— para pagar una deuda, haciéndolo diariamente mediante la sustracción de pequeñas sumas para disimular el faltante, o del sujeto que se apodera de una máquina mediante la sustracción diaria de sus partes componentes. Por el contrario, no serán dependientes los sucesivos hechos cometidos por el comerciante que, valiéndose de pesas falsas, decide defraudar indefinidamente a cada comprador que se presente. Casos como este último o el que nos ocupa carecen de una finalidad que trascienda a los actos parciales, y constituyen supuestos de aprovechamiento de condiciones similares que —conforme se afirmó previamente— no contienen el elemento subjetivo final necesario para apreciar nexo de continuidad.

Con ello queremos significar que por “*hechos dependientes*”, debe interpretarse la existencia de un factor final caracterizado como *dolo total*, que debe encontrarse presente desde el comienzo de la conducta y a través de cada uno de los actos parciales, y debe estar dirigido a la obtención de una finalidad que trascienda a cada uno de los actos en su individualidad.

De aceptarse la aplicación de la unidad de acción por continuación en nuestro derecho positivo —a lo cual nos oponemos en razón de las diversas inconsistencias que la teoría presenta y se intentan poner de resalto a través del presente trabajo—, esta debe limitarse en los términos antes expuestos conforme surge mediante la interpretación de la única norma legal que en nuestro ordenamiento se refiere a sus presupuestos —artículo 55 CP—. Ello por cuanto la ley es la única fuente del derecho que puede legítimamente establecer excepciones a las reglas que con carácter legal y general se establecen para la concurrencia de una pluralidad de hechos.

VI. El tipo previsto en el artículo 119 Código Penal -elemento normativo-

Sostenía Welzel (1956, p. 216) que la unidad de acción se fundamentaba a través de un factor finalista —elemento subjetivo— y un factor normativo determinado por el “*juicio social-jurídico a través de los tipos*”. Así, la doctrina mayoritaria concuerda en que a la par del elemento subjetivo, la unidad jurídica de acción debe sustentarse en el sentido de los tipos legales vulnerados en cada caso, tal y como se alcance mediante interpretación. Se impone evaluar entonces, si la reducción de la pluralidad a un solo hecho en sentido jurídico es determinada por razones vinculadas al propio tipo penal. En los párrafos que siguen, efectuaremos un análisis normativo sobre el precepto aplicable, al solo efecto de evaluar la capacidad o incapacidad del tipo para abarcar la totalidad de las conductas llevadas a cabo por “A” dentro de una misma unidad social de sentido o si, por lo contrario, cada hecho parcial constituye por sí mismo una unidad de injusto cerrada.

Según Roxin (1997, p. 337), el delito que nos ocupa se caracteriza por la presencia de un tipo de varios actos, ya que se requiere la ejecución de dos acciones distintas para llevarlo a cabo. Así, dejando a un lado el supuesto del sujeto pasivo menor de trece años —que no se aplica a nuestro caso—, a la acción sexual de yacimiento debe sumarse la acción de violencia o intimidación. Coacción y yacimiento, son los actos que deben sucederse a efectos de que el tipo se configure.

Tampoco debe perderse de vista que el intercambio sexual en sí mismo se constituye no a partir de una acción, sino de varias. La naturaleza de la interacción sexual entre dos personas —yacimiento— comprende multiplicidad de acciones corporales —sea este acto consentido o no— que, dentro de un mismo contexto de acción, no multiplican las infracciones, puesto que el fenómeno del intercambio sexual no se reduce a una atomización de actos (15).

Estructurado básicamente el precepto en torno a dos actos diferenciados —coacción y yacimiento— se advierte en la dinámica del tipo que la primera acción tiene por finalidad lograr la concreción de la segunda; la coacción resulta el medio necesario para lograr el yacimiento forzado y no consentido.

Dicho elemento resulta dirimente al momento de analizar la unidad o pluralidad de conductas, y se puede sostener que mientras perdure la misma situación de dominio sobre la víctima mediante coacción, las múltiples interacciones sexuales que el sujeto activo sostenga con ésta última —por ejemplo, cada acceso carnal—, quedan enmarcadas en una misma unidad social de sentido. Tales actos

(15) Véase el voto de los jueces García y Yacobucci en CNCP, Sala II, 30/10/2009 “Minassian, Matías Gonzalo”.

—en un marco de subsistencia de violencia única— importan una *unidad típica de acción* puesto que se encuentran comprendidos dentro de la *ratio iuris* del tipo.

Quedan asimismo abarcados dentro de la unidad típica de acción, según Jescheck (1993, p. 651), los actos sexuales que importan una *intensificación progresiva* de la conducta bajo un mismo contexto de acción —misma situación de violencia—. Por tal motivo, la interacción sexual que comienza con un tocamiento para luego derivar en felación y posteriormente en acceso carnal constituye un único hecho delictivo si dicha secuencia se sucedió en un único y mismo contexto de violencia o intimidación que no fue interrumpido a lo largo del despliegue (16). No obstante ello, la multiplicidad de actos como dato objetivo de la intensidad y la extensión de la lesión no resulta indiferente al derecho, puesto que debe ser tomado en cuenta durante la operación de individualización de la pena (17).

En la medida en que pueda acreditarse que todos los actos han tenido lugar bajo la subsistencia de una *violencia única*, en su conjunto constituyen un único hecho histórico de invasión a la libertad sexual de la víctima que importa una unidad típica de acción.

Bajo un mismo contexto de coacción, cada una de las reiteraciones importa dentro del *iter criminis* un acto ejecutivo que se encuentra entre la consumación —primer acto que cumple el tipo— y el agotamiento de la conducta —último acto ejecutado antes de perder la relación de sujeción por coacción—.

Ahora bien, finalizado el dominio de la situación a través del ejercicio coactivo, el estado consumativo cesa, el delito se encuentra agotado y toda actividad subsiguiente importa el reinicio de otra conducta que debe desvalorarse en forma independiente. Así, del mismo modo en que el ladrón produce el agotamiento del delito cuando se desprende del objeto apoderado, el cese de la sujeción a través de violencia o intimidación importa la pérdida del dominio del hecho, de la situación por parte del sujeto activo, y la desaparición —agotamiento— de un elemento constitutivo del tipo —violencia o intimidación—. No obstante el sujeto logre posteriormente rehacerse con la relación de dominio mediante coacción en idénticas condiciones, la interrupción temporal de la situación de sujeción determina el inicio de una nueva unidad social de sentido (18). En casos como el que nos ocupa, los diversos abusos suelen sucederse sobre los mismos sujetos pasivos

(16) A raíz de ello, en el caso que nos ocupa, el abuso perpetrado por “A” respecto de “C” en el camping debe ser valorado en forma unitaria.

(17) Véase el voto de los jueces García y Yacobucci en CNCP, Sala II, 30/10/2009 “Minassian, Matías Gonzalo”.

(18) La interrupción de la sujeción mediante coacción es asimismo el elemento que impide considerar el caso bajo la teoría del delito permanente, puesto que, en este último, el dominio del hecho

en similares situaciones, pero en intervalos de tiempo considerables: días, meses, incluso años. El padre que abusa de sus hijos, el profesor de un establecimiento educativo que lo hace sobre sus pupilos, o el encargado de la guarda de menores de edad que ejecuta actos impúdicos sobre estos últimos llevan a cabo sus conductas furtivas aprovechando circunstancias similares pero en contextos temporales bien diferenciados, de manera que la coacción necesaria para llevar a cabo los actos abusivos no se mantiene en forma continua.

De esa manera, la unidad típica de acción encierra bajo unidad los actos ejecutados dentro de un mismo contexto de coacción ininterrumpido, pero no logra abarcar la totalidad de los actos individuales sustanciados en forma intermitente a raíz del cese de un elemento esencial del tipo —coacción—. La norma del artículo 119 CP no posee una elasticidad tal que permita desvalorar unitariamente aquel conjunto.

Diremos, por último, en relación con la figura en estudio que, dentro de la doctrina argentina, al referirse al supuesto agravado del segundo párrafo —abuso sexual gravemente ultrajante—, Edgardo Donna (2001, p. 48) sostiene que el término “*por su duración*” hace referencia justamente a una modalidad de abuso reiterado o continuado. Asegura que “dicha prolongación puede deberse a que el acto dure más tiempo del normal requerido para la realización de la conducta abusiva, o que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo”.

A nuestro juicio, dos son las razones por las cuales no cabe darle dicho alcance al término referido. En primer lugar, según la Real Academia Española, el vocablo *duración* hace referencia al “tiempo que dura algo o que transcurre entre el comienzo y fin de su proceso”. En tales condiciones, debe entenderse que el abuso sexual se agrava por su duración, cuando el acto de yacimiento —como proceso— se prolonga más allá del tiempo que ordinariamente se requiere para efectuar la conducta. Ello por cuanto la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y una interpretación extensiva del término, amplía indebidamente la *ratio iuris* del tipo calificado. Si el legislador hubiese deseado que la *reiteración* diera lugar a la agravante del segundo párrafo, así lo habría plasmado en forma expresa.

En segundo lugar, de encontrarse previsto expresamente el abuso continuado en el tipo calificado del abuso gravemente ultrajante, no se explica porque la previsión no se hizo extensiva al tipo simple y al tipo de abuso sexual con acceso carnal, toda vez que dichos preceptos revisten idéntica estructura. El razonamiento del autor lleva a concluir que, si el legislador previó expresamente la relación

se mantiene constante. Ilustrativamente sostenía Alimena que el delito instantáneo es un punto, el delito permanente una línea ininterrumpida y el delito continuado, una línea de puntos.

de continuidad para el abuso gravemente ultrajante y no hizo referencia a ello en las restantes figuras del artículo 119 CP, la aplicación del nexo de continuidad no resulta procedente en estos últimos casos, mientras que sí corresponde para el supuesto del segundo párrafo. Una interpretación tal no logra armonizar los preceptos, sino que pone en pugna sus disposiciones (19). En razón de ello, creemos que no resulta adecuada.

VII. Reflexiones finales

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.

(19) Fallos 313: 1149.

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, 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. Concordamos 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.

De aceptarse la procedencia de la unidad de acción por continuación, 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 -aprovechamiento de similares circunstancias. Ello se deriva de la única norma presente en nuestro ordenamiento jurídico que hace referencia a los presupuestos necesarios para la aplicación del instituto: el artículo 55 CP. A partir de una interpretación efectuada a *contrario sensu* de la norma, entendemos 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

ne la tendencia de los tribunales a aplicar expansiva e irreflexivamente el instituto a casos en los que no resulta procedente—. En nuestro caso, resulta poco probable que, al momento de ejecutar el primer abuso, el sujeto activo se hubiese representado las ulteriores acciones que llevaría a cabo luego de días, meses o años de transcurrido el primer hecho. Aun si así fuera, no se advierte la existencia de una finalidad que trascienda a los actos parciales para la concreción de un fin último. En ese sentido, cada hecho de abuso constituye un fin en sí mismo.

De la interpretación que efectuamos sobre el tipo penal contenido en el artículo 119 CP se desprende que resultan abarcados en *unidad típica de acción* todos los actos sexuales ejecutados sobre el sujeto pasivo que se suceden bajo un único e ininterrumpido contexto de violencia o intimidación. El abuso sexual es un delito de varios actos, y el núcleo típico se compone por dos acciones diferenciadas que guardan entre sí una relación de medio fin; coacción y yacimiento. A través de la primera se logra la segunda y en virtud de ello, la interrupción de la situación coactiva de sujeción importa el agotamiento del delito. A partir de allí, todo hecho posterior, aunque perpetrado en similares circunstancias, importa una nueva unidad social de sentido que se debe desvalorar en forma independiente. En el caso propuesto, “A” perdió el dominio de la situación coactiva entre cada uno de los hechos perpetrados sobre sus víctimas. Así, las interrupciones se sucedieron cada vez que las víctimas se encontraron fuera del ámbito dentro del cual “A” podía ejercer su dominio —sea porque estaban bajo la custodia de sujetos que revestían rol de garante a su respecto, o simplemente alejadas de la esfera sobre la cual el sujeto activo podía influir—.

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 (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”. La excesiva extensión de la unidad de acción más allá de los límites permitidos por los tipos penales reniega de la realidad, y contribuye a extender la brecha generada entre el concepto representado por el profano y la abstracción creada por el intérprete. En ese sentido, resulta difícil afirmar que cinco, diez, veinte o cien hechos de abuso ejecutados a lo largo de un año sobre una misma persona importan un

único hecho de abuso sexual. Ello importa otorgar un *bill* de indemnidad al sujeto que, luego de haber echado manos sobre la víctima, puede disponer de esta cuantitas veces lo desee al tiempo que posee la confianza —amparada por el derecho— en que el sistema no podrá sancionarlo —sin importar el nivel de perversidad o intensidad de sus actos— más allá del máximo con el que la ley castiga una única realización del tipo. Podrá contestarse a ello que el nivel de injusto incide enormemente en la punibilidad, lo que es cierto. Pero tampoco puede dejarse fuera de consideración que las múltiples reiteraciones a las que se puede ver sometido el sujeto pasivo pueden tener potencialidad de configurar un injusto cuantitativamente tan grande que la escala penal prevista para una única realización típica resulte ampliamente sobrepasada.

La subsunción de las conductas desplegadas por *el sujeto activo* respecto a cada una de sus víctimas en una unidad de acción —y consecuente aplicación única del tipo— no resulta suficiente para captar la totalidad del desvalor del conjunto de abusos prolongados a través del tiempo. Normativamente, el tipo no posee la elasticidad o amplitud que muchas veces se le adjudica.

VIII. Bibliografía

Arce Aggeo, M. Á. (1996). *Concurso de Delitos en Materia Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Caramuti, C. S. (2010). *Concurso de delitos*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Choclán Montalvo, J. A. (1997). *El delito continuado*. Madrid: Ed. Marcial Pons.

Donna, E. A. (2001). *Delitos contra la Integridad Sexual*. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Madrid: Ed. Marcial Pons.

Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Granada: Comares.

Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Granada. Ed. Comares.

Jiménez de Asúa, L. (1961). *Tratado de Derecho Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Losada.

Laje Anaya, J. y Gavier, E. A. (2000). *Notas al Código Penal Argentino*. T. I. 2ª ed. Córdoba: Marcos Lerner.

Leturia, M. F. (2008). ¿Se encuentra legislado el delito de estafa procesal en el Derecho Argentino? *Revista Anales* N° 38. Buenos Aires: La Ley.

Leturia, M. F. (2015). Protección Penal de los Derechos Intelectuales. *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 80.

Mir Puig, S. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. T. I. Madrid: Civitas.

Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. 2º ed. Buenos Aires: Ad hoc.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires: Hammurabi.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma.

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. B de F, Montevideo-Buenos Aires.

Yacobucci, G. J. (2002). *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Ábaco.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. IV. Buenos Aires: Ediar.

Ziffer, P. S. (1996). *El sistema argentino de medición de la pena*. Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 7, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad externado de Colombia, Bogotá.

Fallos Consultados

Fallos 304: 1820.

Fallos 318: 207.

CNCP, Sala I, 10/05/2007, "Rodríguez, Gustavo A."

CNCP, Sala II, 30/10/2009, "Minassian, Matías Gonzalo".

CNCP, Sala IV, 5/11/2009, "Rosales, Wilder Mauricio".

CNCP, Sala IV, 16/6/2009, "Mejía Durán, Valerio".

Fecha de recepción: 15-03-2018 Fecha de aceptación: 21-06-2018