

Tribunal Superior de Medellín

EL DELITO CONTINUADO EN EL CÓDIGO PENAL

El delito continuado no quedó contemplado de manera expresa en el Código Penal vigente, pues se trata de un caso de delito unitario y no de un concurso de delitos. Por ello, el legislador no tenía que incluirlo en el art. 26, pues todo delito unitario, por definición, está regido por el tipo respectivo que lo contempla y reprime, sin necesidad ni posibilidad de auxilio alguno por las normas de la Parte General.

Magistrado ponente, Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA *
Medellín, diciembre 19 de 1986.

Los hechos fueron narrados así por la alta corporación:

“Empleados de la Personería Municipal de Medellín decidieron crear una pequeña comunidad de ahorros con el nombre de «Natillera Nati-amigos», de la que en 1985 era presidente el procesado T. y tesorero el sindicado L.; a la vez, el Dr. J. C. S. y revisora fiscal la Dra. L. M. V., quienes no fueron inculpados pero ejercieron sus cargos con la mayor incuria. Los socios de la natillera, unas treinta y seis personas, hacían aportes quincenales que fluctuaban entre los mil y los ocho mil pesos, para un total ahorrado en ese año de más de millón y medio de pesos, de los que se distrajeran algo más de un millón... Durante todo el año, T. y L. recibían los dineros de los aportes, hacían a terceros algunos préstamos más o menos informales y el resto se lo autoprestaban ellos mismos para jamás pagarlo... Acosados, al final del año, por los reclamos de los socios, los cómplices lograron abrir en un banco local una cuenta corriente y procedieron a pagar el valor de las liquidaciones, habiendo cubierto o cancelado algo más de quinientos mil pesos a quince interesados, pero dejando inso-

lutos los créditos de muchos otros socios por un valor superior al millón cien mil pesos. Los créditos de la mayoría de socios fueron «cubiertos» con cheques sin fondos que resultaron desde luego impagados por esta causa”.

Las consideraciones jurídicas fueron las siguientes:

Hay que observar que el art. 26 del C. P. regula el “concurso de hechos punibles”, ciertamente, pero no incluye ningún caso de delito unitario, y mal podría hacerlo bajo ese rubro porque se trata de dos cosas excluyentes. Y el llamado “delito continuado”, que ciertamente no aparece mencionado en forma expresa por el Código Penal vigente, es precisamente un caso de delito unitario y no de concurso de delitos, justo el que la distinguida magistrada señala como de “pluralidad de hechos y un solo delito”, que por ser un solo delito no puede estar reglado por una norma que regula exclusivamente la pluralidad de delitos que deban juzgarse en una sola sentencia. Al no ser un concurso de delitos sino un delito unitario, el Código no tenía por qué incluir el “delito continuado” en el art. 26, pues todo delito unitario está por de-

finición y por principio regido por el tipo respectivo que lo contempla y reprime, sin necesidad ni posibilidad de auxilio alguno por las normas de la parte general.

Pero aparte las razones que asistieron al *quo* para tomar la imputación como integrada por un delito unitario de abuso de confianza en concurso (material) con otro, también unitario, denominado “fraude mediante cheque”, es un hecho incontestable y constituye irrefutable ley del proceso que los inculpados T. y L. fueron vocados a juicio criminal ordinario solamente por el concurso de un abuso de confianza (por la cuantía total, desde luego) y un fraude mediante cheque (por el conjunto de los cheques librados sin fondos, naturalmente). Muy clara y muy precisa es al respecto la parte motiva del enjuiciamiento, en la que se enfatiza que ambos procesados deben responder “por las dos ilicitudes ya mencionadas y que entran en concurso” (fls. 261). Tan patente es la unidad criminosa que se postula en el pliego de cargos, que el señor juez, con excelente criterio, decidió que en su “pronunciamiento quedan comprendidos los distintos entes delictivos con que se menguaron los patrimonios de todos los socios de la natillera” y por esto ordenó recoger las diligencias iniciadas por separado mediante denuncia de F. G. M. (fls. 261). La parte resolutive del auto acusatorio no posee un sentido menos evidente, pues encausa (por los delitos de “fraude mediante cheque” y de “abuso de confianza”) (fls. 262), habiendo precisado en la motivación las normas infringidas y deducido para el primer cargo la agravante por la cuantía superior a cien mil pesos de que trata el art. 372 del C. P. y aclarado igualmente su propia competencia para conocer del asunto por tratarse de una defraudación por valor mayor al millón de pesos (fls. 260-61).

En perfecta concordancia con ello, el señor juez de circuito expidió la sentencia ameritada, en la que condenó a los (dos coautores) como responsables del concurso de ambas infracciones (fls. 304 y 305).

Podría, pues, en este caso concreto, pres-

cindir por completo de la discusión en torno a si el “delito continuado” sigue o no teniendo aplicación, en cuanto delito unitario, en el nuevo Código Penal, pues de lo que se trata aquí y ahora es de que T. y L. fueron enjuiciados por un delito de abuso de confianza en concurso con un delito de fraude mediante cheque y que este enjuiciamiento, en cuanto ejecutorio y exento de vicios invalidantes, es el marco imprescindible e insuperable para la sentencia penal. Parece claro, o al menos así lo está para la mayoría de la Sala, que una persona enjuiciada por dos delitos no puede ser condenada por un número superior de ilicitudes. Errado o no, el auto de proceder alcanzó firmeza procesal y como ley del juicio debe ser necesariamente acatado. La nulidad por incompetencia resulta, frente a tan clara situación, como un expediente a un refugio y con ella podría crearse un cierto riesgo de impunidad, al menos en tres sentidos: primero, porque exige calificar por una pluralidad de hechos que no constan uno a uno en su escueta individualidad histórica, lo que sería necesario acreditar porque el concurso de delitos no es una modalidad del delito unitario, sino precisamente la multiplicación de los delitos, de suerte que en los cargos es forzoso determinar cuáles y cuántos delitos fueron en concreto cometidos y cuál la cuantía y época de cada uno; segundo, porque de tal manera resulta que los sindicados no perpetraron un grave fraude contra varias personas, sino varios fraudes leves, debiendo entonces responder por un concurso de levedades que muy probablemente no daría curso si quiera a la agravante por la cuantía superior a cien mil pesos, como si lo timado por ellos a las víctimas no fuera bastante superior a dicha cifra; tercero, porque al no totalizar la cuantía tampoco para efectos de la competencia judicial por este factor, se atribuye el conocimiento del asunto a los jueces de inferior categoría que son, al tiempo, los de mayor recargo de trabajo.

Por la vía de la ponencia original se eluden ciertamente los factores aglutinantes del he-

* Acompañó al ponente el Dr. Hernán Gómez Constain.

cho, tales como el dolo global en el giro de los varios cheques sin fondos, el dolo continuado en los actos parciales de apropiación y, en este mismo caso, el aprovechamiento reiterado de una misma oportunidad repetitiva o prolongada en un lapso temporal relativamente reducido, con afectación siempre del mismo grupo de personas determinadas, unidades entre sí por el vínculo convencional de una "natillera", que es como una pequeña comunidad de ahorros. También se desconoce con ello que los varios actos parciales de apropiación de cuotas o saldos y de giros de cheques sin fondos para pagar lo que correspondía a cada socio después de la liquidación de la natillera, no constituía una lesión separada y autónoma al mismo bien jurídico, sino que de este modo ese bien sufría un daño cada vez más grave, en una verdadera progresión delictiva; y como si fuera poco, se ignora que la progresión delictiva da lugar, por consunción, a un concurso aparente y no a un concurso efectivo de tipos.

Casos de esta naturaleza no son en modo alguno extraños a nuestro ordenamiento jurídico sino que se presentan a granel en el mismo; a guisa de ejemplos: si con intención de lesionar, alguien ocasiona a otro varias lesiones corporales, la lesión más grave consume a las otras; si, queriendo matarla, alguien ataca varias veces a su víctima, no hay en cada ataque una tentativa de homicidio, sino que el conjunto de ellos conforma una sola tentativa, que a lo sumo podrá considerarse que estuvo más próxima a la obtención del resultado típico consumativo; si alguien se apropia uno a uno de varios enseres del mismo o de distinto dueño, en relativa unidad de situación motivacional u oportunidad, nadie hablará de tantos hurtos como objetos o como sujetos pasivos, sino de un solo hurto por el total de los bienes sustraídos o contra las varias personas ofendidas, etc. Sin embargo, en cada uno de esos ejemplos puede percibirse que cada uno de los actos parciales se ejecuta con un dolo en cierta forma distinto o propio y en un distinto espacio-tiempo y cada uno

de ellos puede sin duda ser calificado por sí mismo como acto típico, antijurídico y culpable, pese a lo cual no es posible considerarlos como pluralidad de delitos sino como delito unitario, continuado o no. Otro género de casos pone también de relieve los dramáticos aprietos a que conduce la tesis concursal que se aplica sin haber distinguido primero en forma clara y nítida entre la unidad y la pluralidad de hechos punibles; se trata esta vez de los llamados fraudes colectivos: alguien vende en una tarde 35.000 boletos para un falso partido de fútbol: según la tesis empírica del concurso, ese sujeto no cometió una estafa agravada, por el valor total, contra treinta y cinco mil personas, sino un concurso de treinta y cinco mil pequeños delitos de estafa simple que el juez tendría que acreditar probatoriamente y uno a uno, y relacionar de la misma manera en el pliego de cargos y en el fallo. Por este camino se llega, pues, al absurdo de la actividad del juez penal o a la completa irracionalidad de la pena, pues se evade la aplicación de los tipos especialmente agravados por la cuantía, se desconoce que el delincuente puede fraccionar la ejecución precisamente para buscar una escala punitiva más benigna o una competencia judicial de menor rango, y se llega finalmente al inenarrable predicamento de que, o se aplica una pena irrisoria que no traduce adecuada y totalmente la valoración juridicopenal y politocriminal del hecho, o bien tiene que aplicarse el máximo de la pena con el máximo del aumento por el concurso, pues si este máximo no se aplica a la concurrencia de un número tan elevado de delitos, entonces posiblemente no tendría aplicación nunca.

Indica lo anterior que el formalismo abstracto no es suficiente para discernir la unidad de la pluralidad de delitos, pese a lo cual la aplicación del art. 26 del C. P. solo procede cuando ya está descartada la unidad y establecido el concurso, pero no como ficción o presunción sino como realidad natural y jurídica. Lo que importa es que los varios y sucesivos actos se encadenen en un mismo injusto

creciente o progresivo como partes de una sola consumación y que constituyan una unidad de sentido captable por el mismo tipo de delito en unidad valorativa e interpretativa. Lo que importa también es que no se condene por varios delitos al que solo ha cometido uno y que no se otorgue al delincuente la posibilidad de fraguar la escala punitiva de su crimen, en los casos en que la pena depende de la cuantía, con el solo recurso a la comisión del delito por cuotas o parcialidades que, al no sumarse o globalizarse, evaden las más severas penas de los tipos agravados por la cuantía y eluden del mismo modo las competencias de mayor jerarquía, que precisamente han sido instituidas para el juzgamiento de los casos más graves.

La pena ha sido muy benignamente tasada por el señor juez de la primera instancia y por lo mismo la Sala la tasaré de nuevo¹. De los concurrentes, el delito más grave es el de abuso de confianza agravado por la cuantía (arts. 358 y 372 del C. P.), pero la naturaleza y modalidad de los hechos y el número de personas afectadas con ellos en su patrimonio económico no permiten partir del mínimo del tipo básico con el mínimo del incremento por la cuantía, sino que, habida cuenta de esos factores y también del alto grado de culpabilidad de los acusados (C. P., art. 61), ha de partirse de dos años de prisión y fijarse la multa en cincuenta mil pesos para cada convicto. En razón del concurso de infracciones y con base en el art. 26 del C. P., se incrementará en un año la pena privativa de la libertad, por el concurso del delito de fraude mediante cheque, con el que también se perjudicó a varias personas. La pena principal para cada condena quedará entonces en tres años de prisión y cincuenta mil pesos de multa, y ambos sufrirán por igual tiempo la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas (C. P., art. 52).

No hay objeción al otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, pues se dan las exigencias del art. 68 del C. P., pero se agrega la obligación de reparar los perjuicios civiles causados con las infracciones, con la advertencia de que de no hacerlo durante el período de prueba y una vez liquidados, les será revocado el subrogado y hecho efectivo el total de la pena.

Así, entonces, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, por mayoría y en desacuerdo con el inmediato colaborador fiscal, confirma la sentencia de fecha, origen y contenido indicados, que se ha revisado por vía de consulta, con las siguientes modificaciones: cada uno de los reos T. y L. debe descontar tres años de prisión y pagar al Tesoro Nacional cincuenta mil pesos de multa. Para gozar de la ejecución condicional de la condena deberán los convictos, además, renovar la diligencia de compromiso, con la obligación adicional que se especificó en la parte motiva. Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva, cuyo número se indicó en el encabezamiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

SALVAMENTO DE VOTO

De la Magistrada Dra. MARIELA
ESPINOSA ARANGO

Dentro del término del art. 11 del decreto 1265 de 1970, con las siguientes reflexiones salvo mi voto, pues no estoy de acuerdo con la consideración de la mayoría de la Sala de Decisión al involucrar el factor síquico finalista de quien delinque a través de varios episodios, como elemento sustancial en la tipificación de un delito unitario.

¹ El a quo había tasado la pena imponible en 20 meses de prisión como pena principal, aunada a multa de dos mil pesos. Como pena accesoria, la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones por el mismo tiempo, así como la obligación de indemnizar los perjuicios para gozar del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Decía en la ponencia original respecto al tópico *quid* del desacuerdo:

"La Sala se identifica plenamente con los razonamientos del señor Fiscal en esta instancia. Desaparecida la figura del *delito continuado* (ley 95 de 1936, art. 32), la del *curso de hechos punibles* regulada por el actual estatuto represor reúne las diferentes situaciones previsibles: varios delitos con un solo hecho; pluralidad de hechos y un solo delito; multiplicidad reiterada de hechos e infracciones y, finalmente, la acumulación de juicios (arts. 26, 27 y 28 del C. P.).

"De tal manera, así se trate del concurso múltiple de delitos contra el patrimonio (en este caso de abuso de confianza y fraude mediante cheques, arts. 358 y 357 del C. P.), la relación de conexidad no autoriza englobar las diferentes sumas o valores que conforman los atentados para deducir de allí que por la cuantía se escapa de la competencia para el conocimiento en primera instancia al juez municipal (art. 37 C. de P. P. subrogado por la ley 55/84, art. 1° n. 2°) y deba asumirla el juez del circuito por la cláusula general contenida en el numeral 2° del art. 36 del estatuto adjetivo. Esta competencia solo operaría por virtud del art. 39 del mismo procedimiento penal si alguno de los apoderamientos fuera violatorio del art. 357 o del 358 del sustantivo idem, hubiera sido aglutinante por exceder el monto dentro del cual tenía jurisdicción el juez municipal (\$ 300.000 en 1985 y 1986, art. 2° ley 55/84).

"Al concurrir la causal de nulidad legal instituida por el numeral 1° del art. 210 del ordenamiento procedimental, de conformidad con el art. 212 ibídem se abrogará por esta Sala la actuación cumplida a partir del calificatorio omitido el diecinueve de mayo y que corre de folios 254 a 263 inclusive para que, una vez cumplida erradicación de primera instancia en el Juzgado Décimo Octavo Penal del Circuito, vaya el expediente íntegro a conocimiento del señor juez penal municipal (reparto)".

Es que la figura del delito unitario no es diferente en su esencia a la del "delito conti-

nuado" tratada en la nueva legislación como "concurso material homogéneo y sucesivo de hechos punibles", en el cual cada episodio criminal es sancionado como comportamiento individual mas con tratamiento especial en cuanto hace a su tasación. Así, no puede acudirse a figuras o especies que bajo cualquier denominación se traduzcan en categorías delictivas ya superadas con buen fundamento y finalidad mediante la derogatoria y, en consecuencia, esa cadena de abusos de confianza y fraudes mediante cheque cuya materialidad y autoría sicofísica no se cuestiona, debe tratarse como un concurso de concursos: material, homogéneo y sucesivo de abuso de confianza con material, homogéneo y sucesivo de fraude mediante cheque.

Sobre el particular se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1982, con ponencia del Mgo. Dr. Gustavo Gómez Velásquez:

"...

"Conviene anotar, a este último respecto que la denominación de delito continuado desapareció de la legislación penal, pero no el fenómeno jurídico que lo constituía y estimable para la imposición de penas cuando se tratare de la comisión de varios hechos punibles. Es así como el Código de 1980 lo recoge en el art. 26 («el que... con varias acciones... infrinja... varias veces la misma disposición —el llamado concurso homogéneo sucesivo, aunque asignándole una punibilidad mayor— ...quedará sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto») ya que la nueva institución termina con la estructura jurídica de la ficción, que reconocía el anterior estatuto, mediante la cual se dispensaba una pena más benévola («...la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad»), al considerarse como un solo hecho las varias conductas realizadas.

Son las consideraciones que preceden los fundamentos que me inclinan a no ajustarme con la decisión mayoritaria, la cual acato.

Medellín, enero trece de mil novecientos ochenta y siete.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA