

Tribunal Superior de Medellín

EL DELITO CONTINUADO FRENTE AL NUEVO CÓDIGO PENAL

Ponente: Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

La desaparición de la figura legal del delito continuado en el nuevo Código Penal como agravante de la penalidad, no hace desaparecer la problemática del mismo. Sin duda ya no varía la punibilidad, pero siempre habrá que distinguir los casos de delito unitario de los casos de verdadera multidelinuencia. Si el delito continuado no se entiende como ficción sino como realidad, no configura un concurso de hechos punibles sino un delito unitario cuyas varias fases o etapas no son más que episodios de desenvolvimiento de una misma progresión criminal. La unidad delictual es factible cuando se trata de injustos cuantificables, en los que las acciones posteriores no constituyen un nuevo daño típico sino que solo agravan el daño típico hasta el momento producido. Se obtienen así notables ventajas procesales, es verdad, pero también se patentiza que la figura no siempre favorece al procesado, pues esto no sucede concretamente en los llamados fraudes colectivos y, en general, en los delitos cuya penalidad depende de la cuantía.

Providencia de noviembre 25 de 1981.

VISTOS:

Por resolución tomada el trece de agosto del año en curso, el Juzgado Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad, *condenó* al señor *José León Gutiérrez Gutiérrez*, de la filiación apuntada en los autos, por el cargo que se le dedujo legalmente en el auto de proceder (hurto continuado), a la pena principal de *dieciocho meses y veinte días de prisión*, más las accesorias pertinentes. Previa caución prendaria por valor de mil pesos y por un periodo de prueba de dos años suspendió en favor del convicto la ejecución del fallo. En el grado jurisdiccional de la consulta revisa el Tribunal la prementada sentencia.

Correspondióle emitir concepto en esta instancia al señor fiscal octavo de la corporación, quien luego de hacer un re-

cuento de la forma como ocurrieron los hechos e igualmente un crítico análisis de la prueba de responsabilidad que sirvió de fundamento al *a quo* para dictar el fallo condenatorio objeto de revisión, deprecia su revocatoria, porque en su sentir no está en forma clara y precisa discernida la culpabilidad del rematado y debe ser absuelto por falta de prueba plena y completa del cargo que se le dedujo en el procesatorio.

HECHOS:

A través del proceso los ha sostenido del siguiente modo el juzgado de instancia y, por estar de acuerdo con las probanzas procesales, la Sala los prohija:

"En el mes de setiembre de 1979 y con motivo de la promoción de uno de los

empleados que pasaba de mensajero a vendedor, se verificó en la sucursal que en esta ciudad (carrera Bolívar núm. 36-22) tiene la firma "Importadora General de Rodamientos Ltda." un arqueo de las mercancías, comprobándose un faltante de aproximadamente ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000.00) que el vendedor *José León Gutiérrez* confesó era el resultado de reiteradas e ilícitas sustracciones por él realizadas en el transcurso de varios meses. Y como su vinculación a la empresa databa de dos años atrás, *José León Gutiérrez* abonó en pago de sus desfueros el total de sus prestaciones sociales que sin embargo no cubrieron el total de la deprecación" (fls. 133-34).

SE CONSIDERA:

Que la firma comercial denominada "*Importadora General de Rodamientos Ltda.*", gerenciada por el denunciante señor *Marco Guillermo Navarrete Obando*, fue víctima de un delito contra la propiedad (hurto) en su modalidad de continuado, es un hecho que en modo alguno puede ponerse en tela de juicio, pues los documentos aportados al expediente, sin lugar a equívocos permiten inferir que realizado el arqueo respectivo en los kárdex que manejaba el procesado *José León Gutiérrez*, se encontró un faltante de \$ 146.049.75. Por tanto, es gratuita la afirmación brindada por el señor fiscal colaborador cuando explica que en este plenario no se ha demostrado la materialidad de la infracción. Para el efecto obsérvese el dictamen rendido por los peritos a fls. 28 a 29 vto., con base en los artículos que se habían dejado de anotar en el correspondiente tarjetero y que aparecen reseñados a fls. 26 y 27.

Respecto a la responsabilidad asumida por el justiciable en el evento delictuoso, se cuenta con las declaraciones precisas, responsivas y coherentes de *Marco Guillermo Navarrete Obando* (fls. 1, 6 y ss.); *Gabriel Angel Mesa Londoño* (fls. 8 vto. y ss.); *John Jairo Vera Montoya* (fls. 11

y 12); *Luz Helena Gallego de Restrepo* (fl. 157); *Rodolfo de J. Ríos Hernández* (fls. 18 vto. y ss.); *Nelson Hilario Londoño Franco* (fl. 20 vto.) y otros que no es necesario mencionar aquí. Estas personas son enfáticas en declarar que aunque no son testigos *de visu* del latrocinio cometido por su compañero de trabajo *José León Gutiérrez*, este sí tuvo la oportunidad propicia para cometerlo, pues era la única persona que manejaba la caja. Sobre la forma como podía apropiarse el acusado de los artículos descritos a fls. 26 y 27, uno de los testigos afirma: "...yo considero que él sacaba mercancía y no hacía (sic) podía ser que entregaba mercancía a alguien, simulando que entregaba mercancía facturada legal, y sobre esta mercancía no hacía ningún tipo de factura..." (fls. 10 fte.). Más claro: entregaba mercancía a él encomendada y para el efecto no hacía la factura respectiva como era de rigor.

No puede desecharse de un tajo la versión dada por el señor *Marco Guillermo Navarrete Obando*, gerente de la firma comercial afectada, porque cuando se enteró del faltante, llamó precisamente a *José León* a pedirle explicaciones sobre el particular: "...me confesó verbalmente que él había sido quien había dispuesto de esa mercancía, en vista de lo cual se le aceptó la renuncia del cargo que venía desempeñando y lo invité a que arreglara con la empresa en forma amigable, sin haber conseguido nada, inclusive ni he podido hablar personalmente con él desde que se retiró, él pagó una parte con sus prestaciones sociales...". Es un hecho evidente que *José León Gutiérrez* desapareció de la ciudad, ya que las autoridades policivas nunca pudieron localizarlo para cumplir la orden de captura que en su contra había expedido la funcionaria de instrucción criminal. Si ninguna responsabilidad tenía en el hecho que se le imputa, ¿cuál la razón para que no compareciera ante la autoridad competente y haber desaparecido de la noche a la mañana del lugar que habitaba con sus padres?

No puede dudarse de la autenticidad del documento que aparece a fl. 14, según el cual, el señor José León Gutiérrez autoriza a la firma donde prestaba sus servicios como empleado para que se le retiraran sus prestaciones sociales con el fin de amortiguar el faltante que se había descubierto con base en el inventario que se realizaba por la época de su desvinculación. Una persona que se presume inocente no va a permitir que si no existe nada anómalo en la labor que desempeñaba, se le vaya a retener un derecho adquirido y mucho menos manifestar: "Declaro que los faltantes que aparezcan (sic) en el inventario, son de mi cuenta, y están relacionados en hojas adjuntas" (fl. 14, *in fine*). No hay necesidad de ser un experto en grafología para concluir que la firma que posó en dicho documento el inculpatado e igualmente las que aparecen a fls. 80, 82, 84 vto. y 85, guardan mucha similitud y por tanto se presume que lo dicho en tal folio es cierto. Además, tampoco puede afirmarse, sin lugar a equívocos, que la confesión extrajudicial hecha por el implicado al señor gerente de la empresa no sea cierta, ya que encuentra apoyo legal en estos documentos y en la prueba testimonial aportada al informativo.

Los señores Rodolfo de Jesús Ríos Hernández y Jaime Alberto Díaz Suárez (fls. 18 vto. y ss. y 22 y ss.), quienes fueron los encargados de elaborar el inventario, manifiestan al unisono que cuando el encartado observó que el faltante iba siendo superior, les manifestó que él se hacía responsable de ello, que suspendieran tal labor. Pero estos se negaron expresándole que estaban cumpliendo órdenes de la gerencia. Ante esta circunstancia, el inculpatado le manifestó al último de los indicados "que iba a hacer un préstamo, que una propiedad que tenía el papá, que para organizar esta situación" (fls. 23 fte.).

Por manera que si se encuentran colmados los requisitos que para condenar exige el art. 215 del C. de P. P. Por tanto el fallo expedido por el juzgado del conocimiento deberá ser confirmado, pues se

ajusta a la realidad probatoria y al derecho, y porque está demostrado el cuerpo del delito y en forma precisa la responsabilidad asumida por el justiciable en el hecho que se le imputa.

El hecho delictuoso se cometió en vigencia del Código de 1936. La hipótesis delictiva ciertamente es la de "hurto continuado", que reprimía y sancionaba el art. 397 de dicho estatuto represor. Dicha figura agravada por los arts. 398, ord. 1º y 399 *ibidem*. Asimismo en las circunstancias del art. 32 de la obra mencionada, por haber sido continuado el hecho ilícito. Atendiendo estas disposiciones legales el señor juez de instancia impuso la pena de dieciocho meses y veinte días de prisión como pena básica.

En la tasación de la pena se observa un notable error de parte del *a quo*. Dice este, en efecto, que la derogada disposición del art. 32 del viejo C. P. sobre delito continuado, que aplicó, es más favorable al procesado. Esto no es así, sin embargo, al menos en la generalidad de los casos, o sea con respecto a los reos que merezcan una sanción mínima o próxima al mínimo legal. En efecto, el art. 32 disponía para la continuidad un aumento mínimo forzoso de una sexta parte. Esta norma desfavorecía a los procesados de reducida peligrosidad aun frente al concurso real del art. 33 del mismo ordenamiento. Y es sin duda alguna desfavorable frente a las nuevas regulaciones, ya se adopte en el nuevo Código, frente a la continuidad delictiva, la tesis del delito unitario o la del concurso, pues aun con el art. 26 del nuevo C. P. el aumento de punibilidad puede ser inferior a la sexta parte de la sanción prevista para el hecho principal.

Se ha sugerido hasta el momento que los hechos antes previstos como delito continuado caen en el nuevo Código dentro de la normación del concurso de hechos punibles (concurso real, homogéneo y sucesivo), puesto que el nuevo estatuto no incluyó disposición alguna sobre la continuidad. Es dudoso que esta sea la solución correcta. En países como Ale-

mania, España y Argentina, cuyos códigos penales tampoco institucionalizan la figura del delito continuado, esta ha tenido que ser admitida por vía jurisprudencial y doctrinal, pues sin ella es difícil dar solución justa a múltiples problemas prácticos de la justicia penal. La necesidad proviene sobre todo de los fraudes colectivos, cuya punibilidad dependa de la cuantía, pues si se toman como concurso resulta que los hechos deben ser probados uno a uno en todos sus aspectos jurídicos y espaciotemporales, siendo al final la pena más benigna que para el fraude individual porque en el concurso, al contrario de lo que sucede en el delito continuado, las cuantías no se suman. Esto resulta sin duda inequitativo. Pero la tesis del concurso favorece también injustamente al autor de más graves y amplios atentados en el orden procesal, pues en las defraudaciones colectivas y continuadas es regularmente muy difícil acreditar todas y cada una de las partidas o cuotas en su estricta individualidad, debiendo absolverse por los hechos que no resulten en tal forma probados, con detrimento no solo de los intereses sociales de la justicia y la prevención general, sino también de los de la víctima.

Debe primero despejarse la inquietud de que el delito continuado es una institución para favorecer al procesado. Esta fue sin duda la razón de su nacimiento histórico: evitar la pena de muerte por el tercer hurto y, en otras ocasiones, la acumulación aritmética de penas. Pero sucede que en nuestro derecho nunca cumplió tales funciones: primero, porque tal pena jamás existió, y, segundo, porque en los códigos penales de 1936 y de 1980 no existió, ni existe, el sistema de la acumulación material de penas para el concurso de hechos punibles. Bajo el régimen anterior, la continuidad era generalmente una agravante, no una atenuante, favoreciendo tan solo a los delinquentes de máxima peligrosidad que merecieran una pena máxima o muy cercana al máximo legal. En conjunto, pues, la práctica indica que el delito continuado unas veces favorecía y otras desfavorecía al inculpatado. "La *pietatis causa* —escribe FERNÁNDEZ ALBOR

en cita e interpretación de la jurisprudencia española— pasa así a un segundo plano, ya que el fundamento de la institución del delito continuado debe encontrarse, a partir de ahora, en las necesidades de la vida y de la justicia que no puede admitir que un propósito doloso largamente desarrollado y fructíferamente aprovechado pueda sancionarse como infracción penal leve" (*Estudios sobre criminalidad económica*, pág. 50).

En segundo lugar, para una adecuada interpretación del nuevo Código Penal en este aspecto de la unidad o pluralidad de delitos, es necesario conjurar la muy manida tesis de que el delito continuado es un concurso real de delitos que la ley, por ficción, trata como unidad, con lo que, por ejemplo, la norma del art. 32 del Código anterior debiera haber sido tratada como "dispositivo unificador de tipos", cosa que a nadie se le ocurrió porque resulta extraña a la tradición y al sentido común del derecho. El delito continuado, exista o no sobre él una norma expresa y, por tanto, dé o no lugar por sí mismo a una modificación de la punibilidad, es una realidad existencial, no una ficción de la ley de espaldas a la misma. Se trata, simplemente, de un solo delito ejecutado por parcialidades, cuotas, etapas o fracciones, bajo un designio común o continuado, en aprovechamiento básicamente de una misma oportunidad que se reitera o prolonga. Si es una sola la acción y una sola la culpabilidad psicológica, no tiene por qué ser múltiple el injusto típico. Cada uno de los hechos parciales es solo una parte del hecho y como tal no crea un injusto nuevo y distinto sino que solo agrava el injusto de los hechos parciales precedentes. A nadie se le ocurriría que una tentativa de homicidio, perpetrada mediante treinta cuchilladas, sea un concurso homogéneo de tentativas de homicidio, pese a que cada cuchillada se infiere con intención de matar y puede separarse de las otras en el tiempo, en el espacio y aun en insulares consecuencias. Este caso no es sustancialmente distinto del ladrón que se apropia de varias cosas, una tras otra, o del que estafa simultánea o sucesivamente a múltiples personas en desarrollo de la misma acción y del mismo programa criminoso.