

La reforma del delito continuado en la Ley 26683: ¿una solución al fraude colectivo?

Víctor Prado Saldarriaga

Presidente de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Antecedentes

Cabe recordar que el denominado delito continuado fue incorporado en nuestra legislación penal a través del Proyecto de 1916 (Art. 81) y se le mantuvo en el Código Maúrtua de 1924, cuyo artículo 107 precisaba que *"cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal se considerarán como un solo delito continuado y se reprimirán con la pena correspondiente a éste"*¹.

Según Hurtado Pozo la fuente legal extranjera de dicho dispositivo fue el artículo 78 del Código Penal italiano de 1889, de allí que su función político criminal "significaba una atenuación de la pena" al constituirse como una excepción al tratamiento represivo que cabía aplicar al concurso real de delitos. Esto es, el delito continuado fue introducido en nuestro sistema legal con el claro y expreso propósito de "evitar que el delincuente sea castigado con extrema severidad"².

Ahora bien, el delito continuado requería para su configuración y efectos sobre la determinación de la pena, de la concurrencia de seis requisitos:

- 1) Identidad de autor.
- 2) Pluralidad de acciones homogéneas.
- 3) Pluralidad de violaciones de la misma ley penal.

¹ El Código Penal de 1863 por su origen hispánico carecía de disposiciones relativas a la configuración del delito continuado. El Anteproyecto de 1927, en cambio, en su artículo 21 establecía que "cuando la reiteración de un mismo hecho deba considerarse como una sola infracción sucesiva, se impondrá la pena correspondiente al resultado total de su actividad punible".

² Cfr. Hurtado Pozo, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. EDDILI. Lima, 1987; pp. 598 y ss.

- 4) Realización de las acciones en momentos diferentes o en un mismo contexto temporal de ejecución.
- 5) Identidad de resolución criminal.
- 6) Unidad de sujeto pasivo.

La presencia, pues, de todos estos presupuestos permitía diferenciar al delito continuado del concurso real homogéneo, y deducir que la pluralidad de acciones en aquél debería de apreciarse como "fases de la realización de una misma empresa delictiva". En buena cuenta, la pluralidad de acciones, destacaba Hurtado, significaba en esencia la "ejecución de un solo delito". De allí que a su autor cabía aplicarle "sólo la pena del delito cometido: "Esto es, como si hubiera cometido un solo delito"³.

La jurisprudencia nacional de aquel entonces comprendió adecuadamente esta posición del legislador frente al delito continuado, señalando, por ejemplo, en una ejecutoria del 5 de noviembre de 1943, que "cuando son objeto de juzgamiento varias infracciones que se consideran como un delito continuado, resulta impicante condenar por unas y absolver por otras como si se las apreciara separadamente"⁴.

Durante el proceso de reforma del Código Maúrtua el legislador nacional mantuvo la misma redacción y efectos del artículo 107 en los Proyectos de 1990 (Art. 55) y 1991 (Art. 49). Sin embargo, en el Proyecto de 1985 propuso una fórmula legal diferente que seguía las orientaciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica y de otros textos legales de la región como el Código Salvadoreño (Art. 55). En efecto, el artículo 36 del proyecto del 85 señalaba que "*Cuando varias violaciones de una misma disposición legal son ejecutadas con acciones u omisiones homogéneas que obedecen a un mismo móvil y en identidad de ocasión se considerarán como un solo hecho punible continuado y se reprime con la pena correspondiente a este.*

Tal regla no es aplicable a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales". Si bien esta construcción del delito continuado se ratificó en el Proyecto de 1986, el legislador, finalmente, se decidió por mantener en el Código Penal de 1991 los mismos requisitos y efectos del artículo 107 del Código Penal del 24. Vale decir, el delito continuado representaba un solo delito y merecía como respuesta únicamente la pena que la ley conminaba para el tipo de delito cometido.

Por lo demás, el tratamiento de la prescripción de la acción penal previsto para estos casos, ratificaba que el delito continuado representaba un solo delito. En efecto, el inciso 3º del artículo 82 del Código vigente dispone que los plazos de prescripción comienzan "En el delito continuado desde el día en que terminó la actividad delictiva".

Lamentablemente, la claridad original de la regulación del delito continuado en el artículo 49 del Código Penal de 1991, ha sido perjudicada con las modificaciones y adiciones promovidas en su texto legal por la Ley 26683 del 11 de noviembre de 1996.

³ *Op. Cit.*; p. 608. Gr. Raúl Peña Cabrera. "Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General", 3ª edición. Grijley. Lima, 1997; pp. 546 y ss.

⁴ Tomado de Julio D. Espino Pérez. "Código Penal". 7ª edición. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988; p. 124, Sumilla N° I.

2. Necesidad y efectos de la modificación

De modo concreto la reforma del artículo 49 obedeció a un propósito político criminal sobrecriminalizador. El origen de esta actitud y decisión legislativas, lo encontramos en la reacción de alarma social que generó el caso CLAE, que pese a involucrar en un gran fraude colectivo a una masa considerable de agraviados, no podía merecer una sanción más severa que los seis años de pena privativa de libertad, que el artículo 196 del Código Penal conminaba como máximo legal de sanción para el autor de un delito de estafa. Y ello debido a que el *modus operandi* empleado por el agente en la realización del delito, esto es, promover reiteradamente una convocatoria pública de inversionistas para ingresar en el sistema CLAE, aparecía, normativamente, como un evidente caso de *delito continuado*.

Ahora bien, desde un inicio las alternativas político criminales que se ofrecieron en el Congreso para superar la deficiencia represiva detectada, relacionaron la superación del problema con la inclusión en nuestro medio del llamado *delito masa*. Lo cual implicaba considerar un efecto agravante en función de la pluralidad de personas afectadas por un fraude colectivo. Este criterio político-criminal tenía como fuente la experiencia jurisprudencial y legal española⁵.

En torno, pues, a dicho objetivo se fueron sucediendo varios proyectos. Así, por ejemplo, el congresista Antero Flores Araoz ingresó a trámite una propuesta el 18 de agosto de 1995, mediante la cual se planteaba adicionar el delito masa de modo independiente con la inclusión de un artículo 49A que disponía lo siguiente: *"cuando de la magnitud de los hechos cometidos o las consecuencias, revistieran notoria gravedad y se hubiera perjudicado a una multitud de personas, el agente será reprimido con pena privativa de la libertad no menor del doble de la que corresponde por el delito cometido ni mayor de veinticinco años"*. Por su parte, el 31 de octubre de 1995 en el Parlamento se recibía un nuevo proyecto que presentaba Roger Cáceres Velásquez, quien sustentaba una opción más específica, dirigida a incluir una circunstancia agravante, basada también en el volumen masivo de víctimas, pero que debía figurar en el propio artículo 196 que tipificaba la estafa. Su propuesta era en estos términos: *"La pena no será menor de quince años, ni mayor de 25 años, cuando el delito se hubiera cometido en forma masiva, en agravio de numerosas personas, utilizando artificios o mecanismos no autorizados por la legislación vigente sobre instituciones financieras. Para estos casos, no sería de aplicación ninguna medida de gracia ni de reducción de pena por motivo alguno, debiendo cumplirse a plenitud la sanción correspondiente"*.

Finalmente, desde la bancada de Acción Popular el doctor Javier Alva Orlandini, el 19 de febrero de 1996, ofrecía también como alternativa adicionar al artículo 196 un supuesto de agravación, aunque menos complejo que el proyectado por Cáceres Velásquez. Según la propuesta Alva *"La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de doce años cuando es agraviada una pluralidad de personas"*⁶.

⁵ Sobre el concepto y evolución del delito masa en España, véase: José A. Saénz Cantero. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General III". 2ª edición. Bosch. Barcelona, 1989; p. 233 y ss.

⁶ Gr. Documentos Parlamentarios N° 1025 / 95-CR del 20 de febrero de 1996. N° 146195-CR del 18 de agosto de 1995; N° 586195-CR del 31 de octubre de 1985.

Hasta aquí, las tres opciones resultaban factibles y tenían como ventaja no afectar la estructura y tradición del delito continuado. Lamentablemente, el Congreso dejó de lado a todas ellas y se decidió por un modelo distinto, ajeno a nuestra legislación histórica y poco práctico para nuestra judicatura. En efecto, el legislador se inclinó por adoptar el *delito masa* pero con las mismas características que tiene él en su regulación del artículo 74 del Código Penal español de 1995. Es decir, como una hipótesis derivada de un delito continuado orientado por una función político criminal represiva y, por tanto, totalmente opuesta, en dicho dominio, a nuestra tradición jurídico-penal. El texto aprobado y que fue remitido al Ejecutivo era como sigue: *"Artículo 49 A: Cuando mediante varias acciones u omisiones el agente, en ejecución de un plan preconcebido o con aprovechamiento de idéntica ocasión, infringe el mismo tipo penal o uno de igual o semejante naturaleza, en perjuicio de una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave"*⁷.

Ahora bien, en todo caso esta propuesta al construir un artículo independiente y novedoso no alteraba en nada el delito continuado del artículo 49 que mantenía aún su estructura y función originales.

Sin embargo, al remitirse la Autógrafa del Proyecto de artículo 49A al Ejecutivo, éste lo observó en base al argumento de que el daño masivo podía ser consecuencia de una sola acción que violase una determinada ley penal. En un pasaje del oficio que remite el Presidente Fujimori a la Presidencia del Congreso se precisaba: *"... el delito masa no requiere necesariamente la realización de varias acciones tal como lo señala la Autógrafa de ley, sino que basta con que una violación de una ley penal afecte un grupo de personas, es decir, no importa tanto el número de acciones cometidos sino que afecte a varias personas"*⁸.

Y aquí como veremos comienza la destrucción del artículo 49 y de nuestro típico y tradicional delito continuado, ya que el Congreso al revisar las observaciones hechas por el Ejecutivo decide desarrollar, contra todo pronóstico, una nueva opción normativa, muy diferente a las propuestas precedentes y que deja de lado la configuración del delito masa a través de un artículo especial, para procurar insertarlo dentro de los alcances del artículo 49. Para ello se resuelve reformar el texto de dicho dispositivo, promoviendo su "modernización" con arreglo a lo señalado en el artículo 74 del Código Penal español.

Al respecto el legislador señalaba en su Exposición de Motivos: *"al delito continuado se le deben agregar los elementos de la nueva concepción del delito continuado e incluir la notoria gravedad y el perjuicio a una generalidad de personas, como requisitos del tipo del delito masa. ...Se propone como texto sustitutorio modificar la estructura del delito continuado para luego introducir la figura del delito masa como agravante de éste, donde precisamente la mayor gravedad de la pena asignada para estos casos, encuentra su fundamento en la existencia de una pluralidad de perjudicados, carentes de una conexión jurídica entre sí. ...Al introducir estas modificaciones hay que sustituir la sanción penal, porque ya no se podrá aplicar la pena del delito correspondiente, como lo establece el vigente artículo*

⁷ Cfr. Dictamen de la Comisión de Justicia recaído en la observación de la Autógrafa de Ley por el Poder Ejecutivo referido a los Proyectos 146, 586, 1025-95-CR que proponen incorporar el delito masa del Código Penal. Ver Autógrafa de Ley anexa, del 30 de mayo de 1996.

⁸ Cfr. Oficio N° 076-96 PR del 10 de junio de 1996 dirigido a la doctora Martha Chávez Cossio Presidenta del Congreso de la República.

49. La solución será establecer para el delito continuado la pena correspondiente al delito más grave, por haberse incluido la violación de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza.

En cuanto al delito masa la pena debería ser aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por tratarse de una figura agravada del delito continuado⁹.

Consecuencia legal, pues, de todo este proceso resultó ser la nueva redacción del artículo 49 que ahora comentamos, y en la que se observa una incongruente mixtura de requisitos del delito continuado original peruano con algunos de los propuestos en el artículo 74 del Código Penal Español. Según su nueva estructura el *delito continuado* puede ahora materializarse *si hay pluralidad de violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza*. Y la sanción que correspondería a su autor *será la pena correspondiente al delito más grave de los diferentes ilícitos que componen el delito continuado*.

Por otro lado, el *delito masa* se configuraría como un agravante que demanda dos requisitos. Primero, que el agente haya cometido un delito continuado; y, segundo, *que se hubiera perjudicado una pluralidad de personas*. Y para el delito masa la ley establece que la pena aplicable sería equivalente a un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

Ahora bien, lo que queda es preguntarnos si esta reforma alcanza el objetivo político criminal perseguido. Esto es, ¿posibilita una represión adecuada y equitativa del fraude colectivo? En definitiva, casos como el de CLAE ¿ya no serán sancionados con penas benignas? Desafortunadamente la respuesta categórica a todas estas interrogantes tiene que ser negativa. Fundamentalmente porque si aplicamos los requisitos del nuevo artículo 49 al supuesto de una estafa masiva, la penalidad que correspondería a su autor sería únicamente de *ocho años*, ya que se trataría del mismo delito y por ende de un solo máximo legal, el previsto en el artículo 196. Esto es, la reforma sólo permite aumentar en *dos años* la pena ya definida como límite para los delitos de estafa. Esto significa que el efecto de la reforma del artículo 49 es puramente simbólico. Como dice el adagio popular es más bien "mucho ruido y pocas nueces", ya que para lograr tan insignificante resultado el Parlamento debatió por más de un año.

Por lo demás, el nuevo texto del artículo 49 deja serias incógnitas que deberá resolver el órgano jurisdiccional a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, si el delito continuado es configurable en atención a uno o a varios sujetos pasivos. Al respecto es de advertir que la redacción peruana no ha incluido la frase "*que ofenda a uno o varios sujetos*" que sí contiene el artículo 74 del Código Penal español. Asimismo, la ley no insinúa, siquiera, desde qué número *mínimo* de personas *afectadas* cabe ya reconocer *una pluralidad capaz de permitir la configuración del agravante del delito masa*. Sobre ello, cabe recordar que la jurisprudencia y doctrina españolas han insistido en conceptualizar que se requiere una "masa de personas" cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos. Por último, el nuevo texto crea dudas de aplicación a las reglas de prescripción del inciso 3º del artículo 82.

⁹ Cfr. Dictamen de la Comisión de Justicia ...Documento citado.

Por todo lo expuesto, pues, consideramos que la reforma realizada al artículo 49 ha sido a todas luces insuficiente y negativa. Ella refleja el endémico problema de nuestros legisladores y juristas, de recepcionar el derecho penal extranjero sin meditar debidamente en las consecuencias que pueden producirse en nuestro sistema, al incluir conceptos e instituciones desconocidos. Situación que, lamentablemente, potencia nuestra dependencia cultural. Es más, los propios juristas españoles hoy reconocen que la equidad en la represión de los fraudes colectivos no está ligada a la configuración del delito continuado "modernizado" o del "delito masa", sino a la adecuada definición de circunstancias agravantes. En ese sentido Castiñeira ha señalado con acierto: *"Si de lo que se trata es de agravar unas sanciones que se consideran insuficientes, el camino correcto es de conceder un mayor arbitrio al juez para atender a las características de cada caso concreto; y que en ningún caso parece necesario la regulación legal de la figura del delito masa, pues si por el gran número de personas afectadas o por la alarma social que originan estos delitos, se consideran merecedores de una pena mayor, basta con facultar al Juez para apreciar en estos casos una circunstancia agravante"*¹⁰.

De allí, entonces, que el problema político criminal detectado con el caso CLAE pudo resolverse de mejor manera con cualesquiera de las propuestas hechas por Flores Araoz, Cáceres Velasquez o Alva Orlandini. En cambio lo que ha hecho la ley 26683 ha sido en todo sentido contraproducente. Por un lado, nos hemos quedado sin delito continuado y, por otro lado, seguimos dando una respuesta penal insuficiente al fraude colectivo.

¹⁰ Castiñeira, M.T. "El Delito Masa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español". En: *Estudios Penales*. Libro Homenaje al profesor José Antón Oneca. Salamanca, 1982; p. 162.