

# Análisis jurídico del delito continuado y el delito masa en el ordenamiento colombiano

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana



## Autores

Maria Isabel Ortiz Arismendy

Edith Damaris Osorio Flórez

Semillero Teoría del Delito

2023

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

## **Resumen**

El propósito de la presente investigación es adentrar en las categorías del delito continuado y del delito masa en el ordenamiento jurídico colombiano, indicando históricamente desde cuando se incorporó mencionada teoría y de qué manera fue adoptada en nuestra legislación, seguidamente tiene la intención de definir claramente la acción y la omisión de ambas categorías para que de tal manera se demuestre sí es posible aplicar en los delitos masa y delitos continuados los tipos amplificadores de la tentativa y la coparticipación criminal buscando siempre la posible relación con la jurisprudencia asentada en nuestra legislación; en síntesis, se analizará la punibilidad respecto sí al incremento de una tercera parte (1/3) se aplica de carácter delictual o post delictual al momento de tasar la pena. Por último y no menos importante se abrirá el panorama bajo el eje del derecho comparado, analizando la posibilidad de emplear las figuras de los delitos continuados y delitos masa, en otros bienes jurídicamente tutelados diferentes al patrimonio económico dentro de nuestro régimen.

## **Abstract**

The purpose of this investigation is to delve into the categories of continued crime and mass crime in the Colombian legal system, indicating historically since when said theory was incorporated and how it was adopted in our legislation, then it intends to clearly define the action and the omission of both categories so that in such a way it can be demonstrated whether it is possible to apply mass crimes and continuous crimes in the amplifying types of attempt and criminal co-participation, always seeking the possible relationship with the jurisprudence established in our territory; In sum of the foregoing, the criminal liability will be analyzed with respect to the increase of one third (1/3) applied in a criminal or post-criminal nature at the time of assessing the penalty and last but not least, the panorama will be opened under the axis of comparative law of the possibility of applying the figures of mass crimes and continued crimes in other legally protected assets different from the economic patrimony within our regime.

**Palabras clave**

Delito continuado, delito masa, punibilidad, dosificación de la pena, patrimonio económico, tentativa, coparticipación.

**Keywords:**

Continued crime, mass crime, punishability, dosing of the sentence, economic heritage, attempt, co-participation.

# Tabla de contenido

|   |    |
|---|----|
| El delito continuado y el delito masa en el ordenamiento jurídico colombiano .....  | 1  |
| Resumen .....   | 3  |
| Palabras clave .....  | 4  |
| Tabla de contenido.....   | 5  |
| Introducción.....   | 6  |
| Justificación .....   | 9  |
| Metodología.....  | 10 |
| Capítulo 1. Origen histórico del delito continuado y del delito masa en el orden jurídico penal nacional .....                      | 10 |
| Capítulo 2. La acción y la omisión en el delito continuado y en el delito masa en la normatividad nacional .....                    | 15 |
| Capítulo 3. Los tipos amplificadores de la tentativa y la co-participación en el caso del delito continuado y del delito masa ..... | 17 |
| La dosificación de la pena en el delito masa y en el delito continuado.....   | 19 |
| Capítulo 4. Los delitos masa y continuados en la perspectiva del bien jurídicamente tutelado afectado: una reflexión .....          | 24 |
| Conclusiones.....   | 31 |
| Referencias .....   | 35 |

## Introducción

La normatividad penal colombiana ha definido al delito continuado como aquella acción ilícita que está compuesta de una serie de conductas típicas y antijurídicas ejecutadas por el mismo sujeto agente que sancionan un bien jurídicamente tutelado varias veces (Botero, 2015).

Ese comportamiento ilícito se realiza por parte de un individuo dentro de un plan previo compuesto por un número plural de acciones tendientes a vulnerar un bien jurídico protegido, esto es, que le subyace una intención positiva y consciente de generar un daño de manera reiterada (Botero, 2015).

El Código Penal colombiano en su artículo 31 (modificado por la Ley 2098 de 2021) ofrece la siguiente definición:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto (Código Penal, art. 31)...

De esta descripción taxativa se desprende que, para que se configure la voz de delito continuado, debe existir un número plural de hechos realizados por el mismo sujeto agente, con volición y cognición en tanto se ejecutan a título de dolo, y en el que existe un mismo *modus operandi* para vulnerar un bien jurídico tutelado dentro de un marco espacial y temporal concreto.

Según Posada (2012), el delito continuado está atravesado por el “principio de unidad de imputación sustantiva y procesal” (p. 1), en virtud de la cual existe un delito que se configura bajo un nexo de continuidad en el mundo empírico a través de las acciones de un mismo individuo dentro del camino criminal, esto es, ideación, planeación, ejecución y consumación, lo que permite que exista un proceso de adecuación típica que le diferencia del delito común.

De allí que también pueda recibir el nombre de “unidad de acción continuada o continuación delictiva” (p. 3), ya que es una forma particular de ejecutar ciertos tipos penales de manera progresiva y diluida en el tiempo; aquí, hay un sujeto que adelanta

diversos actos ilícitos de la misma naturaleza típica y antijurídica que de forma escalonada hacen parte del mismo plan criminal, y que socavan el mismo bien jurídico de diversas maneras lo que configura una modalidad de delito única, que se ejecuta a mediante “un nexo objetivo de unificación, un nexo subjetivo de continuidad y un nexo normativo o valorativo de unificación o integración típica” (Posada, 2012, p. 1).

La Corte Suprema de Justicia estableció en Sentencia del 25 de agosto del 2010, expediente 31407, que al delito continuado le subyace una unidad final de la infracción o conducta reprochable que permite calificarlo desde una categoría especial que no se acompasada con la mera suma aritmética de los delitos individualmente considerados en tanto existe una naturaleza sucesiva que es inherente a la totalidad típica del delito.

Es por ello por lo que los componentes se puedan deslindar claramente y se pueden sintetizar en los siguientes: pluralidad de comportamientos ilícitos; mismo sujeto agente; misma identidad del tipo penal; mismo plan criminal o *modus operandi*; homogeneidad en las infracciones o comportamientos reprochables; dolo (cognición y volición); y afectación al mismo bien tutelado (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de agosto del 2010, expediente 31407).

En esa misma línea de intelección, la Corte Suprema explicó, en Sentencia del 14 de febrero de 2018, radicado 51233, que el delito continuado puede originarse por la acción u omisión de un individuo mediante la cual se adelantan una cohorte de comportamientos contrarios a la normatividad penal que tienen una misma unidad en su concepción, ejecución y resolución, es decir, que existe una acción intencional y deliberada de producir un daño dentro de una perspectiva global y no susceptible desde las acciones u omisiones individualmente consideradas.

De allí que el comportamiento contrario a derecho debe conculcar los mismos o similares preceptos penales dentro de un mismo plan de acción donde el sujeto activo tiene un mismo plan o “unidad de designio” con el que se socava un bien jurídico protegido en tanto desvalor de acción y desvalor de resultado (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de febrero de 2018, radicado 51233).

El delito continuado tiene relación con otra modalidad también descrita dentro del orden jurídico colombiano y es el delito masa el cual comparte características similares con el primero, pero que tiene un elemento particular que lo diferencia (Salazar, 2020).

Se asemejan en el sentido en que el delito masa se configura también con un sujeto activo que ejecuta varios actos que afectan un mismo bien jurídico tutelado; existe unidad de materia y unidad en el camino criminal, sin embargo, se diferencia en que el sujeto pasivo suele ser de tipo indeterminado y suele referirse a una pluralidad de sujetos, por ejemplo, en el crimen de estafa (Salazar, 2020).

Ese último es justamente el elemento diferenciador con el delito continuado: que el sujeto pasivo es un conjunto de personas que tienen un interés común. Los demás componentes resultan similares entre esas dos modalidades puesto que se habla del mismo tipo de sujeto activo, una cantidad plural de actos, el socavamiento al mismo bien jurídico protegido, la unidad del dolo, etc. *Empero*, el aspecto diferenciador tiene que ver con el sujeto pasivo, ya que en el delito continuado suele ser un mismo individuo o grupo mientras que en el delito masa se habla de un colectivo indeterminada de personas (Hernández, 2008).

En consecuencia, en el delito masa quedan excluidas ciertas conductas como el homicidio, las lesiones personales y los delitos contra el bien jurídico de la libertad individual y otras garantías, como quiere que en estos no puede hablarse de una indeterminación del sujeto pasivo, sino que siempre se individualiza concretamente cada acción, esto es, procede la clasificación como delito continuado, pero no delito masa (Hernández, 2008).

Ejemplos de delito masa son la estafa, la especulación con los precios de los alimentos, las alteraciones en las actividades de azar, la alteración de bebidas embriagantes o medicamentos, la distribución de productos o mercancías que no se acompañan con los requerimientos de calidad y seguridad, entre otros. Con base en estos ejemplos, la definición de delito masa es pues la siguiente:

Aquel evento en virtud del cual el sujeto activo, mediante la ejecución de varios actos criminosos confundidos en una unidad final de acción, pone en ejecución



un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa o colectivo de personas, las cuales no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico de ninguna especie (Velásquez, 2010, p. 14).

Ante esas convergencias y divergencias entre el delito continuado y el delito masa, surge el interés investigativo por analizar el origen, fundamento y características de esas modalidades en el ordenamiento jurídico penal colombiano para profundizar en aspectos concretos como las modalidades de la conducta, los tipos amplificadores, la naturaleza delictual, el bien jurídico afectado, entre otros.

Ante ello, se establece la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el origen, fundamento y características del delito continuado y del delito masa en el ordenamiento jurídico penal colombiano? El presente artículo busca dar respuesta a este inquirir.

### **Justificación**

Este trabajo pretende generar una discusión sobre unos institutos jurídicos del derecho penal de común ocurrencia en la realidad empírica, pero de poca comprensión desde un enfoque dogmático jurídico: el delito continuado y el delito masa.

El conjunto de elementos que los asemejan suele generar confusiones que incluso llevan al grado de pasarlos como figuras jurídicas iguales por lo que recurrir a las diferentes fuentes del derecho colombiano, verbigracia, la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina, puede servir para deslindar una definición clara que puede ser de gran utilidad para los lectores.

Esta investigación busca hacer un aporte relevante al conocimiento disciplinar en materia penal, dando una claridad teórica y conceptual acerca del delito masa y delito continuado, y a su vez, podrá ser un pilar para nuevas investigaciones en la materia o similares dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad.

La investigación se justifica socialmente en cuanto el artículo de reflexión no es un ejercicio exclusivamente académico, sino que además brinda respuestas posibles sobre el estado actual del fenómeno según el desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial en Colombia durante los últimos lustros.

## **Metodología**

Para poder cumplir con los objetivos de este trabajo, la metodología que se aplicara será una de revisión documental y análisis descriptivo, la cual se enfocara en consultar fuentes constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales, para poder tener un panorama holístico del objeto de estudio.

Según Botero (2003), la metodología documental es un trabajo constitutivo donde la interpretación, la crítica y la argumentación racional, juegan un papel preponderante porque permiten llevar a cabo inferencias y relaciones. Se trata de ir de la parte (unidad de análisis) al todo (fenómeno estudiado a través de la representación teórica), para explicitar un argumento de sentido que explique y totalice una cierta visión paradigmática, semántica y pragmática en orden a dilucidar una particular manera de apreciar el fenómeno (Botero, 2003, pp. 49-50).

Con la aplicación de dicha metodología el artículo quedó dividido en cuatro grandes capítulos: en el primero, se identifica históricamente desde cuando se incorporaron estos dos delitos en el ordenamiento jurídico colombiano; en el segundo, se precisa la acción y la omisión en el delito continuado y el delito masa en la normatividad nacional; en el tercero, se estudia si a estos delitos se aplican los tipos amplificadores de la tentativa y la coparticipación; aquí también se reflexiona sobre la dosificación de la pena en esas figuras jurídicas; en el cuarto, se interpreta porqué la teoría de los delitos masa y continuados debería ampliarse para otros delitos y no solo contra los cometidos contra el patrimonio económico; el quinto acápite se destina a establecer las conclusiones de la investigación.

## **Capítulo 1. Origen histórico del delito continuado y del delito masa en el orden jurídico penal nacional**

La primera vez que se hizo alusión al delito continuado en Colombia fue en el Código Penal de 1890 cuyo artículo 96 señaló que la prescripción o cese de la potestad

punitiva del Estado era aplicable desde el momento en que se había cesado la perennidad del delito cuando se trataba de “delitos crónicos o continuados”.

En ese precepto no se formuló una definición amplia de esa modalidad ni se dieron mayores visos de sus características esenciales, pero si se consagró por primera vez ese instituto en el caso concreto de la operatividad de la prescripción:

La prescripción empezará a correr desde el momento en que el delito o culpa se haya consumado o frustrado o se haya practicado el último acto de la tentativa o de la conspiración o proposición cuando éstas sean punibles; y en los delitos crónicos o continuados, desde el día en que cesó la continuación (Artículo 96, Código Penal de 1890).

Intentos de darle un desarrollo normativo más amplio aparecieron en los proyectos de codificación punitiva de 1889 y de 1912, *empero*, fue solamente hasta la expedición del Código Penal de 1936 cuando se plasmó explícitamente el instituto jurídico del delito continuado (Sánchez, 2014).

En efecto, en ese Código se consignó taxativamente que aquellas actuaciones que generaren la violación reiterada de uno o varios preceptos penales tendrían una mayor sanción que los delitos individuales. Así, el artículo 31 señaló lo siguiente: “el que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal quedará sometido a la que establezca la sanción más grave, aumentada hasta en una tercera parte” (Código Penal colombiano, 1936, artículo 31).

Esto fue complementado con el artículo 32 al consignar que “se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio...” (Código Penal colombiano, 1936, artículo 32), y con el artículo 33 en el sentido de que “al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto” (Código Penal colombiano, 1936, artículo 33).

Con esa consagración expresa en el Código Penal de 1936, se insertó el delito continuado como una forma de castigar con mayor severidad aquellas acciones

deliberadas y conscientes, ejecutadas por el mismo sujeto agente, contra un mismo bien tutelado, y que se prolongaban en el tiempo y en el espacio en tanto continuidad delictual.

En el Decreto Ley 100 de 1980 se desató una discusión en la posibilidad de omitir lo referido al delito continuado y tratarlo únicamente como concurso de delitos.

Se consideraba que el delito continuado era más que nada una ficción jurídica para entender una realidad fáctica que era susceptible de ser abarcada por el concepto de concurso de delitos. El agregar una nueva categoría hacía más engorroso el procedimiento penal, afectada institutos como la prescripción, y lo más relevante, abría la puerta de entrada a concebir en el derecho ficciones y no razones (Reyes Echandía, 1990).

No obstante, otro sector de la doctrina consideró que tal cavilación era infundada al desconocer la característica especial y diferencial del delito continuado en el decir que era una forma de ejecución de una conducta típica bajo una finalidad común y un mismo agente, la cual difería del concurso de delitos. Esos reparos no fueron acogidos y obliteración del delito continuado se mantuvo durante cuatro lustros (Reyes Echandía, 1990).

Esto cambió con el Código Penal Militar del año 1999, la segunda visión fue aceptada nuevamente y se consignó en el artículo 32 de esa disposición al delito continuado: “hecho punible unitario o continuado. Cuando la ejecución del hecho punible se fragmenta en varias acciones u omisiones se tendrá como hecho punible unitario” (Código Penal Militar, 1999, artículo 32).

Este bagaje histórico y jurídico fue condensado en el Código Penal del año 2000, actualmente vigente, en el que se mantuvo la figura del delito continuado y se le dotó de unas propiedades específicas:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las

que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas (Código Penal colombiano, 2000, Artículo 31).

Esta disposición fue modificada por la Ley 890 de 2004 en lo relativo a la pena (se aumentó la pena máxima en 40 a 60 años), y después, por la Ley 2098 de 2021, actualmente vigente, en el que se redactó el precepto de la siguiente manera:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto (Ley 2098, 2021, artículo 1; y Ley 599, 2.000. artículo 31) ...

El delito continuado tiene varias justificaciones jurídicas, entre esas: la primera impide la confusión con los concursos de delitos, la segunda es que existen requisitos explícitos para que pueda ser categorizado como delito continuo y la tercera es que da lugar al principio de celeridad de la administración de justicia ya que se trata de un único delito.

A ello se suma un efecto disuasivo sobre los criminales que ejecutan sus actos de manera fragmentada o por cuotas para reducir la gravedad de la penal puesto que con la consagración del delito continuado tales conductas son castigadas aún más severamente; finalmente, “desarrolla una construcción que expresa una solución sistemática, que se ajuste a los principios político-criminales previstos en la Constitución y la ley” (Posada, 2012, p. 6).

Respecto al delito masa, este ha sido más un producto de las cavilaciones doctrinales y del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia más que de una incardinación taxativa en el Código Penal como si lo ha sido el delito continuado.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP3997 del 17 de septiembre del año 2019, precisó que la forma arquetípica de manifestación del delito masa es la estafa donde un sujeto agente realiza una pluralidad de actos que sucinta un numero plural de resquebrajamientos a un bien jurídico tutelado, y que están atados

por una unidad de operación y de cognición en donde un grupo indeterminado de personas resulta afectado.

Según explica Velásquez (2010), el delito masa nació a la vida jurídica de manera posterior al delito continuado y como una manera de castigar de manera más severa aquellas conductas que, *prima facie*, se clasificaban dentro de esa modalidad pero que debido al número de personas afectadas y al grado de indeterminación, se requería un instituto jurídico especial para clasificarlas y penalizarlas de forma más drástica.

La inspiración devino de los llamados fraudes colectivos donde el grado de afectación a un número plural de individuos indeterminados era tan grande que no se podía subsumir dentro de la ocurrencia sucesiva de varias conductas como en el delito continuado, sino que se requería una clasificación global que diera primado a la mera intención positiva de dañar a un gran número de personas; de allí que la gravedad de la pena sea mayor para el delito masa que para el delito continuado (Velásquez, 2010).

En consecuencia, fue hasta la expedición del Código Penal Ley 599 del 2000 que se comenzó a hablar de delito masa como una modalidad que podían adoptar determinados delitos y que no podían ser caracterizados bajo la rúbrica de delito continuado en cuanto el sujeto pasivo resultaba ser un número plural de individuos de carácter indeterminado.

Ahora bien, con el Sistema Penal Acusatorio el proceso de adecuación típica recae sobre la Fiscalía General de la Nación, pero son los jueces los que deciden si esa imputación corresponde a la realidad jurídica del injusto penal y al marco normativo corolario, por lo que la carga probatoria, en tratándose del delito continuado y del delito masa es clave en este sistema.

En el caso que nos convoca, el delito continuado y el delito masa deben ser claramente imputados al sujeto activo y será en el proceso penal integral donde el juez decida si las conductas típicas y antijurídicas endilgadas se ajustan a los preceptos de uno de esos dos institutos jurídicos.

## **Capítulo 2. La acción y la omisión en el delito continuado y en el delito masa en la normatividad nacional**

Por definición en el marco jurídico nacional colombiano, el delito continuado y el delito masa operan por acción y por omisión del sujeto agente. El condicionante es que esa conducta, activa u omisiva, tenga un carácter único en el decir que se consumen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal a través de un solo comportamiento prolongado en el tiempo en el que uno o varios movimientos tengan una misma convergencia final basado con volición y cognición (Posada, 2012).

Esto porque el delito continuado no es una simple pluralidad de acciones u omisiones desencadenadas entre sí, sino un todo orgánico escalonado en el que el sujeto agente comienza y termina el camino criminal con conciencia y voluntad de vulnerar un bien jurídico tutelado del sujeto pasivo (Posada, 2012).

A ello se suma que la conducta debe ser única y el resultado único porque se descarta la comprensión del crimen desde una subdivisión de las acciones, de los resultados, y de las lesiones a los preceptos penales; por el contrario, se conciben todos elementos dentro de la misma unidad ontológica:

“Unidad de acción en estricto sentido: varias acciones únicas contextuales continuas y única decisión final-social, y la unidad de acción en sentido amplio: varias unidades de acción finales-sociales conjuntadas y discontinuas con cierta unidad de fin y sentido contextual” (Posada, 2012, p. 40).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en Providencia de octubre de 1997, precisó que, para catalogar a una conducta reprochable como un delito continuado, se requiere la constatación de que exista la unidad del sujeto actividad, la convergencia del camino criminal, la identidad de los actos contra el bien jurídico, todo desde una continuidad en el tiempo y en el espacio:

La respuesta al interrogante surge para la Corte de identificar en cada caso concreto la finalidad que se propuso el autor y la correlativa circunstancia de si para lograrla requirió de un solo acto o de una suma de actos, más o menos prolongada en el tiempo. Si fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno

de ellos como delito autónomo, el tomarlos como partes de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una sola acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto activo, de la unidad de plan, de la identidad de los distintos actos y de su prolongación en el tiempo (Auto del 9 de octubre de 1997, radicación 368, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar, como se cita en Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación No. 17.151, 2004, p. 15, M. P. Alfredo Gómez Quintero.).

En efecto, la omisión sería una especie de inejecución continuada que permite la irrogación de varios preceptos del orden penal, y donde un mismo sujeto participa pasivamente para facilitar con su inactivación la ideación, planeación, ejecución y consumación de actos lesivos y reprochables por el orden jurídico (Reyes Echandía, 1967).

Así, habrá omisión en estas tipologías del delito (continuado y de masa) cuando exista la abstención o falta de actuación del sujeto activo que no ahonda en los preceptos protegidos por la normatividad del derecho penal con el cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados.

Es primordial que exista una uniformidad del victimario donde actúe de principio a fin con la intención positiva y consciente de generar un daño, por lo que las conductas omisivas devienen de su propia cognición y voluntad para el logro de una finalidad criminal (Reyes, 1990).

Además, la omisión en el delito continuado y en el delito masa, al igual que la acción, debe operar sobre el mismo bien jurídicamente tutelado toda vez que a la unidad de la conducta y del resultado le subyace una homogeneidad respecto al bien transgredido del sujeto pasivo; contrario sensu, si la omisión afecta diferentes bienes protegidos, no podrán aplicarse las figuras jurídicas antedichas (Campoverde, Johao y Sánchez, 2018).

Un claro ejemplo del delito continuado por acción y por omisión puede verse de la siguiente manera: "A" y "B" trabajan en un supermercado, "A" todos los días saca del mercado diferentes productos sin que esto sea notorio siendo su finalidad abastecerse de los víveres del supermercado, es decir, "A" sabe que su comportamiento está



prohibido (la conducta punible es ejercida por **Acción-Artículo 25 del Código Penal Inc.** 1), ostenta una única finalidad, un solo designio criminal, existe unidad de sujeto agente, el patrimonio del sujeto pasivo es determinado, existe parcialidad de actos y hay una afectación a los bienes jurídicamente patrimoniales; por otro lado, se encuentra “B” quien conoce de la intención y la ejecución del delito por parte de “A” pero no hace nada al respecto, en este caso, “B” tiene el deber jurídico de frenar un resultado propio de la descripción típica pero no lo hace, incluso se encuentra en toda la facultad de hacerlo, pues “B” actúa por **Omisión-** (Artículo 25 del Código Penal Inc. 2).

### **Capítulo 3. Los tipos amplificadores de la tentativa y la coparticipación en el caso del delito continuado y del delito masa**

En el delito continuado y en el delito masa debe existir una unidad del sujeto agente lo que no se traduce en la asimilación de una sola persona física, sino en que la conducta sea realizada bajo la misma homogeneidad, dolo, camino criminal, modo de operar, en contra del mismo sujeto pasivo y bien jurídico tutelado (Hernández, 2008).

En ese sentido, el sujeto agente pueda estar conformado por varios individuos los cuales pasar a ser llamado autores, coautores o partícipes de la comisión del hecho punible (Hernández, 2008).

En consecuencia, habrá punibilidad cuando sean los mismos individuos en tanto cantidad (número de personas), y cualidad (la identidad personal debe ser la misma); que la actuación u omisión se haya realizado bajo las mismas circunstancias contextuales (la conducta debe ser en el mismo tiempo, modo y lugar); que haya mediado el mismo plan criminal y *modus operandi* entre los individuos; debe haber existido dominio funcional de lo acontecido al sobresalir una conducta mancomunada en pro del resultado criminal (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 41407 de agosto de 2010).

En conclusión, la coautoría y la participación si operan tanto en el delito masa como en el delito continuado, y en esta afirmación surge la pregunta: ¿es posible o no hablar de tentativa en ambas categorías?

Esto porque, tal como se ha señalado a lo largo del escrito, el delito continuado y el delito masa implican que el sujeto agente este inmerso en la ideación, planeación, ejecución y consumación del hecho punible (*inter criminis*); sin embargo ¿Qué pasa si algunas acciones u omisiones efectivamente recorren todo el camino criminal, pero otras no sobrepasan el grado de tentativa?

Al respecto, Posada (2012) explica que si es procedente la aplicación de la tentativa en el delito continuado y en el delito masa bajo la tesis de que se debe juzgar la acción-omisión y la intención del victimario tendiente a lograr el resultado lesivo, si a ello le precedió un plan y un modo de operar contra el mismo bien jurídico, sin importar que la consumación definitiva no se haya alcanzado.

De esa manera, si el sujeto activo realizó la conducta tendiente a consumir el crimen y de ello era esperable el desvalor del resultado, aunque no se haya efectivamente consumado, se tendrá como procedente la tentativa; esto porque todos los actos del autor cumplieron con los requisitos del delito continuado y delito masa, independiente que el resultado no se haya obtenido:

Habría que predicar la configuración de la tentativa de la unidad delictiva continuada cuando ésta, como modalidad de ejecución del tipo penal, no haya alcanzado (desde la perspectiva de un espectador objetivo) por una causa ajena a la voluntad del agente o porque el sujeto no haya realizado todos los actos necesarios, el desarrollo ejecutivo típico previsto con el último acto realizado por el autor, de acuerdo con el sentido del plan criminal (Posada, 2012, p. 21).

Para León (2021), tanto el delito continuado como el delito masa dimanen de una sucesión de conductas uniformes que irrumpen la normatividad penal, por lo que vale utilizar la voz “tentativa” en tanto no se refiere a un tipo punible apartado sino a un tipo de manifestación de la conducta sobre el delito donde efectivamente hubo un acto ilícito pero no se llegó a la conclusión esperada, en otras palabras, tanto la tentativa

como la consumación ya son una infracción a la norma y, cuando se cumplen todos los requisitos antedichos.

En esa misma línea se expresan Muñoz y García (2015) para quienes la esencia del delito continuado y de masa es la existencia de una “unidad natural de acción” en virtud de la cual toda conducta activa u omisiva tenga una inexorable coherencia espacial y temporal que permita una misma valoración jurídica; por consiguiente, es procedente hablar de la tentativa cuando no se llega a la consumación, pero si le precedieron todas las acciones tendientes a lograr ese resultado.

Con base en lo anterior, a continuación, se da claridad sobre la forma de dosificación de la pena cuando median las figuras jurídicas objeto de estudio de este trabajo de grado.

### **La dosificación de la pena en el delito masa y en el delito continuado**

El artículo 31 del Código Penal colombiano es taxativo en indicar que aquel que con su conducta (acción u omisión) viole una o varios preceptos del ordenamiento punitivo colombiano será acreedor de la pena más grave entre las disposiciones vulneradas, a lo que se le debe agregar “otro tanto” como una suma jurídica del castigo, sin que la pena total sea superior a la suma aritmética de las sanciones individuales, siendo énfasis en el párrafo. “En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte” (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 31).

Por consiguiente, el sujeto agente en el delito continuado será penalizado con la sanción más grave del crimen cometido más otra sanción correspondiente al punible menos graves; esto mediante una suma jurídica de las penas dado que en Colombia toda suma aritmética está proscrita (Meza, 2019).

A su vez, el artículo 60 del Código Penal indica que al momento de individualizar la pena y fijar los parámetros mínimos y máximos susceptibles de aplicación, el juez de la república debe seguir una serie de reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta

hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica. 3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica. 4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica. 5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 60).

Una vez aplicadas está regla, reza el artículo 61 del Código Penal, el juez de la república deber aplicar la “ley de cuartos” según la cual se divide el ámbito de movilidad de la pena en uno mínimo, dos medios y uno máximo (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 61).

Cuando no se presenten atenuantes, agravantes, ni tampoco circunstancias de atenuación punitiva, el juez de la república deberá fijar la pena en el primer cuarto mínimo; si coinciden tanto atenuantes como agravantes, el sentenciador deberá considerar los dos cuartos medios; por el contrario, cuando solo mediante circunstancias de agravación punitiva, la pena deberá ubicarse en el cuarto máximo:

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 61).

Este artículo precisa también que cuando se trate de la tentativa, el juzgador tendrá que analizar el menor o mayor grado que existió en el camino criminal respecto a la etapa conclusiva o consumación; a su vez, cuando se refiera a la figura de complicidad, el juez de la república deberá tener presente el mayor o menor grado de contribución o asistencia que se desplegó (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 61).

De igual manera es importante aclarar en este apartado que los delitos continuados y los delitos masa se trata única y exclusivamente de un solo delito y de ninguna manera hace parte del concurso de delitos.

Sobre esa materia, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 46365 de octubre de 2014, explicó que toda sanción punitiva debe corresponder al grado e intensidad del injusto cometido, y que en el caso del delito continuado, la dosificación de la pena no se entiende como la suma individual de cada tipo penal, sino como la acumulación jurídica del hecho punible desde un prisma donde se califica la antijuricidad en su conjunto; considerar algo diferente desdibujaría la figura y se tendría que hablar es de concurso de delitos:

Obsérvese que la mayor sanción para el continuado corresponde proporcionalmente a la intensidad del injusto y al desvalor agregado que representa para la antijuricidad una conducta que se ejecuta en etapas y que responde a la misma finalidad, en relación con la que se asigna a un delito de la misma especie pero que se ejecuta en un solo acto. Eso demuestra que la sanción para el delito continuado no se incrementa porque se vulnera varias veces un precepto penal, como ocurre en el concurso de delitos, sino una norma una sola vez, con una intensidad que le otorga una connotación mayor a la antijuricidad (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 46365, 2014, p. 9).

En entrevista realizada al profesor universitario y ex juez de la república, Juan Guillermo Jaramillo, el abogado expuso que previo a la entrada en vigor del sistema penal acusatorio, la definición de la pena de un procesado era casi que un acto arbitrario del juez, pues se basaba en criterios puramente subjetivos de cada togado y no había una formula o referente universal susceptible de ser acotado para tasa la pena.

No obstante, con el sistema vigente, la teoría de los cuartos permite que el juzgado utilice unos criterios objetivos que facilitan la calificación del actuar del procesado y la consiguiente dosificación de la pena:

Lo que hace es poner un rango razonable, es decir, un límite a esa discrecionalidad que tenía el juez y se tiene que argumentar porque se ubica en

uno de esos cuartos, entonces hoy la tasación de la pena, tiene esa enorme virtud de romper o de ponerle limite a esa abierta discrecionalidad del juez. La tasación de la pena es un acto democrático, porque no solo interviene el juez, sino que también interviene la fiscalía, la defensa y cualquiera otra organización que se requiera, no es un acto arbitrario sino más bien un acto meramente democrático (p. 1).

Respecto al incremento en 1/3 de la pena en el delito continuado y del delito masa, el entrevistado, Juan Guillermo Jaramillo, aclaró que siempre se debe tasar de acuerdo con la ley de cuartos y la suma jurídica, y nunca con la suma aritmética de los crímenes puesto que la unidad de acción y la homogeneidad del dolo es lo que hace procedente a esas figuras.

Esto es lo que hace que se diferencie del concurso homogéneo o del concurso heterogéneo de delitos, puesto que allí sí se pueden considerar los ilícitos de manera individual, pero en el delito continuado y el delito masa se agrupa la conducta punible dentro de un similar:

La pena imponible es el resultado de la teoría de los cuatro cuartos, ya sobre esa pena hago los distintos incrementos de ley o las reducciones de ley... en esos eventos la pena se tasa de la siguiente manera, así sean dos o diez o más delitos, por cada uno de ellos, en la parte motiva de la sentencia es necesario hacer, la operación de la teoría de los cuatro cuartos para llegar a la pena imponible (p. 1).

Para el entrevistado, Juan Guillermo Jaramillo, la imposición de la pena con esta teoría de los cuartos es más garantista de los derechos del procesado, y debe ser observado por todos los jueces de la república puesto que no de hacer se incurre en una tasación ilegal que haría procedente la interposición de los recursos de apelación o extraordinario de casación dependiendo la instancia correspondiente:

La imposición de la pena es más garantista según la teoría de los cuatro cuartos y a partir de esta, me parece que los jueces deben de atender este procedimiento para una pena imponible, en ese sentido se da la selección del cuarto en el que va a trabajar, pues el incremento de ley (1/3) se aplica justo en

este momento, si se hace de manera diferente se podría hacer una tasación ilegal (p. 1).

En lo que refiere a la prescripción de la acción penal, el artículo 83 del Código Penal es taxativo en fijar que la prescripción, es procedente de acuerdo con la pena máxima fijada por el injusto penal, sin que sea inferior a 5 años ni superior a 20 (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 83).

Dado que en el delito continuado y en el delito masa se habla de una dosificación que contiene la conducta más gravosa aumentada “en otro tanto”, la prescripción será de acuerdo con la sanción de ese tipo penal, siempre que no se excedan los 20 años.

Igualmente, el artículo 84 del Código Penal indica que la prescripción comenzará a contarse a partir del momento de la consumación del injusto o desde la perpetración del último acto; o cuando haya terminado el deber de actuar en el caso de las conductas omisivas:

En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación. En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto. En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 84).

Aunado lo anterior, se llegaría a la conclusión que la manera más garantista para el procesado es aplicar el incremento de  $(1/3)$  parte sea en el mínimo o en máximo, esto es de carácter delictual, descartando de cierto modo la aplicación de esta fracción matemática para la pena en concreto, es decir de manera post delictual, pues resultaría más severa para el reo.

## **Capítulo 4. El delito masa y el delito continuado en la perspectiva del bien jurídicamente tutelado afectado: una reflexión**

En este acápite final se pretende adelantar una reflexión según la cual la figura del delito continuado y del delito masa en Colombia no debería ser susceptible de aplicación preferente en las conductas antijurídicas contra el patrimonio económico, sino que deberá ser extensible a otros bienes jurídicos tutelados.

Por regla general, de acuerdo con lo encontrado en los acápites precedentes, el delito continuado y el delito masa operan en Colombia contra la vulneración del bien jurídicamente tutelado del patrimonio económico o, en otras palabras, que las conductas típicas que aparecen contempladas en el Código Penal colombiano referidas al patrimonio de una persona, son las que son susceptibles de ser catalogada como delitos continuado y delito masa (Maldonado, 2015).

De tal manera considerar la teoría del delito continuado y del delito masa para delitos contra la vida y la integridad personal para el ordenamiento jurídico colombiano sería trasgredir la dignidad, atendiendo sus atributos de razón, responsabilidad y libertad, por ello es lógico deducir que determinadas conductas delictivas no admiten división alguna.

Así, las siguientes conductas reprochables, cuando cumplen los requisitos explicados en los anteriores apartes referidos al dolo, la unidad, etc., podrán ser calificadas como delito continuado y/o delito masa: el hurto, la extorsión, la usurpación, la defraudación, la frustración de la ejecución, la insolvencia punible, la alteración de precios, los daños, la propiedad intelectual, la receptación y el blanqueo de capitales, entre otros (Maldonado, 2015).

Lo anterior, se debe, según a que el legislador consideró que era dable penalizar a aquellos que incurrieran en una misma conducta homogénea, con dolo y predeterminación, con la que se afectaba sucesivamente el mismo bien jurídico tutelado, y que las más de las veces era el patrimonio del sujeto pasivo. (Velásquez, 2010).



Sin embargo, se aventura a sugerir en este trabajo que las figuras jurídicas de delito continuado y de delito masa no deberían circunscribirse únicamente a los crímenes contra el patrimonio económico, sino que debería extenderse a otros bienes tutelados en los que sea posible también encontrar los requisitos de dolo, unidad de acción, homogeneidad, camino criminal, *modus operandi*, y demás condicionantes retratados a lo largo de este documento.

De esa manera, habría que incluir otros delitos como aquellos contra la fe pública, puesto que allí es posible identificar actos parciales que se subsumen dentro de un comportamiento general tendiendo a lograr un resultado lesivo y que, de no comprenderse la unidad de la actuación del sujeto agente, se tendría que hablar de concurso de delitos:

Si no admitiéramos esta posibilidad que puedan abarcar otros delitos, sería dificultoso o imposible aplicar la relación de continuidad cuando los distintos actos parciales se subsumen a un mismo precepto penal o preceptos similares, que, desde el primer acto parcial, la lesión del objeto de protección no personalísimo resultaría completa desde una perspectiva causal, ejemplo, los delitos contra la fe pública (León, 2021, p .28).

Un ejemplo de esta visión más amplia sobre la aplicación del delito continuado y del delito masa, se puede encontrar en la legislación punitiva del Perú donde esas figuras jurídicas no solo aplican para el bien tutelado del patrimonio económico, sino también para el bien jurídico de la fe pública e inclusive, en situaciones específicas, en el de la libertad sexual y la salud pública.

En efecto, el delito continuado y el delito masa es procedente en los siguientes tipos penales comprendidos en el articulado del Código Penal del Perú: artículo 427, falsificación de documentos; artículo 428, falsedad ideológica; artículo 416, fraude procesal; artículo 409-A, obstrucción a la justicia; artículo 387, peculado doloso por apropiación; artículo 384, colusión agravada; artículo 393, cohecho; artículo 376, abuso de autoridad, entre otros (Código Penal de Perú, Decreto Legislativo No. 635).

Igualmente, es posible aplicar esas figuras cuando median delitos sexuales siempre que se cumplan unos requisitos específicos: “conductas parciales y

fragmentadas según el plan criminal preconcebido que aparece en la práctica desarrollándose en ocasiones de manera distinta, caso contrario, se trataría dichas hipótesis como meras conductas y de peligro que son tratados como unidad típica” (León, 2021, p. 28).

También, por vía jurisprudencial, el ordenamiento jurídico del Perú se ha discutido la posibilidad de que delitos contra bienes jurídicos colectivos sean susceptibles de valorarse jurídicamente como delito continuado o delito masa:

Se pueden advertir hipótesis de lesión o peligro contra bienes jurídicos colectivos, cuya afectación progresiva no comporta por su naturaleza ni la acumulación de injerencias físicas, ni una acumulación cuantificable de su lesión, sino intensificaciones que comportan una lesión progresiva de la esencia misma del bien jurídico, casos frente a los cuales no parece existir ningún impedimento político criminal para formar un injusto unitario continuado (León, 2021, p. 28).

Con base en ese ejemplo, se sugiere que en Colombia es dable aplicar las figuras jurídicas del delito continuado y del delito masa en conductas punibles contra la administración pública en cuanto es posible identificar que los requisitos o condicionantes para que sean procedentes esas figuras - que han sido estudiados en los acápite precedentes - serían perfectamente aplicables en este nuevo escenario. A título de ilustración se toman los siguientes casos:

El injusto del fraude de subvenciones, con la expedición del Estatuto Anticorrupción a través de la Ley 1474 de 2011, el ordenamiento jurídico colombiano busco generar una respuesta punitiva a los actos en contra de la Administración Pública que afectaban, además de su correcto funcionamiento, el patrimonio público y la moralidad. Una de las novedades de este Estatuto, fue la creación del delito de fraude a subvenciones, en el que se penalizaron a aquellos que obtuvieran ayudas o auxilios del Estado, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para acceder a este, o que los hubieran destinado a una finalidad distinta (Cortés, 2022, p. 3).

En efecto, esa norma agregó el artículo 403 A al Código Penal o Ley 599 de 2000, lo que dio origen a los supuestos de hecho y de derecho propios del fraude de subvenciones:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años. Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados (Artículo 26, Ley 1474 de 2011).

El cometido subyacente fue proteger “la distribución y asignación de beneficios o subvenciones de la Administración Pública con destinación a actividades económicas de interés del Estado”, para que así una persona que acreditara condiciones falsas exigidas para obtener el beneficio concesión, u ocultando información veraz, o no destinando los recursos para la finalidad fijada, pudiera ser objeto del *ius puniendi* del Estado (Cortés, 2022, p. 27).

Es un tipo penal cuyo sujeto es mono subjetivo, es decir, que la conducta solo puede ser realizada por una sola persona, pero ello no excluye la coparticipación de varios sujetos, ya que quienes acceden a estas subvenciones suelen ser personas jurídicas que se dedican a una actividad que desean impulsar, como fue la agricultura en su momento mediante el programa Agro Ingreso Seguro (Manrique, 2015).

Hasta este momento, se puede observar que el tipo de fraude de subvenciones cumple con los requisitos de unidad subjetiva, unidad de acción, plan criminal, y homogeneidad del bien jurídico tutelado; esto quiere decir, que hasta el momento se puede considerar como procedente la aplicación de la figura del delito continuado o del delito masa.

Para dar más elementos de análisis, continuemos con la descripción de ese tipo penal para ver si cumple con los otros requisitos, por ejemplo, el dolo, el desvalor de la

acción y el resultado, la acción u omisión, el lugar de la tentativa y la participación, entre otros.

El fraude de subvenciones es aquella conducta cuya comisión es dolosa en cuanto que la volición y cognición del sujeto agente debe ir en contravía del ordenamiento penal, es decir, el sujeto tiene la voluntad y el conocimiento previo de la ejecución del delito (Bernal y Díaz, 2021).

El artículo 403<sup>a</sup> del Código Penal se refiere al verbo rector obtener y engañar, para describir que la actuación del sujeto debe ser intencional y debe buscar mediante el engaño recibir una ayuda del estado sin cumplir las condiciones de dicho beneficio, a sabiendas que esto produce un daño al bien jurídico de la Administración Pública a través de la sustracción ilegal del erario (Bernal y Díaz, 2021).

Como se trata de un delito doloso, el fraude de subvenciones requiere la obtención efectiva de la subvención en cuanto la intención de cometer el acto antes de ser materializada con el recibimiento del dinero del Estado consumiría en una conducta de mera tentativa, por lo tanto, para la configuración del delito se requiere la entrega material del recurso lo que consume la previa idealización y planeación del sujeto activo, este dolo conlleva que es un delito que no admite modalidad preterintencional o culposa (Hernández, 2013).

El grado de tentativa aplicado al fraude de subvenciones se produce cuando se logra engañar al Estado al omitir u ocultar información respecto al beneficiario, pero no se alcanza a obtener la subvención en cuanto la administración se percató del fraude y actuó antes de que el delito se consumara (Hernández, 2013).

Vargas (2017) afirma que la modalidad dolosa puede recaer sobre varios sujetos, en cuanto el fraude de subvenciones es un delito mono subjetivo e indeterminado, por lo tanto, no demanda el tipo penal una cualificación especial del sujeto activo, razón por la cual se puede cometer el delito en calidad de concurso de personas.

El sujeto pasivo es en todas las ocasiones el Estado, en cuanto es un delito contra la Administración Pública, que ocasiona un detrimento patrimonial del Estado en

cuanto no permite que la subvención consiga su finalidad de ser ayuda o subsidio a quien cumple las condiciones del mismo y por ende realmente lo necesita, este detrimento se obtiene mediante el engaño y falseando las condiciones requeridas para obtener el beneficio, allí que busca obtener el subsidio sin cumplir la cualificación requería, y con ello engañar a la administración para su propio beneficio, lo cual no representa un actuar culposo o preterintencional sino manifiestamente doloso.

La finalidad del tipo penal es castigar a las personas que obtienen ciertos beneficios económicos por parte del Estado, sin ser verdaderos merecedores de los mismos y que, con su actuar, obstruyen los objetivos que se propone el intervencionismo para el crecimiento de la economía nacional (Vargas, 2017, p. 61).

Bajo esa caracterización del tipo penal de fraude de subvenciones, el autor de este trabajo de grado propone que tipos penales como ese y otros que cumplan los requisitos requeridos, pero que atenten contra otra bien jurídico protegido que no sea el patrimonio económico, también sean susceptibles de ser calificados con las figuras jurídicas del delito continuado y/o del delito masa, dependiendo las circunstancias de modo tiempo y lugar.

Esto porque, en el caso ilustrativo del fraude de subvenciones, esa conducta jurídica cumple todos los requisitos o condicionantes estudiados a lo largo de estas páginas: el dolo, la unidad de acción, la homogeneidad en el comportamiento, la volición y cognición del sujeto activo dentro de un camino criminal, el *modus operandi*, la vulneración de este bien tutelado, etc.

Este análisis puntual respecto al tipo penal de fraude de subvenciones podría adelantarse con otras conductas ilícitas de lo cual se podrían extraer conclusiones favorables en torno a la aplicación del delito continuado y del delito masa en delitos no concretados con el patrimonio económico.

Por último, se exhibe que, a simple vista puede tratarse de patrimonios públicos diferentes, lo cual no se relaciona con el requisito de cumplir con la unidad de sujeto

pasivo determinado para el caso de categorizarse como delito continuado; pero si lo observamos desde otro enfoque, está que el bien jurídicamente tutelado a tratar serán los “delitos contra la administración pública” poniendo en el escenario a una sola víctima, es decir, el Estado, toda vez que hay detrimentos sucesivos de los recursos públicos, pero una sola víctima, la nación, subsanando de tal manera la identidad del sujeto pasivo.

Por lo anterior, sería posible aplicar el delito continuado en los delitos tales como fraude subvenciones (Artículo 403<sup>a</sup>) donde el bien jurídico tutelado es la administración pública pero también es posible aplicar la teoría de masa en los artículos como “*la falsificación de moneda nacional (Artículo 273)*” y “*Trafico de moneda falsificada (Artículo 274)*”, pues para estos últimos el bien jurídicamente tutelado sería la fe pública, en otras palabras, la confianza que emana exclusivamente del Estado (Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000).

Para el caso concreto del artículo 274 *ibidem*, en el sentido interpretativo de poner en “*movimiento*”, se cumpliría con los requisitos de: sujeto activo que con una o varias acciones realiza un designio criminal para defraudar una pluralidad de sujetos pasivos indeterminados, pues podría tratarse de un delito en masa.

Tal y como se puede observar en el siguiente cuadro:

| Artículos del Código Penal (Ley 599 de 2000)                              | Descripción del tipo penal:                      | Requisito para delitos de masa |   | Elemento diferenciador del delito masa  | Bien Jurídicamente Tutelado   |
|---|--|--------------------------------|---|---|---|
| Artículo 273<br><i>“la falsificación de moneda nacional o extranjera”</i> | -Doloso<br>-De resultado<br>-Admite la tentativa | 1. Unidad de Sujeto Agente     | ✓ | El sujeto pasivo se puede comprender como la ciudadanía (numero plural indeterminado) de personas afectadas | La fe/confianza pública<br>Bien jurídicamente tutelado diferente al patrimonio económico. |

|   |  |                                       |   |  |  |
|---|--|---------------------------------------|---|--|--|
|   |  |                                       |   |  |  |
| <b>Artículo 274</b><br><i>“Tráfico de moneda falsificada”</i> |  | 2. Unidad de Comportamiento Delictivo | ✓ |  |  |
|   |  | 3. Unidad de Designio Criminal        | ✓ |  |  |

*Cuadro: Elaboración Propia.*

Por último, a pesar que son delitos clasificados ante las protecciones de distintos bienes jurídicamente tutelados, de alguna manera afectan el patrimonio económico, siendo esto una razón más de ampliar la categoría de los delitos masa y delitos continuados en nuestro ordenamiento jurídico.

## **Conclusiones**

Partiendo de la teoría del delito, esto es, una conducta humana analizada bajo preceptos dogmáticos y normativos, desde el semillero investigativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, se logró esclarecer de manera crítica y argumentativa la

teoría de los delitos masa y delitos continuados de cara a su configuración y ampliación en nuestro ordenamiento jurídico de la siguiente manera:

Al trazar un recorrido sobre la historia de los delitos continuados y delitos masa, encontramos que, el primero fue adoptado desde el código penal de 1980 donde se incluyó el tratamiento de los delitos crónicos o continuados, pues la intención era aumentar la pena en aquellos delitos con una única finalidad reiterativa frente a los delitos propiamente individuales; por otro lado, la teoría del delito masa es un poco más reciente, adoptada en nuestra legislación con la Ley 599 del 2000, puesto que en el territorio se estaba presentando una realidad de los llamados "*Fraudes Colectivos*" los cuales fueron represivos de castigo como conductas delictivas más severas.

Tanto en el delito continuado como en el delito masa, la omisión puede considerarse una forma de inejecución continuada que permite la comisión de múltiples infracciones penales. En estas tipologías, la omisión se produce cuando el sujeto activo se abstiene o no actúa para proteger los preceptos legales, y debe cumplir con ciertos requisitos para ser considerada como tal. Además, tanto la acción como la omisión deben afectar al mismo bien jurídico tutelado para que se apliquen estas figuras jurídicas.

Es importante hacer la apreciación específica de los partícipes, esto es, el determinador y el cómplice; por un lado, encontramos que el determinador es aquel sujeto que induce a otra persona para que realice la conducta punible a través de diferentes maneras, como la orden, el mandato, el contrato u/o acuerdo, el consejo y la coacción superable; y de otro lado, está el cómplice, persona que presta una ayuda para la ejecución de la conducta punible, sea antes, durante o después de la comisión del delito, llegando a la conclusión de que ambas figuras aplican perfectamente sobre la coparticipación para delitos masa y delitos continuados.

Con respecto a la figura del interviniente la condición que reclama es participar en un delito de sujeto activo calificado, si bien entre los artículos del 239 al 269 del código penal, no hay tipo penal con sujeto activo calificado, esta figura puede ser totalmente válida al ampliar las modalidades continuadas y tentadas a otros bienes



jurídicamente protegidos, como se dijo en línea anteriores, a la fe y a la administración pública hasta incluso a conducta punibles que atenten contra la salud pública.

Es así como nuestra legislación cuenta con esas teorías dogmáticas pudiéndose cometer por acción u omisión, admitiendo la tentativa y la coparticipación criminal para ambas hipótesis, debido a que se cumplen todos los requisitos para ser adecuados, según lo dicho en los apartados anteriores.

Consecuencialmente, es menester mencionar que la manera más idónea para dosificar la pena cuando nos encontramos en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar de los delitos masa y delitos continuados, sería de manera delictual, toda vez que el incremento por Ley de (1/3 parte) deberá hacerse únicamente al momento de establecer los “cuatro cuartos”, si por motivos diferentes se tasara al contrario estaríamos frente a una conculcación evidente de los derechos del procesado.

Este trabajo toma significado puesto que ilustra una directriz de dosificación frente a las teorías desarrolladas para los jueces que imparten justicia, de algún modo, uniforman jurídicamente la tasación de pena, puesto que el juez deberá de motivar tomando aspectos cualitativos y cuantitativos de la pena, pero siempre de carácter delictual, aplicando lo determinado en el artículo 60 del Código Penal, pues no se trata de temas relacionados como el allanamiento a cargos, el resarcimiento de perjuicios o la retractación de los hechos, asuntos estos post-delictuales para aplicar a la pena en concreto.

Para finalizar, se concluye la posibilidad de extender la aplicación de las teorías continuadas y de masa a otros bienes jurídicamente tutelados tales como a la fe y la administración pública, ya que se pueden inferir dos escenarios determinantes para cumplir cabalmente con los requisitos exigidos por cada una de las teorías, esto es, puede hablarse de una única víctima “El Estado/Nación” para los delitos continuados atendiendo el requisito de la identidad del sujeto pasivo de una misma persona sea natural o jurídica; y para los supuestos del delito de masa, pueden presentarse sujetos pasivos indeterminados como la “Ciudadanía” quien es conformada por un sinnúmero de personas; lo anterior quedando corta su aplicación únicamente para el

*“Título VII: Delitos contra el patrimonio económico”* que abarca desde el artículo 239 al 269 de la Ley 599 de 2000.

Cabe de resaltar que este bosquejo general se deja como puerta de entrada para futuras investigaciones.

## Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Editorial Legis.
- Bernal, D., y Díaz, D. (2021). Perspectiva del fraude a subvención en el derecho colombiano: un análisis desde la función pública. *Derecho y Realidad*, 19 (38), pp. 95-112. <https://vlex.com.co/vid/perspectiva-fraude-subvencion-derecho-897281476>
- Botero, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Revista Opinión Jurídica*, 2 (4), pp. 109-116.  
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1350>
- Botero, N. (2015). *Dosificación judicial de la pena*. Editorial Leyer.
- Congreso de la República de Colombia. Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.
- Congreso de la República de Colombia. Código Penal de 1890.  
<https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1890.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. Código Penal Militar del año 1999.  
[https://www.redjurista.com/Documents/codigo\\_penal\\_militar\\_-\\_ley\\_522\\_de\\_1999.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/codigo_penal_militar_-_ley_522_de_1999.aspx#/)
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 599 de 2000.
- Congreso de la República. Ley 1474 de 2011. Diario Oficial. 48.128, julio 12 de 2011.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de agosto de 2010, expediente 31407, Magistrado Ponente, M. González.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación No. 17.151 del 12 de mayo del año 2004, Magistrado Ponente, Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de febrero de 2018, radicado 51233, Magistrado Ponente, Fernando Castro.

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de agosto de 2010, expediente 31407, Magistrada Ponente, María Rosario González.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de octubre de 2014, expediente 43635. Magistrado Ponente, Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 octubre de 1997, Expediente 368, Magistrado Ponente, C. Mejía.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3997 del 17 de septiembre del año 2019, Magistrado Ponente, Luis Guillermo Salazar
- Cortés Cano, O. F. (2022). Aproximaciones dogmáticas y jurisprudenciales del tipo penal de fraude de subvenciones en Colombia. Tesis para optar por el título de magíster en derecho penal.  
<https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/32354?locale-attribute=es>
- Gómez, M. (2015). *Comentarios al Código penal*. Editorial Lex Nova.
- Hernández, H. (2013). El nuevo delito de fraude a subvenciones. *Revista Derecho Penal y Criminología* (36), pp. 31-55.
- Hernández, M. (2008). El delito continuado. *Revista UNAB* (6) 10, pp. 5-34.  
[https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11853/200812\\_Revista\\_Estrado\\_Vol\\_6\\_no-10\\_5-34.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11853/200812_Revista_Estrado_Vol_6_no-10_5-34.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Hoyos, C. (2000). *Un modelo para Investigación Documental*. Editorial Señal  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- León, J. (2021). *La afectación de la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto al delito continuado en nuestra jurisprudencia nacional*. Trabajo de grado, Universidad Privada Antenor Orrego, Perú.  
[https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/8674/1/REP\\_JEAN.LEON\\_LA.AFECTACION.DE.LA.PREDICTIBILIDAD.pdf](https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/8674/1/REP_JEAN.LEON_LA.AFECTACION.DE.LA.PREDICTIBILIDAD.pdf)
- Maldonado, F. (2015). Delito continuado y concurso de delitos. *Revista de derecho Valdivia*, 28(2), pp. 193-226.

- Manrique, L. (2015). *La subvención en la legislación colombiana*. Trabajo de grado, Universidad de los Andes.  
<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/13384/u722225.pdf?sequence=1#:~:text=En%20su%20concepto%2C%20es%20una,p%C3%BAblicos%2C%20sin%20necesidad%20de%20coacci%C3%B3n.>
- Meza, S. (2019). Una mirada al panorama punitivo colombiano. Analizando factores que determinan la severidad del poder punitivo. *Revista Criminalidad*, 61(2), pp. 161-174. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-31082019000200161](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082019000200161)
- Ministerio de Justicia. Código Penal de Perú o Decreto Legislativo No. 635. (1991, 03 de abril).  
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL\\_actualizado\\_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)
- Muñoz, F., y García, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Posada, R. (2012). El delito continuado. *Revista de derecho penal contemporáneo*.  
[https://xperta.legis.co/visor/rpenal/rpenal\\_bc2c31509e2b01a0e0430a01015101a0/revista-de-derecho-penal-contemporaneo/el-delito-continuado](https://xperta.legis.co/visor/rpenal/rpenal_bc2c31509e2b01a0e0430a01015101a0/revista-de-derecho-penal-contemporaneo/el-delito-continuado)
- Reyes Echandía, A. (1967). *La Tipicidad*. Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Echandía, A. (1990). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Temis.
- Reyes, Y. (1990). *El Concurso de Delitos*. Editorial Reyes Echandía Abogados.
- Salazar, L. (2020). La estafa y el delito masa. *Revista Ámbito Jurídico*.  
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/asi-se-establece-la-cuantia-de-la-estafa-en-la-modalidad-de-delito-masa>
- Sánchez, S. (2014). La conducta punible en el Derecho Penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal. *Revista de Derecho*, (42), 33-64.  
[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972014000200003](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972014000200003)

Vargas, T. (2017). Consideraciones sobre la unificación de los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. *Revista Universidad de Ibagué* (19), pp. 61-77.

Velásquez, f. (2010). El Delito Continuado en el Código Penal Peruano. *Revista UNIFR*.  
[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_16.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_16.pdf)