

30-1-2014

Concurso de delitos

Diferencias y semejanzas entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales



Resumen

El presente trabajo de investigación, contará con una pequeña introducción al concurso de delitos, para que el lector pueda manejar los términos de una manera precisa y sutil, luego se analizará en forma detallada y específica al concurso ideal y los distintos postulados doctrinarios con sus respectivas críticas, de igual manera, será abordado el concurso de tipos penales; por último, la investigación finalizará con la distinción entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales.

Finalizada la lectura, usted, se encontrará capacitado para responder a las siguientes preguntas: ¿Qué se entiende por el término hecho? ¿Cuáles son las diferencias y semejanzas entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales? ¿Será necesaria la construcción de una teoría del concurso? ¿Qué importancia teórica y práctica posee el estudio del concurso de delitos? etc.

El concurso de delitos es un tema que siempre va a ser actual, debido a la vaguedad de los términos postulados en el Código Penal. De lo contrario el estudio de dicho instituto tendría un valor netamente histórico, una pequeña evolución. Pero lo que a mí respecta, es un tema sumamente importante. Pues, conforme a la manera de imputar los delitos al presunto culpable, acarrearía, en el derecho, consecuencias diferentes: Podría otorgarse, o no la prisión preventiva, la condena condicional, imputar otros delitos diferentes a los cometidos violentando así, derechos constitucionales, etc.

El objetivo del trabajo de graduación, por motivo del limitado espacio de tiempo, no es ahondar sobre los problemas específicos del concurso de delitos, sino lograr una aproximación general, para comprender y entender los pilares fundamentales del concurso de delitos. Más específicamente: Vislumbrar la acotada distinción existente entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales.

“...Cuanto más cosas se saben más quedan por aprender. La ayuda que da el saber termina en lo que se ignora”. José Larralde.

Abstract

This research will have a brief introduction to competition offenses, in order that the reader can handle the terms in a precise and subtle way. Will proceed with a detailed and specific analysis to the ideal competition and the various doctrinal tenets with their critical. Similarly, will be addressed the contest offenses. Finally, the investigation will be finish with the distinction between ideal competition and the competition offenses.

At this point, the reader will be able to answer the following questions: What is meant by the term made? What are the differences and similarities between the concurrence and assistance of criminal offenses? It will be necessary a construction of the theory contest? What is the theatrical and practical importance of the study of offenses?

The contest crime will always be present, due to the vagueness of the terms in the Criminal Code postulates. Otherwise the study of the institute would have a historical value, a small evolution. But what I am concerned, is extremely important. After the manner of the crimes imputed to the alleged offender, entail, in law, different consequences: Could be granted the preventive detention, suspended sentences, impute other offenses committed and violating constitutional rights, etc.

The objective of graduate research, on account of the limited space of time, is not elaborate on the specific problems of offenses, is get a comprehensive approach to understanding of the fundamental pillars of offenses. Specifically: perceive the distinction between perfect competition and the competition offenses.

“..The more things are known, most are to learn. The aid that gives the knowledge ends in what's is ignored...” José Larralde

INDICE GENERAL

CAPÍTULO I: PARÁMETROS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN	1
INTRODUCCIÓN.....	1
OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS	3
PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	3
METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN	3
JUSTIFICACIÓN	5
CAPÍTULO II: EL CONCURSO DE DELITOS	8
CONCEPTO.....	8
UBICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL	9
BASES RECTORES DEL CONCURSO IDEAL Y DE TIPOS PENALES	10
CAPÍTULO III: EL CONCURSO IDEAL.....	14
INTRODUCCIÓN.....	14
CONCEPTO.....	14
TEORÍAS DE LA UNIDAD Y DE LA PLURALIDAD DELICTIVA.....	16
TESIS DE SEBASTIÁN SOLER: LA SEPARABILIDAD DE LAS LESIONES JURÍDICAS Y LA REGLA LLAMADA EXCESO DE DOLO	16
<i>Críticas realizadas por la doctrina</i>	<i>18</i>
EUGENIO R. ZAFFARONI: TEORÍA DE UNIDAD DE CONDUCTA.....	18
<i>Críticas realizadas por la doctrina</i>	<i>20</i>
TESIS DE RICARDO C. NUÑEZ: DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO Y SU MODO CONTINGENTE DE EJECUCIÓN....	21
<i>Críticas realizadas por las doctrinas</i>	<i>22</i>
CARLOS S. CARAMUTI: TEORÍA DE LA UNIDAD DE CONDUCTA. SUPERPOSICIÓN TOTAL O PARCIAL DE ACCIONES CONCRETAS EN SU ENCUADRE MÚLTIPLE.	23
<i>Críticas realizadas por la doctrina</i>	<i>25</i>
CARRANZA TAGLE, HORACIO A.: TEORÍA DEL SUCESO HUMANO FLUYENTE	27
<i>Críticas realizadas por la doctrina</i>	<i>33</i>
NUESTRA OPINIÓN	34
CAPÍTULO IV: EL CONCURSO DE TIPOS PENALES	36
INTRODUCCIÓN.....	36
ACERCAMIENTO A UN CONCEPTO	37
RELACIONES O PRINCIPIOS QUE DAN LUGAR AL CONCURSO DE TIPOS PENALES	38
A. RELACIÓN O PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD	39
<i>¿La alternatividad es una verdadera relación de tipos penales?</i>	<i>40</i>
B. RELACIÓN O PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	41
C. RELACIÓN O PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD	43
<i>¿Será posible, que un tipo específico, que contiene al tipo general, posea una pena menor?</i>	<i>44</i>
D. RELACIÓN O PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN.....	45
<i>Los actos co-penados en la relación de consunción.</i>	<i>47</i>
E. OTRAS RELACIONES.....	50
CAPÍTULO V: CONFRONTACIÓN DE LAS FIGURAS	51
INTRODUCCIÓN. FUNDAMENTOS DE LA CONFRONTACIÓN.....	51
DIFERENCIAS ENTRE EL CONCURSO IDEAL Y EL CONCURSO DE TIPOS PENALES	51
SEMEJANZAS ENTRE EL CONCURSO IDEAL Y EL CONCURSO DE TIPOS PENALES.....	53
CONCLUSIONES FINALES. ANEXO DE CASOS.....	55
LISTADO BIBLIOGRÁFICO:	58

*“Abandonar metros antes de la llegada,
Hace que sea insensata la corrida”
El autor:*

Capítulo I: Parámetros Generales de la Investigación

Introducción

El presente trabajo tiende a brindar un aporte, para distinguir la diferencia existente entre el concurso de tipos penales y el concurso ideal, ya que muchas veces se confunden los mismos, atentando contra la seguridad jurídica (tema que será tratado más adelante). Este aporte no sólo beneficia al Derecho Penal, sino también a otras instituciones jurídicas como nuestra Carta Magna que prohíbe castigar dos veces por un mismo hecho; *no bis in ídem*¹. Entonces debemos determinar en la presente investigación, qué es lo que se entiende por un hecho, y además determinar cuáles son sus límites, a través del concurso de tipos penales.

El tema del concurso de delitos es una cuestión que siempre va a ser actual, debido a la vaguedad de los elementos utilizados para definir al concurso ideal o formal de leyes penales y a la ambigüedad del significado de la palabra “*hecho*”. Tengamos presente que si hubiera consenso entre la doctrina y la jurisprudencia nuestro trabajo sólo tendría un valor netamente histórico.

Debemos empezar a cosechar los frutos que otros han sembrado. Por esta razón, la obra tiende a que lo teórico se lleve a la práctica, porque todo lo que se aprende y no se practica se pierde. Cuando decimos cosechar los frutos que otros han sembrado estamos aseverando la existencia de construcciones teóricas de la materia, tal es así, que en el curso de este trabajo se citarán varias de esas construcciones, justificando las coincidencias y discrepancias de las mismas.

Aprovechamos en esta oportunidad para precisar algunos significados técnicos de la materia, a pesar de que van a ser tratados con posterioridad en forma más acabada y minuciosa. El tema del concurso de delitos postulados en los artículos 54, 55, 56, 57 y 58 del C.P. la problemática se enrola en el significado del término “*un hecho, varios hechos dependientes, y varios hechos independientes*”. Caramuti, (2010, p. 56) acierta al decir que, la jurisprudencia no ha elaborado soluciones del significado de los términos postulados, sino que dichos términos fueron extraídos

¹ art 8; ap. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.7, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En función del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

de la doctrina, ya sea nacional o extranjera. Esto nos indica la importancia que tiene la doctrina al desarrollar y precisar los términos a utilizar en la temática del concurso.

De acuerdo al Art. 54 del C.P. habrá Concurso ideal “Cuando *un hecho* cayera bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”. Algunos autores como Creus (1994, p. 283) ven al hecho como una acción y que cada acción configura hechos independientes, salvo que la misma ataque a un único bien jurídico protegido, Por el contrario otros autores como Nuñez (1988, p. 248) considera, que cuando el artículo habla de “sanción penal” no se hace referencia a la pena misma, sino también al tipo delictivo que la impone.

Es decir, que deben existir varios tipos penales que prohíban de manera parcial la conducta del autor, de lo contrario excluiría al resto de los tipos. Disentimos con ambas posturas. Con respecto a la primera, no cabe dudas de que si el código penal quisiera tipificar conductas o acciones, así lo hubiera establecido. Con respecto a la segunda, Nuñez hizo un gran esfuerzo para delimitar el concurso ideal y real pero se olvidó de que el concurso de tipos penales y el delito continuado también debe formar parte de la teoría del concurso de delitos.

Nosotros queremos brindar un nuevo aporte, nuevas perspectivas. Pensamos que el término *un hecho* “es un suceso de acontecimientos, inseparables entre sí o bien separables pero suscitados en un espacio temporal muy estrecho, que se proyectan hacia la realidad jurídica Penal. Quedando atrapados estos acontecimientos formalmente por más de un tipo Penal” (Los fundamentos serán tratados más adelante).

Otras de las problemáticas actuales, es sin duda alguna, el estudio del concurso de tipos penales² y sus distintas formas de manifestación. Es decir, por especialidad, consunción, alternatividad, subsidiariedad, etc. (luego, precisaremos a cuáles de ellas adherimos). Pensamos que antes de realizar un análisis de si el hecho es encuadrable o no en un concurso ideal o real, primeramente, debemos determinar si el mismo no ha sido enlazado o atrapado por el concurso de tipos penales (las razones se expondrán más adelante).

El presente trabajo de investigación, contará con una pequeña introducción al concurso de delitos para que el lector pueda manejar los términos de una forma más sutil, luego se analizará en forma detallada y específica al concurso ideal y los distintos postulados doctrinarios con sus respectivas críticas, de igual manera, será abordado el concurso de tipos penales; por último, la

² Además como lo enseña Pessoa (1996, p. 66), existen otras denominaciones referidas al concurso de tipo como “unidad de ley”, “concurso de leyes”, “concurso aparente”, “concurso ideal impropio”, etc.

investigación finalizará con la distinción entre el concurso ideal y concurso de tipos penales.

Objetivos Generales y Específicos

Objetivo General: “Analizar la diferencia existente entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales en el marco del ordenamiento Penal Argentino”.

Objetivos Específicos:

- Analizar el concepto del concurso ideal en el Código Penal Argentino y sus diversas interpretaciones conforme a la doctrina y jurisprudencia.
- Describir las diferentes teorías doctrinarias y jurisprudenciales utilizadas en el concurso de tipos penales.
- Ilustrar la aplicabilidad de éstos institutos en el Código Penal Argentino.
- Precisar la clasificación del concurso de tipo penales.

Preguntas de Investigación

- ¿Cuáles son los elementos del concurso ideal en el Código Penal Argentino? ¿Qué diversas interpretaciones o soluciones propone la doctrina y jurisprudencia?
- ¿Qué criterios proponen la doctrina y la jurisprudencia, en el concurso de tipos penales?
- ¿Cómo se aplican estos institutos en el Código Penal Argentino?
- ¿Cómo se clasifica el concurso de tipos penales?

Metodología de investigación

En el marco metodológico, cabe preguntarnos, ¿qué tipo de metodología hemos adoptado? Y ¿cuáles son las diversas técnicas y procedimientos que hemos utilizado para llevar a cabo el trabajo de investigación?

Con respecto al primer interrogante, la metodología de investigación es la “disciplina encargada de describir, explicar, y comprender las operaciones de la investigación científica. Estas operaciones se refieren a la justificación y el descubrimiento de nuevo conocimientos científicos.”

(Yuni y Urbano, 2003 p. 11). El método utilizado es el método *científico* que se compone de tres categorías: cuantitativo, cualitativo y cuali-cuantitativo (desarrollado más adelante). Recordemos que método es la vía o camino que debemos seguir para lograr el fin propuesto, y científico tiene que ver con la finalidad propuesta, cuyo caso, es la producción de conocimiento.

En el segundo interrogante nos hacemos referencia al “tipo de investigación” es decir, cual es la finalidad a la que apunta nuestra investigación. La finalidad apuntada es **descriptiva-correlacional**, porque además de haber buscado las propiedades o elementos del concurso formal, o de tipos penales, hemos analizado sus semejanzas y diferencias. El tema del concurso de delitos penales tiene una larga historia, debido a su importancia práctica en el Derecho Penal. Por eso juristas de todos los tiempos han elaborado distintas tesis, con la finalidad de resolver el sinnúmero de casos suscitados. Muchos de ellos se han olvidado de señalar cuales son los parámetros que distinguen entre el concurso ideal y de tipos penales, razón por la cual, se ha llegado a transitar en un camino de errores haciendo un mal uso de estos institutos, muchas veces confundiendo la aplicabilidad de ambos y atentando gravemente a la seguridad jurídica.

Método de estudio: es la estrategia utilizada para lograr la finalidad propuesta. Como habíamos señalado los métodos son tres: Cuantitativo, Cualitativo y Cuali-Cuantitativo. Pensamos que lo correcto fue haber utilizado el método cualitativo, ya que nos brindó mejores soluciones en la temática abordada.

Fuentes utilizadas: se utilizaron dos tipos de fuentes: primarias y secundarias.

1. *Primarias:* aquí se analizaron los distintos fallos jurisprudenciales, es decir, cómo los jueces han aplicado estos institutos en los casos concretos. En fin, hemos logramos una interpretación precisa, clara y sin contradicciones sobre los artículos conflictivos del Código Penal.
2. *Secundarias:* hemos analizado e interpretado, conforma a nuestro tiempo de estudio, en forma vasta las doctrinas más importantes. Brindamos al lector las distintas vertientes de pensamiento humano. Es decir, cómo los doctrinarios observaron estos institutos, a través de artículos de revistas, libros, manuales, comentarios a los fallos, etc., en forma clara y precisa.

Técnicas de recolección de datos: la técnica que empleamos fue la observación *de datos y documentos*. Así, se han estudiado todos los datos obtenidos de las fuentes, observando si existen o no puntos de conexión entre los fallos jurisprudenciales y las doctrinas existentes.

Delimitación temporal: como hemos dicho anteriormente, los institutos del concurso poseen una larga trayectoria en materia penal. Razón que hemos limitado el campo de estudio, observando así, los anteproyectos más importantes. En la jurisprudencia, solo hemos estudiado los fallos más relevantes que versaron sobre la temática abordada.

Con respecto a la legislación pensamos que era necesario analizar no sólo los artículos más relevantes del Código Penal, sino también sus anteproyectos de reforma.

Justificación

La idea de una necesidad de la teoría del concurso de delitos pone en manifiesto la posibilidad de evitar las violaciones al principio *ne bis in idem* como se ha dicho anteriormente. Además, estas construcciones teóricas harán poner el acento en el principio de igualdad promulgado en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, para que casos semejantes sean resueltos de la misma forma, evitando así la disparidad de las decisiones adoptadas por una cámara del crimen con respecto a otra. Nos dice Nelson Pessoa (1996, p. 32) “es realmente preocupante la disparidad de criterios que se observa en el ámbito jurisprudencial frente a un mismo caso”. Tras lo dicho anteriormente, cabe preguntarnos: ¿será necesario la construcción de una teoría del concurso?

Para demostrar al lector la justificación y la relevancia de la temática abordada, consideramos pertinente traer a colación una motivación personal que ha impulsado al desarrollo de la temática elegida.

Como ayudante alumno en la cátedra de Derecho Penal, a cargo del Dr. José Luis Lago. Se designó la elaboración de los casos prácticos con recomendaciones de libros a leer; uno de ellos era el manual de “Casos prácticos de Freytes (2008, p 17)”. El primero que se eligió fue el más paradigmático, donde los hechos se suscitaron del siguiente modo:

Transcurrida la media noche, Sebastián ingresa clandestinamente a la vivienda que ocupaba su esposa Vilma- con quien se encontraba separado de hecho – y la hija común de ellos, Lorena. Al entrar a la habitación donde se encontraba durmiendo su ex pareja, advirtió que junto a ella se hallaba Ezequiel. Por tal motivo, se dirigió hacia él, le recriminó haber destruido su familia, y apuntándole en la cabeza con un revolver le dijo que lo tendría que matar. Sin mediar discusión, presionó el gatillo en dos oportunidades, sin que el arma se disparara. Aprovechando el descuido, Ezequiel huyó de la habitación, pasando por el dormitorio de la niña que estaba durmiendo.

Sebastián giró rápidamente, y sin mirar, disparó con su revolver en dirección al lugar donde supuestamente se encontraba Ezequiel, impactando la bala dio en el rostro de Lorena, produciendo su fallecimiento³.

Si nos imaginamos siendo jueces que debemos resolver este caso, se nos pueden plantear toda clase de preguntas y respuestas. ¿En el concurso de delitos se toman en cuenta o no las tentativas sobre el mismo bien jurídico protegido? ¿Por qué? podría encuadrar en: 1-¿Tentativa de homicidio en *concurso ideal* con homicidio culposo? o 2-¿Tentativa de homicidio en *concurso real* con homicidio culposo? 3- ¿Podría ser homicidio doloso (Art. 79 del C.P.) sin la agravante del descendiente (80 inc. 1 C.P.)? pues, el error excluiría el tipo.

Recordemos que si adoptamos la primera postura el delincuente tendría como pena la tentativa de homicidio; en la segunda, de tentativa de homicidio, sumando además el máximo de la escala penal prevista para el homicidio culposo, (art.84 C.P.); y si adoptamos la tercera postura, sería la de un homicidio simple. Pero una debe ser la más apropiada, y ésta es la razón que nos impulsa a investigar los distintos conocimientos teóricos y prácticos, para brindar una mejor aplicabilidad de la materia, en un futuro promisorio.

Pongamos otro ejemplo por sí al lector no lo convence. Imaginemos que una persona dolosamente se apodera de un sobre o un pliego que no le pertenece.

Se advertirá que tal comportamiento hace pensar inmediatamente en dos disposiciones del Cód. Penal: el art. 153 2ª parte (apoderamiento de correspondencia) y el art. 162 (hurto).

Si entendemos que este hecho configura un *concurso ideal* de delitos (art. 54 del Cód. Penal) se aplicará el delito que configura una pena mayor, en este caso es el hurto.

Por el contrario, podemos considerar que en este hecho se ha cometido el delito de apoderamiento de correspondencia (153 2ª parte) porque existe entre ambas figuras un *concurso de tipos penales* en el cual media, según la doctrina que sigamos, una relación de especialidad o de implicación. Por ende, se aplicará el tipo de pena menor.

Se podrá advertir las distintas soluciones que pueden versar sobre un mismo *hecho*. Y esto tiene una importancia no solamente teórica, sino también práctica en el Der. Penal.

Nos enseña Carranza Tagle (2011, Pág. 7) La importancia teórica radica en la posibilidad de encuadrar correctamente el fenómeno delictivo. Esto es, conocer si estamos ante la presencia de un hecho simple, ante un concurso ideal, concurso real, o concurso de tipos penales.

³ Cám. 1ª del Crim. Cba. "Gomez", 79-1998-B, p. 371. Citado por: Sánchez Freytes. (2008. p. 17.)

En cuanto a lo segundo, la importancia práctica, repercute en la escala penal en abstracto a imponer al presunto autor de un hecho delictivo (Carranza, 2011, p.7). Es decir, que si ha cometido un hecho simple, se aplicará la pena fijada en él; si constituye un concurso de tipos penales se tendrá en cuenta la figura que describe exhaustivamente al suceso a subsumir, que en la mayoría de los casos es el delito de pena menor; en cambio, si estimamos que es un concurso ideal se aplicará la escala penal prevista en el tipo que contiene una pena mayor por lo dispuesto en el art. 54 del Cód. Penal; y si consideramos que estamos ante la presencia de un concurso real o material, sumaremos aritméticamente los delitos de acuerdo a lo establecido en los art. 55 y 56 del Cód. Penal.

En fin, recordemos que solo una de las opciones es la correcta, por lo que el presente trabajo tiende a brindar las bases fundamentales del concurso de delitos, o sea, la distinción del concurso de tipos penales y el concurso ideal. Protegiendo de esta forma, como se ha dicho anteriormente, el principio de igualdad promulgado en nuestra Carta Magna.

“... Y aunque de esto poco entiendo, estoy diariamente viendo. Que aplican la del embudo...”

José Hernández.

*¿Qué, quieren una originalidad absoluta?
No existe. Ni en el arte ni en nada.
Todo se construye sobre lo anterior;
Y en nada humano es posible encontrar la pureza.
Ernesto Sabato.*

Capítulo II: El Concurso de Delitos

Concepto

Para tener una idea clara sobre el concurso de delitos, pensamos que antes de exponer las diferentes tesis de los grandes maestros, debemos aproximarnos a un concepto sobre dicho instituto y brindar seguidamente cuáles son los principios o bases rectoras que dan fundamento al concurso de delitos.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española la palabra “concurso” es la reunión simultánea, de sucesos, circunstancias o cosas diferentes. Por lo tanto, la expresión “concurso” en el derecho penal, alude a la reunión simultánea de tipos penales que convergen a un suceso humano fluyente.

Dicha simultaneidad es un requisito insoslayable en materia de concurso de delitos, pues bien, todos los delitos cometidos deben ser juzgados de manera simultánea en un mismo proceso penal, a través de una única sentencia. De lo contrario podríamos violar las Garantías Constitucionales como la igualdad ante la ley penal, el ne bis in ídem y quot delicta, tot poenae (tanta pena como delitos cometidos). Dichas Garantías forman las bases o principios rectores del instituto, las mismas serán tratadas más adelante.

El concurso de delitos, es el “género” y su “especie” es la unidad y pluralidad delictiva. La unidad delictiva se encamina hacia el concurso ideal, concurso de tipos penales, delito simple y al delito continuado, pues existe un múltiple encuadre (salvo, el delito simple) sin embargo, solo se aplica un tipo delictivo a pesar de la existencia de una pluralidad de actos. En cambio, la pluralidad delictiva se proyecta hacia el concurso real, pues existen *varios hechos* independientes los unos de los otros⁴.

En este trabajo de graduación efectuaremos un estudio sobre alguna de las clases de la unidad delictiva, sin perjuicio de las menciones que se harán sobre la pluralidad delictiva. De esta

⁴ Así, también es afirmado, entre otros, por: Nelson Pessoa (1996, p. 52), Caramuti (2010, p. 25), Ricardo Nuñez C. (1988, p. 245) y Viñas, (2007, p. 318, tomo II).

forma, el lector tendrá una mejor comprensión sobre la temática abordada. Recordemos que el objetivo principal, del trabajo final de graduación, es la diferencia existente entre el concurso ideal y concurso de tipos penales en el marco del ordenamiento Penal argentino.

El concepto del concurso de delitos empieza a jugar cuando el hecho de un sujeto se encuadra en más de un tipo penal (López, p 1). Pues, de lo contrario estaríamos ante un delito simple. Pongamos un ejemplo para que el lector tenga una mayor comprensión, si Juan mata a Pedro de un disparo estamos ante un delito simple art. 79 del Cód. Penal. Pero, si hoy mató a Pedro, y mañana robo a Juan, ya no estamos en presencia de un delito simple sino, de un concurso real que debe insoslayablemente ser juzgado de manera simultánea en un mismo proceso penal, a través de una sentencia que unifique ambas penas art. 58 del Cód. Penal.

Ubicación en el Código Penal

La problemática actual del concurso de delitos se enrola en el Título IX denominado “Concurso de delitos”, y postulado en los arts. 54; 55; 56; 57 y 58 del Código Penal.

El art. 54 del Cód. Penal se prevé al Concurso Ideal o formal de tipos penales, cuya hipótesis es aplicada, cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal.

En cambio, el art. 55 de Cód. Penal se refiere al concurso real o material de tipos penales que reprime cuando el autor comete “varios hechos independientes con una *misma* especie de pena”. Recordemos, que el mismo es ajeno a nuestra obra y que sólo lo mencionaremos para que el lector posea una mejor comprensión sobre la materia abordada.

El art. 56 se diferencia del art. 55 y se relaciona con el art. 57 de Cód. Penal. Se diferencia con el art. 55, puesto que, el art. 56 prevé las hipótesis de “hechos independientes reprimidos con penas de *distinta* especie”. Y se relaciona con el art. 57, ya que, el mismo establece que la gravedad de las penas de diferente naturaleza se determinará conforme al orden en que se hallan enumeradas en el art. 5 del Cód. Penal.

Por último, el art. 58 determina que las reglas anteriores, son aplicables aun cuando el reo esté cumpliendo una condena por otro hecho distinto. Compartimos la postura de Caramuti (2010, p. 30) donde, dichas reglas no son aplicables al concurso ideal, pues se trata de un hecho único que no puede haber un doble juzgamiento o persecución penal. De lo contrario, estaríamos violentando al principio *Ne bis in ídem* (esta garantía Constitucional será tratada en el punto siguiente).

Como ha podido notar el lector, no se ha mencionado palabra alguna sobre el concurso de tipos penales, dado que, nuestro Cód. Penal no lo trata de manera específica. El mismo, surge de las relaciones que se generan o suscitan entre los tipos penales. Es muy importante que se comprenda el verdadero significado del concurso de tipos penales, puesto que, “no se puede pensar todavía en términos del concurso ideal o real de delitos, si previamente no se analizaron las relaciones entre las diferentes figuras para saber si una de ellas no está contenida o superpuesta con otra, generando así el concurso de tipos penales” (Pessoa, 1996, pág. 36). Esto genera efectos prácticos muy importantes, pues antes de revisar si un determinado hecho es encuadrable en un concurso ideal o real, primeramente, debemos determinar si no existe alguna figura que contenga o abarque a la otra.

En fin, podría aseverarse que el concurso de tipos penales limita de manera considerable al concurso ideal y real de tipos penales⁵.

Bases Rectores del Concurso Ideal y de Tipos Penales

Antes de comenzar a hablar sobre los principios rectores en materia de concurso, es necesario determinar *un presupuesto* insoslayable en dicha materia, dado que, si no se produce dicho presupuesto nunca estaremos en presencia de un concurso de delitos. Nos enseña Carranza Tagle que “no tiene sentido alguno indagar acerca de la existencia o no de un concurso de delitos, si antes no hemos establecido la presencia de, al menos, uno de ellos” (2011, p. 16). Por lo tanto, la *teoría del concurso de delitos* presupone necesariamente de *un delito* a castigar, con todos sus elementos integrantes, esto es: acción, tipo, antijuricidad y culpabilidad.

Es la Ley fundamental la que nos marca el sistema axiológico, que además, delimita la aplicabilidad de la ley penal (Lascano, 2005 p.103). Por esta razón, debemos buscar qué principio del Der. Penal forman la base o los cimientos del concurso de delitos.

Pensamos que, el concurso de delitos es semejante al trípode, ya que reposa sobre tres principios fundamentales, a saber:

- a) Principio: *ne bis in ídem*.
- b) Principio: *quot delicta, tot poenae* (tanta pena como delitos cometidos).

⁵ Más adelante, el lector, podrá entender y comprender la razón del límite que nos impone el concurso de tipos penales.

c) Principio: *de Igualdad ante la ley penal*.

Así, como el trípode se usa para evitar el movimiento propio del objeto, los principios fundamentales, en el concurso de delitos, evitan las disparidades de sentencias sobre un mismo hecho delictivo. A esto se debe a que si quitamos o violamos uno de los principios fundamentales, el concurso de delitos, se caerá.

Como se habrá apreciado, estos principios se relacionan los unos con los otros. Por consiguiente, la violación de uno de ellos produce, necesariamente, la violación de los otros.

Utilicemos un ejemplo para que el lector pueda comprender: Juan es condenado dos veces por el mismo delito de homicidio. Vemos aquí, que no sólo se produce la violación al principio *ne bis in ídem*, sino que también, al principio *tanta pena como delitos cometidos*, pues, si ha cometido un delito merece el castigo por ese solo delito y no por otro. Asimismo, se produce la violación al *principio de igualdad* ante la ley, es decir, que todos somos iguales ante la ley penal, por ende, todos debemos ser juzgados de la misma manera por los mismos hechos cometidos. Entonces, si violamos el principio *tanta pena como delitos cometidos* y el *ne bis in ídem*, se producirá un quiebre en la igualdad ante la ley penal. Al no respetar dichos principios, nunca podrá existir, que casos semejantes sean resueltos de manera semejante.

Veamos de manera sintética los principios aludidos. El principio *ne bis in ídem*: Con jerarquía constitucional (art 14, inc. 7, P.I.DD.CC.PP y art. 8, ap. 4; C.A.DD.HH., en función del art. 75 inc. 22, de la Constitución Nacional), es traducido literalmente como: “no dos veces por lo mismo” Willmar, (citado por Carranza, 2011, p. 17) nos enseña que dicha expresión literal nos da a entender que una persona no puede ser perseguida, juzgada ni penada más de una vez, por el mismo hecho histórico cometido. Es decir, que dicho principio veda la posibilidad de punir dos veces un mismo hecho humano.

Coincidimos con Carranza al distinguir dos dimensiones del *ne bis in ídem*: la primera dimensión es la *procesal* donde nadie puede ser “perseguido” ni “juzgado” más de una vez por el mismo hecho histórico, y la segunda es la dimensión *material* por la cual, nadie puede ser “penado” más de una vez por el mismo hecho cometido (2011, p. 17).

Sólo a través de construcciones teóricas precisas es posible evitar violaciones a dicho principio. Pues, no es lo mismo tratar como concurso de tipos penales, a lo que simplemente es un concurso ideal. En el primer caso suele aplicarse la pena menor, mientras que en el segundo, necesariamente, se aplica la pena mayor por lo dispuesto en el art. 54 del Cód. Penal. Por

consiguiente, podemos decir que no debe tratarse como plural a lo que se considera como único.

Pongamos un ejemplo extraído de la jurisprudencia Argentina donde se considere violatorio dicho principio: Examinado el alegato del señor fiscal de juicio que fuera declarado nulo (fs. 230/vta.), considero que su conclusión resulta acertada en la medida en que del examen de las acreditaciones colectadas durante el debate se desprende que no es posible precisar con certeza apodíctica el momento en que el imputado receptó el arma en cuestión, que bien pudo acaecer con posterioridad al 24 de mayo de 2006, es decir, luego de que fuese sustraída al personal policial, o el mismo día en que fuese aprehendido al cometer el robo con armas –esto es, el 14 de junio-, en cuyo caso la tenencia sería meramente concomitante con la receptación, quedando ésta absorbida por la portación al tenerla sólo y para robar, máxime si se tiene en cuenta que no pudo probarse que la portación de arma continuara en el tiempo, aunque en modo breve, más allá de la comisión del delito de robo con armas (*mutatis mutandi* causa n° 5184, “Gutierrez, Mauricio Javier s/ Recurso de casación”, reg. 145/05 del 10/3/05); de forma tal que el dictado de pronunciamiento condenatorio en la presente violaría el principio de *non bis in ídem*.⁶

Con respecto al principio *quot delicta, tot poenae* (tanta pena como delitos cometidos). Según Carranza (2011, p. 20) este principio surge a partir del art. 55 del Cód. Penal (concurso real de delitos) en cuanto regula, con respecto a las penas privativas de la misma especie, el máximo de la pena única a imponer, que equivale a la suma aritmética de los máximos de las penas concurrentes.

Sin embargo, consideramos que dicho artículo debe leerse conjuntamente con el art. 58 del Cód. Penal, donde nos determina que las reglas precedentes (como la del art 55) se aplicarán también en el caso que después de una condena pronunciada por sentencia firme (es decir, que el reo ya ha sido juzgado por un delito anterior) se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas (el lector entienda, no hubo unificación de la pena), corresponderá al juez que haya dictado la pena mayor, a pedido de parte, *su única sentencia*. El artículo precedente determina la unificación de penas, a través de una única sentencia, cuando el sujeto cometiere varios hechos independientes.

Como se ha dicho, anteriormente, estos dos principios (*ne bis in ídem* y *quot delicta, tot*

⁶ CNCas. Penal, Sala III, “Miranda, Walter Leonardo y Salva, José Manuel s/Recursos de Casación, causa n° 9580, reg. n° 1671/08, Lexis, n° 22/12787 (2008) Jurisprudencia citada por Caramuti (2010, p. 174/175).

poenae) no difieren en forma sustancial, el uno del otro, ya que los mismos son dos caras de una misma moneda. Pues, el *ne bis in ídem* impide la posibilidad de tratar como plural a lo que se considera como único y el *quot delicta, tot poenae*, impide la posibilidad de tratar como único a lo que se considera como plural. Es decir, a cada delito le corresponde una pena (*quot delicta, tot poenae*) por lo tanto, no es lógico ni justo que una persona deba responder dos veces por el mismo hecho delictivo (*ne bis in ídem*).

Por último, la tercera pata del trípode se constituye, como lo habíamos dicho, por el principio de *igualdad ante la ley penal*. Este principio, al igual que *ne bis in ídem*, tiene jerarquía constitucional, ya que se encuentra plasmado en el art. 16 de nuestra Carta Magna.

El principio de igualdad ante la ley penal impone, al concurso de delitos, que los casos semejantes sean juzgados y penados de manera similar o semejante. Por supuesto, dicho principio es uno de los más difícil de cumplir debido a la vaguedad de la línea divisoria existente entre los dos principios antes mencionados (*quot delicta, tot poenae* y el *ne bis in ídem*). Razón por la cual, hace sobreabundar las disparidades de las sentencias producidas mediante la aplicación irracional del Derecho por parte de los jueces. Sin duda alguna, este principio debe ser proclamado y aplicado por los jueces a través de pautas racionales en la aplicación del Derecho.

*“Sería un mal signo si en medio siglo
No hubieran variado mis opiniones”
Ricardo C. Nuñez.*

Capítulo III: El Concurso Ideal

Introducción

Estudiaremos en este capítulo al concurso ideal, sus elementos integrantes y a las diferentes opiniones que versan sobre dicha temática.

El concurso de delitos tiene su génesis en el Derecho Romano, donde surgieron las primeras indagaciones respecto al delito continuado imaginando como una solución benévola a la imposición de la pena capital para el tercer hurto o robo (Carrara, citado por: Viñas, 2007, p. 318, tomo II). No obstante, a pesar de su génesis en el Der. Romano, hoy en día se sigue debatiendo cuándo nos encontramos ante un hecho delictivo o ante varios hechos delictivos.

Concepto

El Concurso Ideal, se encuentra legislado en nuestro Cód. Penal en el libro primero, capítulo IX, art. 54. Y existirá Concurso Ideal: *“Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal”*⁷.

Numerosos autores de todos los tiempos han escrito sobre el concurso ideal, pero esto nos genera tres inconvenientes sumamente importantes: a) Ninguna de las teorías propuestas han podido despejar toda clase de dudas, y que además, están en desacuerdo. b) Esto repercute de una manera negativa a nivel jurisprudencial, porque ante un mismo fenómeno delictivo, suele aplicarse penas diferentes (Carranza, 2011, p. 9). c) Así, en razón de los dos inconvenientes anteriores, se produce la violación a los principios antes aludidos (ne bis in ídem, quot delicta, tot poenae, e igualdad ante la ley penal). Por ende, la suerte del reo corre sólo a partir del criterio interpretativo del juzgado que entiende la causa.

La problemática del concurso ideal, es determinar que se entiende por “un hecho” y cuándo, “varios hechos” delictivos. En una palabra, el objetivo primordial de la teoría del concurso de delitos, es enseñarnos a individualizar los delitos de manera tal que podamos contarlos. Esto es lo

⁷ Art. 54 del C.P. Primera parte.

que realmente repercute de manera negativa a nivel jurisprudencial; ya que algunos tribunales, en ciertas escenas del crimen, determinan que existe un delito (concurso ideal), mientras que en otros, dos o más delitos (concurso real). Pongamos dos ejemplos extraído del libro de Nino (citado por: Pessoa, 1996, p. 32), para que el lector pueda comprender:

1. El caso de quien adulteró un billete de lotería con el fin de cobrarlo, fue resuelto como *concurso ideal* por la CNCrim. y Corr., LL, 11-194, (1938); en cambio, fue tratado como *concurso real* por la Cám. Nac. Paraná, LL, 67-142 (1942).
2. La relación entre abuso deshonesto y propagación de enfermedad venérea, fue resuelta como *concurso ideal* (art. 54 del C.P.) por el ST Entre Ríos, JER, 942-507 (1942); en cambio, el mismo caso fue visto como *concurso real* de delitos (art. 55 del C.P.) por el T.S.J Córdoba, LL, 30-597 (1945).

Como podrá observar el lector, esto atenta gravemente a la seguridad jurídica, violentando los principios o bases fundamentales del concurso de delito (Igualdad ante la ley penal, *ne bis in ídem*, y tanta pena como delitos cometidos). Piense usted, si fuera imputado por estos delitos, su suerte dependería del juzgado que entienda dicha causa.

“es la ley como la lluvia, nunca puede ser pareja...”

José Hernández

Teorías de la unidad y de la pluralidad delictiva

En esta sección expondremos los distintos criterios sobre la existencia de la unidad o pluralidad delictiva propuesta por los diversos autores. Nuestro objetivo no es ahondar sobre los problemas específicos del concurso de delitos, sino lograr una aproximación general, para comprender y entender los pilares fundamentales del concurso de delitos.

Como hemos dicho anteriormente, numerosos autores de todos los tiempos han escrito sobre esta problemática. Difícil es, para nosotros, abarcar todas las posiciones doctrinarias, ya que esto, implicaría – por sí solo- una tesis doctoral.

Tesis de Sebastián Soler⁸: La Separabilidad de las Lesiones Jurídicas Y La Regla Llamada Exceso de Dolo⁹

Sebastián Soler (1988, p. 339), considera que el delito es siempre un episodio de conducta humana y la existencia de uno o más delitos, depende: por una parte, del poder de absorción de las figuras penales, ya que los tipos se *excluyen entre sí*, (alternatividad, Consunción, especialidad, subsidiariedad) esto es, el concurso de tipos penales, por otra parte, la conducta humana puede recaer en varias figuras penales que *no se excluyan entre sí*, esto es indispensable para que exista pluralidad de delitos, pero no todo múltiple encuadre constituye pluralidad de delitos. Así en el concurso ideal, puede existir múltiples encuadre, no obstante, existe una sola infracción. Para decirlo en otro sentido, para que exista concurso real, debe necesariamente existir una pluralidad de hechos independientes entre sí (Soler, 1988, p. 340).

Luego de realizar un análisis de las fuentes legislativas, (Comisión de 1891) el autor entiende, que el Código Penal Argentino, proviene de la corriente legislativa del Cód. Italiano, ya que en materia del concurso ha seguido evidentemente al modelo italiano (Soler 1988, p. 346).

Por su parte, el autor, considera que el cambio de la expresión de “acción” por “hecho” por nuestro Cód. Penal *evita*: por un lado, que varias intenciones ejecutables mediante una sola acción,

⁸ Sebastián, Soler “*Derecho Penal Argentino. Parte General*”, Ed. Tea, Buenos Aires, 1988, tomo II.

⁹Soler extrae dicha tesis de dos autores: Alimena, y Pacheco.

pesen como un delito, por ejemplo: matar dolosamente a varias personas mediante una sola acción. Y por el otro, que varias pluralidades de encuadramiento baste para multiplicar los delitos, por ejemplo una sola imprudencia derive la muerte de dos personas (Soler 1988, p. 347 y 348).

Nos enseña el autor, que para que exista pluralidad delictiva no basta una pluralidad de determinaciones traducida como una mera pluralidad de encuadramientos, sino que además, se requiere una efectiva pluralidad de lesiones jurídicas (Soler 1988, p. 347).

Por otra parte, Soler nos enseña que la doctrina de unidad de hecho tropieza cuando el delito no está constituido por delitos materiales, (como el ejemplo que hemos dado) sino por delitos formales o abstractos. Razón por la cual, extrae de Pacheco la idea de “separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas y de Alimena la ingeniosa regla llamada “exceso de dolo” formando así, la tesis de “separabilidad de las lesiones jurídicas y la regla llamada exceso de dolo” (Soler 1988, p. 348).

A continuación, dice Soler (respecto a la separabilidad de las lesiones jurídicas): “que dos lesiones jurídicas constituyen un solo delito, cuando la protección que el derecho acuerda a un bien jurídico se encuentra en determinada relación con otro bien jurídico, según el cual, cuando ocurra que los dos sean simultáneamente violados, el uno asuma una función tan preponderante que haga desaparecer la consideración del otro bien jurídico, porque éste no guarde, con respecto a aquel, una perfecta autonomía. Entonces se dice que: hay tantos hechos como lesiones jurídicas, salvo que los bienes jurídicos respectivamente lesionados muestren que no existen razones para mantener la protección autónoma de los dos” (Soler, 1988, p. 349). Señalado el ejemplo de concurrencia de falsedad y estafa, según sea la falsedad de un instrumento público o privado (Soler, 1988 p. 350).

Con respecto a la regla llamada “exceso de dolo”, lesiones jurídicas son inseparables cuando: “basta querer una lesión para causar necesariamente también las otras”. Es decir que existe un solo delito, aun cuando queriendo una sola lesión, se produzca necesariamente las demás. En tales casos “*no decimos al reo: responde de un delito porque has querido una sola cosa, sino que le decimos: responde de un solo delito, porque si hubieras querido dos cosas no habrías producido un efecto mayor, y si hubieras querido una sola, no habrías producido un efecto menor*” (Alimena, citado por: Soler, 1988, p. 350). Ejemplifica con el caso de la violación que importa, además, incesto. Si en dicha situación el sujeto solo quiere producir la violación, necesariamente produce el incesto, y si el sujeto quiere producir el incesto, necesariamente importa la violación. Por lo que

“dos intenciones no aumentan el mal y una sola no lo disminuye” (Soler, 1988, p. 351).

Luego Soler critica su propia construcción determinando que la teoría del concurso ideal por unidad de hecho conduce necesariamente a un círculo vicioso, pues no se aceptará cualquier unidad de resolución; sino que se requerirá unidad de efecto real o unidad de lesión jurídica para los casos de lesión a bienes abstractos (Soler, 1988, p. 351 y 352).

Para saber cuándo hay unidad de efecto o de lesión se debe transitar por dos caminos aunque parezca contradictorio: a) examinar la relación jurídica de los tipos que nos conduce al concurso de tipos. b) basar la unidad de lesiones en unidad de resoluciones, lo que conduce a un círculo vicioso (Soler, 1988, p. 352).

Críticas realizadas por la doctrina

Caramuti (2010, p. 92) cuestiona que, el aparente círculo vicioso se produce a partir de la confusión entre la unidad de hecho y unidad de resolución o unidad de lesión jurídica, ya que la realidad es la unidad de acción entendida como un carácter genérico del concepto de delito.

Por nuestra parte, pensamos que dicha teoría no es seguida por nuestro código, puesto que, el autor siempre puede elegir otra cosa que produzca un efecto menor. Por ejemplo: si Fernando da a muerte a una mujer embarazada, según dicha teoría estaríamos ante un hecho ideal debido a la regla del exceso del dolo puesto que, “basta querer una lesión (homicidio) para causar necesariamente las otras (aborto)”. Pero, el agente podría haber elegido a otra víctima (que no se encuentre embarazada) evitando un mal mayor.

Eugenio R. Zaffaroni¹⁰: Teoría de unidad de conducta

Zaffaroni, elabora la teoría del concurso de delitos a partir de la “conducta humana”, es decir, que cuando el art. 54 del Cód. Penal hace alusión a “un hecho” deberá leerse seguidamente como una conducta.

Dicha conducta puede estar compuesta por un solo movimientos o por varios movimientos que se encuentren unidos por un plan común (factor final) y por una unidad de sentido de prohibición (factor normativo). Estos dos últimos factores son indispensables para que varios

¹⁰ Zaffaroni, E. R., Alagia, Alejandro, Slokar, A. “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 665 a 676.

movimientos sean unidos a través de una conducta (Zaffaroni, Alagia, Soloker, 2005, p. 665).

Para el citado autor, es indiferente que la conducta caiga en uno o en más tipos penales, puesto que, el art. 54 del Cód. Penal, prevé que una conducta presente una tipicidad plural, esto es, la concurrencia de varios tipos penales. Además, aclara que el número de conductas no dependen del número de resultados, debido a que, en el concurso ideal (art.54 del Cód. Penal) existen multiplicidad de resultados (Zaffaroni, Alagia, Soloker, 2005, p. 665, 666).

A juicio del autor, un sólo movimiento equivale necesariamente a una conducta, pero para que varios movimientos exteriores voluntarios sean considerados como una conducta única, requiere que exista un *plan común*, esto es, unidad de resolución o factor final. Pero, por sí solo este plan común no es suficiente, para que dichos movimientos sean considerados como una única conducta se requiere además, del *factor normativo*. Es decir, que dicho plan común sea abarcado en sentido unitario por los tipos penales (Zaffaroni, Alagia, Soloker, 2005, p. 666).

Es evidente, dice Zaffaroni (et al, 2005 p. 668) que cuando se produce un único movimiento fisiológico se produce necesariamente una única conducta, así el que arroja una bomba y mata a varios, como el que también descarga un puñetazo aunque hiera a varios, existe una única conducta.

En cambio, cuando existe pluralidad de movimientos debemos acudir necesariamente al factor *final* que es el que nos determina si estamos ante una sola conducta o ante varias. Ejemplifica con el caso de quien, queriendo dar muerte a otro, viendo que no logra ahorcarlo, decide apuñalarlo. Pero falta el factor final o plan común si un sujeto da un abortivo a su mujer, sin que surta efecto y luego, a los dos meses decide llevarla a un médico para hacerla abortar (Zaffaroni,1980, citado por: Carranza, 2011, p. 137 y 138).

Aclara que ante una pluralidad de movimientos, el *factor final* recién aludido resulta insuficiente como único criterio para indagar sobre la “unidad de conducta”. Habrá que acudir al *factor normativo* que es aquél que cumple la función de *relevar* los movimientos voluntarios que sólo están vinculados con el factor final, como una unidad de sentido a los efectos del desvalor jurídico (Zaffaroni, 1980, citado por: Carranza, 2011, p. 138).

Luego de una clara exposición de su teoría, el autor determina cuándo los movimientos voluntarios unidos por el plan común tienen un sentido unitario por el factor normativo (Zaffaroni, Alagia, Soloker, 2005, p. 669 a 673).

1. *Tipos que admiten una pluralidad eventual de movimientos*: son tipos que a pesar de

configurarse como un único acto (homicidio), en general requiere una pluralidad de ellos. Como por ejemplo la estafa.

2. *Tipos con pluralidad necesaria de movimientos*: son los tipos con pluralidades de actos, por ejemplo la violación donde se requiere el uso de violencia y acceso carnal.
3. *La realización de un segundo tipo que aparece como elemento subjetivo del primero*: Es un tipo que se compone de dos actos y el primero no pasa de ser una etapa previa del segundo, ambos actos se encuentran unidos por una conducta subjetiva. Pone por ejemplo, el que mata para robar y luego consuma el robo. El autor considera que existe una unidad de conducta, a pesar de que exista tipicidad plural.
4. *La realización del segundo tipo se cumple con una forma de agotamiento del primero*: La realización del primer tipo se presume la posibilidad de realizar el segundo, debido a que este último tipo agota al primero. Pone como ejemplo la adulteración de documentos y la estafa posterior; la falsificación de moneda y su posterior circulación, tenencia de arma prohibida y su posterior comisión de un delito con ella, etc. (Zaffaroni, 1980, citado por: Carranza, 2011, p. 140). Al igual que el anterior existe: unidad de conducta con tipicidad plural.
5. *El delito permanente*: los actos que prolongan el estado consumativo deben ser considerados como una unidad de conductas.
6. *Tipos en los que se requiera para su cumplimiento un valor simbólico*: Son actos que requieren una unidad simbólica, por ejemplo injurias realizadas en un discurso.
7. Además el autor considera como concurso ideal a los delitos de omisión, culposos y de realización progresiva.

Críticas realizadas por la doctrina

Carlos Caramuti (2010, pág. 102) a pesar de que sigue los lineamientos generales de la postura de Zaffaroni, le reprocha el excesivo valor que otorga al factor normativo.

Nosotros pensamos al igual que Nuñez (1988, p. 247) que definir a la palabra “unidad de hecho” como “unidad de conducta” sería apartarse del texto expreso del art. 54 del Cód. Penal. Puesto que, el art. 54 no dice tal cosa.

Además, si el legislador hubiera querido tipificar a los movimientos corporales hubiera

utilizado la expresión *acción* como es utilizada en el Cód. Penal Alemán. Entonces preguntémosnos ¿por qué el legislador ha utilizado la palabra hecho, en vez de acción?

Pensamos que el legislador argentino ha querido apartarse de las polémicas que se suscitaban en Alemania, respecto a la naturaleza del concurso ideal (Palma del Pozo, 2007 p. 26). De esta forma ha querido que los doctrinarios y jueces argentinos delimitarán la expresión un hecho utilizada en el art.54 del Cód. Penal.

Pongamos un ejemplo y demostremos el error de dicho pensamiento. José, tiene la intención de matar a dos personas y lo concreta dando muerte a las dos personas de un solo disparo con su escopeta (una sola conducta, varios resultados). Pensemos, cuál sería la diferencia si José, con un disparo de su escopeta produce la muerte de uno solo de ellos, debido a que, los perdigones del cartucho no se abren lo necesario, por lo cual, no llega a matar a la otra. Razón por la que decide disparar de nuevo produciendo, así, la muerte de la otra persona (dos conductas, dos resultados).

Vemos, que José tiene un plan común (factor final), que es dar muerte a dos personas con su escopeta. En el primer ejemplo su plan no falla, debido a que, los perdigones alcanzan a las dos personas (único movimiento fisiológico), pero en el segundo ejemplo su plan falla, puesto que, sus perdigones no alcanzan a las dos personas, viéndose obligado a disparar de nuevo. ¿Por qué en el primer caso debemos juzgarlo cómo concurso ideal y en el segundo cómo concurso real? Pensamos que no hay diferencia entre los dos casos, razón que se demostrará en el desarrollo de este trabajo.

Tesis de Ricardo C. Nuñez¹¹: Distinción entre el Delito y su Modo Contingente de Ejecución¹²

El jurista cordobés, afirma que el único camino viable para comprender y entender el verdadero significado del término *un hecho* postulado en el art.54 del Cód. Penal, no es otro, sino aquél que le otorga nuestra ley (Nuñez, 1988, p, 247). Es decir, que los términos expresados en nuestra ley, deberán ser buscados a partir de los significados mismos que la ley nos otorga.

Por lo expuesto, Nuñez (1988, p, 248) entiende que el termino un hecho es utilizado

¹¹ En este trabajo solo haremos mención respecto a la última postura de Ricardo C. Nuñez desde 1976. Más específicamente Nuñez, “*Las Disposiciones Generales. Del Cód. Penal*”, ed. Lerner, Córdoba, 1988.

¹² Término utilizado por Carranza T. “*introducción al concurso de delitos*”, ed. BdeF, 2011, p, 73.

frecuentemente por el Cód. Penal en el sentido de *delito*, que es un hecho previsto y penado como tal en las disposiciones especiales del Código. Por consiguiente, no existen razones ni mucho menos un apoyo legal sólido, para apartarse del significado de dicho término.

Seguidamente dicho autor, nos brinda unos ejemplos para comprender ampliamente su teoría. Así, la expresión “en el momento del hecho” del art. 34, inc. 1º del Cód. Penal no es otra que al momento del *delito*. En el mismo sentido al referirse el art. 45 del C.P. a “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”; “los que cooperaren de cualquier otro modo en la ejecución del hecho” art. 45 del C.P. etc. Todas estas expresiones, no caben duda, dice el autor cordobés (Nuñez, 1988, p, 248) de que se hacen referencia al *delito*.

No obstante lo anterior, explica que el concurso ideal que es un hecho, correspondiente a un delito, debe necesariamente caer en más de una sanción penal, esto sucede, en palabras de Nuñez, “sí el modo de ejecutar un delito, extraño a su propio modo de ejecución, le asigna un efecto penal que no le es propio o multiplica el que le es propio” (1988, p, 248). Es decir, que se produce un doble efecto penal de un solo delito.

Menciona como ejemplos: el falso médico que suministra remedios a una persona dañando su salud, el medico que divulga el secreto profesional injurioso; el falso testimonio injurioso; la violación en la vía pública; la estafa mediante moneda falsa; el hurto de un vehículo dejado en la vía pública con objetos en su interior pertenecientes a terceros (Nuñez, 1987, citado por Carranza, 2011, p. 75).

Críticas realizadas por las doctrinas

El maestro cordobés Carranza (2011, p. 76) le objeta a Nuñez, sí define “un hecho” como una de las figuras previstas en la parte especial del Cód. Penal, no logra distinguir, en los casos de un suceso, frente al cual concurre más de una figura, cuál es el delito y cuáles son sus circunstancias. Así, nos dice el autor, en el caso de la violación en la vía pública existen dos delitos, puesto que, para nuestra ley penal es “delito” tanto el acceso carnal (art. 119 3ºp.) como las exhibiciones obscenas (art. 129).

Otra de las grandes críticas que se le hacen, y de la cual participamos, es que según las enseñanzas de Nuñez, hay que acudir no solo a la acción sino también al resultado. Pero, lo curioso, es que a la hora de brindar los ejemplos respecto al concurso ideal son solos hipótesis de unidad de acción, en igual sentido (Carranza, 2011, p. 77; Vidal, 1994, p. 446).

Carlos S. Caramuti¹³: Teoría de la Unidad de conducta. Superposición total o parcial De acciones concretas en su encuadre múltiple.

Caramuti participa de la teoría de la “unidad de acción”, a la cual, prefiere denominar la “unidad de conducta” evitando confundir a la acción como un mero elemento externo u objetivo (Caramuti, 2010, p, 120).

El profesor tucumano, sostiene que existirá un delito cuando la conducta o acción reúna todos los elementos restantes de la teoría del delito, es decir, que sea típica, antijurídica y culpable. A su vez, entiende que existirá tantos delitos como acciones: típicas, antijurídicas y culpables existan (Caramuti, 2010 p, 121).

Caramuti (2010, p 121 y 122) entiende que la “conducta” es un hecho humano voluntario compuesto por dos aspectos, uno externo u objetivo (corporal) y el otro subjetivo o interno (volitivo). El *aspecto externo* se compone por movimientos corporales, que son los que manifiestan la voluntad del hombre, sin importar el resultado que acompaña a la acción, aunque sirva para identificarla, no la integra. El *aspecto interno* es la voluntad final de realizar el hecho externo con independencia de los fines ulteriores que se persiga el sujeto. Nos brinda como ejemplo: el hecho de matar a otro, la voluntad final que interesa respecto a dicha conducta, es la de matar, con independencia si el autor ha querido cobrar un seguro, satisfacer un deseo de venganza, etc.; sin perjuicio de que ello pueda determinar un encuadre distinto.

Aclara que el hombre siempre actúa persiguiendo determinados fines y la apreciación de esos fines individualiza la conducta; puesto que, el factor final unifica los movimientos corporales y sin él, las conductas aparecen aisladas y carente de sentido. Rara vez el hombre actúa por medio de un único movimiento corporal; pero si actúa por un único movimiento, este determinara la unidad de conducta, aun cuando él persiga diversos fines. Es decir, que una multiplicidad de fines perseguidos no multiplica el número de conductas si cada fin no tiene un correlativo aspecto externo independiente. El jurista tucumano nos brinda un claro ejemplo: cuando alguien se propone matar a otro puede hacerlo mediante un único movimiento, empujándolo al precipicio, pero lo más común es que deba perseguirlo hasta el lugar, impedir su escape y luego arrojarlo. El fin de matar unifica todas esas conductas. (Caramuti, 2010, p. 122).

¹³ Carlos S. Caramuti “*concurso de delitos*” ed. Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2010.

Aclara, Caramuti (2010, p. 123, 140 y sgts.) que el factor final también es aplicable a los delitos culposos, puesto que, la voluntad final se dirige a realizar la conducta o comportamiento violatorio del deber de cuidado, lesivo o peligroso para el bien jurídico protegido. Poniendo como ejemplo: la voluntad final de conducir a alta velocidad.

Entiende que no todas las conductas son relevantes, sino únicamente las típicas ya que sólo estas son delitos (factor normativo). El aspecto normativo, determina si el Derecho prohíbe todos los movimientos voluntarios como una unidad o pluralidad desvalorada por el Der. Penal. Aclara que es importante dicho factor, puesto que, nos permite conocer si la conducta concreta encuadra en una o en más prohibiciones penales (Caramuti, 2010, p. 123,124 y 126).

Entiende que el factor normativo no crea la conducta, sino que sólo la individualiza a través del lenguaje. Para saber si dicha conducta se adecua a las descripciones de los tipos penales es importante conocer el aspecto objetivo (movimientos corporales), el subjetivo (factor final) y, a veces, el resultado (Caramuti, 2010, p. 124).

El jurista sostiene, que para que exista “un delito” es necesario que dichos factores, aunque sea uno de ellos, *sea único*. Para que exista más de un delito *todos* los factores (objetivo, subjetivo y normativo) deberán ser *plurales*. Así por ejemplo: un caso de unidad delictiva. Si Juan dispara o golpea con un hacha (elemento objetivo) a Pedro y lo mata (art. 79 C.P. elemento normativo) voluntariamente (elemento subjetivo), tenemos un comportamiento externo de disparar el arma o asestar un hachazo causando la muerte, la voluntad final de matar y el tipo del art 79 del C.P., que reprime al que matare a otro y en el cual encuadra la conducta (Caramuti, 2010, p. 125, 126 y 127).

Continúa diciendo y afirmando, que para que exista pluralidad delictiva es necesario que todos los factores sean plurales, si uno de ellos es único dejaría de existir la pluralidad delictiva, convirtiéndose en unidad delictiva. Es decir, que no bastará la pluralidad de movimientos, ni la de fines, ni la de adecuaciones típicas, para que haya pluralidad de delitos, sino una pluralidad de conductas con cada uno de sus aspectos externos e internos y con una pluralidad de encuadre típico. Así, si efectuamos dos disparos para matar a *una* persona, la pluralidad de disparos (pluralidad del factor objetivo) no multiplica por si solo el delito. Si arrojamos una bomba para matar a dos personas, la pluralidad de fines (pluralidad del factor subjetivo) no multiplica el delito. Si con la misma bomba, matamos a uno, lesionamos a otro y dañamos un automóvil, la pluralidad de encuadres típicos (pluralidad de factor normativo) no multiplica el número de delitos (Caramuti, 2010, p. 126).

Entiende que para haya más de un delito “[...] la unidad debe estar completa, tiene que haber al menos, dos unidades completas. Una unidad y media no son dos unidades” (Caramuti, 2010, p. 124 y 125).

Sostiene (Caramuti, 2010, p. 129) que existirá *concurso ideal* cuando una única conducta, con todos sus elementos integrantes, encuadra en una pluralidad de tipos penales. Por ejemplo: cuando alguien arroja una bomba y mata a varias personas (único movimiento) o cuando una persona fuerza a otra a tener relaciones sexuales en la vía pública (la pluralidad de movimientos corporales, constituidos como una única conducta, encuadra en más de un tipo penal).

Por último Caramuti (2010, p. 130 y 131) entiende que existe una serie de problemáticas en lo que respecta a:

a) En los delitos de instancia privada, cuando su conducta única lesiona a varias personas. Por ejemplo A injuria a B y a C diciendo ustedes son unos maricones (es un hecho único que lesiona dos veces el mismo tipo penal del art. 110 del Cód. Penal). El problema que aquí presenta es sólo una dificultad procesal donde si B le inicia la querrela y luego concluida, C le inicia otra querrela. El profesor tucumano entiende que no se debería realizar, debido a que, se produciría la violación al principio non bis in ídem, por lo que dicha cuestión debería estar solucionada en los Cód. Procesales.

b) La segunda problemática se radica, cuando una conducta es ejecutada a través de varios movimientos corporales y sólo una parte de la conducta total encuadra en más de un tipo penal. El jurista considera que existe concurso ideal, puesto que, si la conducta ya ha sido desvalorada y prohibida como conducta por uno de los tipos no podrá ser nuevamente desvalorada por el otro, de lo contrario se violaría al principio non bis in ídem. Por ejemplo la violación que comienza a ejecutarse en un lugar privado y, por resistencia de la víctima, concluye en un lugar público.

Críticas realizadas por la doctrina

Carranza (2011, p. 149) le objeta al profesor tucumano el haberle otorgado una excesiva relevancia a la unidad de conducta, al punto tal, de que ella impide la pluralidad delictiva, además, sostiene que el jurista tucumano, debería haber elaborado criterios para individualizarla pretípicamente. Por otro lado, sostiene Carranza (2011, p. 149) que a la hora de definir el factor

final, lo hace de acuerdo a las conductas que ejecutan el verbo típico en juego, lo cual le otorga relevancia al *factor normativo* y esto trae problemas cuando son varias las figuras concurrentes.

Otras de las críticas formuladas por la doctrina es la unidad de movimientos corporales, ya que fuera del ámbito típico, no existen criterios para saber cuándo estamos en presencia de un único movimiento corporal y cuando ante varios de ellos (Arce, Aggeo, 2007, citado por: Carranza, 2011, p. 147).

Por nuestra parte, elogiamos la tesis elaborada por Caramuti, puesto que, ha superado las barreras de la teoría de la acción, llevada mucho más allá de lo que los iniciados hubieran podido imaginar. No obstante, pensamos que dicha teoría peca en igual sentido que la teoría de la acción propuesta por Zaffaroni.

Para que el lector comprenda brindemos un ejemplo: Lucas y Francisco quieren robar la bóveda del banco. Una vez adentro, deciden atar a todos los empleados (privación ilegítima de la libertad, art. 141 del C.P.), aprovechando la ocasión, roban además, sus pertenencias (un total de 2 empleados). Seguidamente el gerente a pedido de los agentes les abre la bóveda. Concluido el hecho, se retiran dejando a todos atados.

Ahora preguntémosnos ¿cuántos delitos se han cometido? Vemos, que cada movimiento corporal, que constituye el elemento objetivo, los cuales son las privaciones ilegítimas, el robo de joyas, relojes, de la bóveda, etc. A su vez, cada uno de los movimientos corporales es querido por los autores (elemento subjetivo). Por último, el elemento normativo se desdobra en varias partes. Por un lado el art. 141 del C.P. es ejecutado dos veces y por el otro el art. 164 del C.P. es ejecutado 3 veces.

A juzgar por todo lo anterior, y siguiendo la teoría propuesta por Caramuti, nos parece que existirá un exceso en la punición. Pero esto se debe, a que la teoría de la acción o de la conducta, sólo es aplicable cuando el hecho es realizado por *un único* movimiento corporal, Por ejemplo, un disparo, un hachazo, una bomba, etc.

Carranza Tagle, Horacio A.¹⁴: Teoría del Suceso Humano Fluyente

Luego de un prolijo análisis de las posturas asumidas sobre el tema que nos ocupa, Carranza desarrolla su pensamiento. Entiende que debe partirse de la dogmática penal, para solucionar el problema del significado de la palabra *hecho* estipulada en los arts. 54 a 56 del Cód. Penal (Carranza, 2011, p. 9 y 181).

A su juicio, no existe en el derecho positivo vigente, un significado fiel del término *hecho*. Afirma sin vacilación alguna que el termino hecho no tiene un significado único dentro del código Penal (Carranza, 2011, p. 182).

Por otra parte considera que no han logrado echar luz sobre el asunto, los juristas que han tratado de buscar un significado a la palabra hecho por oposición al termino acción, propio de otras legislaciones penales (Carranza, 2011, p. 182).

El jurista cordobés (Carranza, 2011, p. 183) participa de la propuesta realizada por Nino y Schiffrin, en cuanto afirmar que el uso cotidiano del lenguaje *hecho*, equivale a *acción*, es decir, un comportamiento humano voluntario. Sólo algunas clases de acciones tienen un resultado definitorio, por ejemplo la acción de romper o matar, sirviendo como criterio de conteo únicamente dichas acciones.

Postula (Carranza, 2011, p. 183) la existencia de ciertos inconvenientes respecto a los criterios utilizados para contar los delitos como:

1. Apelar a los factores internos o externos para el conteo de hechos delictivos: En este sentido, en el ámbito de lo fáctico, la utilización de cualquier criterio de conteo resultaría arbitrario. Puesto que, surge el interrogante de lo que habría de contar, si los movimientos corporales, los actos, o los resultados materiales (Carranza, 2011, p. 183).
2. Apelar a los criterios normativos extra-penales: estas posturas por ejemplo, unidad natural de acción, o la de la natural concepción de la vida, utilizan para el conteo de delitos elementos *culturales* que se apartan del criterio *jurídico-penal*, por consiguiente, no pueden computarse acciones aisladas en materia Penal, puesto que, desde allí no se ve unidad ni pluralidad, sino únicamente una “conducta humana que fluye” (Carranza, 2011, págs. 32, 124, 185 y 186).
3. En la utilización exclusiva de la teoría de la acción: entiende que la teoría de la acción

¹⁴ Carranza T., H.A. “Introducción al concurso de delitos”, ed. BdeF, Buenos Aires, 2011, págs. 181 a 300.

solo es útil para determinar las cualidades necesarias que debe poseer un suceso humano, para que pueda importarle al Derecho Penal. Pero lo teoría de la acción peca, en no brindarnos “criterios cuantitativos” para contar los delitos (Carranza 2011, p. 187).

4. Apelar a los criterios de los Bienes Jurídicos lesionados: Carranza (2011, págs. 111 y 188) siguiendo a Nino (1982), entiende que apelar a dichos criterios generan una serie de inconvenientes, como: a) no siempre resulta fácil determinar cuál es el bien jurídico afectado en cada delito, por ejemplo algunos autores piensan que la omisión de deberes de asistencia familiar tutela a la *familia*; otros en cambio, afirman que se protege a la *vocación alimentaria*. b) Aún cuando se establezca el bien jurídico afectado por el o los delitos en cuestión, no es fácil discernir en qué nivel de abstracción debe efectuarse el cómputo de los bienes jurídicos vulnerados, por ejemplo, si se determina que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, el bien tutelado es la familia, no se sabe si se debe computar un solo delito, cuando se vulnere sólo la *familia*, como institución social, y no otros bienes como la propiedad o la vida, etc. c) Aun cuando se establezca que determinada figura protege un bien jurídico, ello no excluye la posibilidad de proteger a otros bienes jurídicos adicionales, entre los cuales puede existir algunos que se multipliquen por la pluralidad de destinatarios. Por ejemplo, tomando el caso anterior podría proponerse que se protege la vida o la integridad física de los otros miembros del grupo familiar, multiplicando así, los delitos tanta veces como víctimas resulten afectadas. d) Aunque existiera un único bien jurídico lesionado, esto por si solo, no excluye al concurso real de delitos, puesto que, podría multiplicarse el delito tantas veces fuera afectado, por ejemplo, si fueran varias las personas afectadas.

Luego de precisar los inconvenientes que se generan si se apela a dichos criterios de conteo de delitos, Carranza (2011, p. 83, 186 a 205) elabora su tesis a partir de tres parámetros esenciales, a saber:

1. **El factor típico:** considera que, el único criterio de conteo de los delitos, al cual se le debe prestar atención, es al criterio *jurídico-penal*, ya que es el único capaz de encuadrar al suceso humano en el o los tipos concurrentes. El jurista cordobés, adopta una estructura tripartita del delito, en la cual, considera que la acción que importa al Derecho Penal, tiene tres elementos esenciales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Apelando así, al criterio de conteo de los delitos al “tipo positivo”, o a la “parte positiva del tipo total”.

Carranza entiende que el factor típico identifica, y por ende, individualiza a la conducta humana. El tipo no crea la conducta, sólo la individualiza, ya que la misma existe en el plano de lo real. Y luego de haber individualizado los *hechos* desde una perspectiva Penal estamos en condición de *contarlos*.

El jurista define al término hecho como “aquella área del suceso humano concreto que esta descripta por uno o más tipos penales” y existirá tantos hechos cuantas *áreas* de él estén alcanzadas por los tipos penales concurrentes a describirlo.

2. **Sucesos Punibles:** el profesor cordobés opina que sólo le importa al Derecho Penal contar los sucesos humanos, que en el caso concreto, pueda aplicarse una pena, es decir, que los hechos deben ser: *antijurídicos, culpables y punibles*. De lo contrario estos hechos no importarían para el concurso de delitos, así ante una causa de justificación frente a un hecho típico, el mismo ya no interesaría para el concurso de delitos.

3. **El poder de focalización:** el llamado poder de focalización es el que nos determina el *alcance de los tipos penales frente al suceso humano fluyente*.

El jurista cordobés, tras el poder de focalización, persigue unas ciertas finalidades, a saber: a) *destacar el alcance no autónomo de las figuras penales*. Es decir, la posición en la cual se coloca, el observador (esto es, el modelo de injusto adoptado), para observar a través de ellas -las figuras penales- el suceso humano concreto¹⁵. b) *resaltar la continuidad de un suceso humano a partir de una perspectiva pre-típica*. Esto es, el *suceso humano fluyente* y Carranza, lo explica a través de la metáfora de Beling “las acciones individuales confluyen como un río, razón por la cual sería tan difícil contar las acciones particulares de la vida como cada una de las gotas de un río”. Con esto el profesor cordobés, nos enseña que en el hecho no se debe contar sucesos discontinuos, ya que todo fluye al igual que un río. c) *resaltar que este suceso humano fluyente presenta aspectos penalmente relevantes, y otros irrelevantes*. Es decir, que este hecho humano fluye continuamente y contiene aspectos que son relevantes para el derecho penal y otros irrelevantes. Frente a esto, lo que *focalizan los tipos penales* es el aspecto relevante de suceso humano continuo. d) *resaltar lo importante del suceso humano concreto*. Es decir, que el conteo de delitos no depende de la relación entre los tipos penales en abstracto, sino frente a un suceso humano concreto. A juzgar por todo lo anterior, Carranza (2011, p. 204 y 205) determina que existen cinco

¹⁵ Lo destacado nos pertenece.

posibilidades dentro de las categorías concursales, a saber:

- a) Que todo el suceso humano se dirija a una sola figura penal y quede enfocado exclusivamente por esa figura: esto es, que todo el suceso humano fluyente concorra frente a un solo tipo penal. Esto es, a lo que denominamos un “delito simple”.
- b) Que el suceso humano fluyente concorra frente a varias figuras, pero solo una de ellas lo enfoca en su totalidad. En tal caso existirá un concurso de leyes. Así, por ejemplo si Juan mata a su padre sabiendo que lo es, dicho suceso humano concurre ante los arts. 79 y 80 inc. 1 del C.P. pero solo el segundo tipo lo describe en su totalidad, alcanzando a su vez, lo descrito por el art. 79 del C.P.).
- c) Que el suceso humano, atraiga a varios tipos penales, y que ninguno de ellos lo enfoque en su totalidad, generando plurales áreas de enfoque, pero a su vez, dichas áreas deben estar unidas por un sector compartido y otros exclusivos de cada una de las figuras concurrentes. Generando así, “un concurso ideal de delitos”. Por ejemplo el robo de un camión dejado en la vía pública con mercaderías transportadas. Genera un sector compartido, esto es el desapoderamiento de una cosa mueble ajena, y otros dos áreas de enfoque exclusivamente por cada una de las figuras: apoderamiento ilegítimo de un vehículo dejado en la vía pública (arts. 163 inc. 6 y 163 inc. 5 del C.P.) ya que el vehículo tenía mercaderías transportadas.
- d) Que el suceso convoque a varios tipos penales y que ninguno de ellos lo enfoque en su totalidad, generando varias áreas de enfoque, pero que ellas están separadas entre sí, esto se debe, a que ningún sector común las une. Esto es, “un concurso real de delitos” Por ejemplo: Diego el año pasado injurio a Pedro y hace un mes le rayo su auto.
- e) Delito continuado: Carranza no se detiene a explicar este fenómeno ya que es ajeno a su obra, nosotros, por ende tampoco nos detendremos a explicarlo, por la misma razón.

A continuación bajo el título “poder de focalización de las figuras penales” Carranza (2011, p. 207.) desea explicar el poder de enfoque que posee una figura penal frente a otras. Para esto se debe observar como las figuras penales *enfocan* al suceso humano fluyente a subsumir, es decir, que se debe examinar no sólo el *contenido o elementos* de los tipos penales, sino también el *alcance* del tipo penal. Por ejemplo Juan arrebató a Pedro su maletín y mientras huía lo amenazó de muerte. No es suficiente conocer la expresión de violencia, sino que se debe determinar si esta última amenaza es absorbida por el tipo penal, o por el contrario debemos acudir a otra figura penal.

El jurista cordobés, propone para reducir la indeterminación de los elementos de los tipos

penales, distinguir entre sus “características definitorias” y sus “características concomitantes” (Carranza, 2011, p 218).

A su juicio, *las características definitorias* son las que hacen que algo sea una cosa y no otra, es decir que nos obligan a denominar un objeto con determinado nombre. Este fenómeno, es adoptado implícitamente por la doctrina, al señalar que un hecho encuadra en una figura penal, porque se dan todos los “elementos” del tipo (Carranza, 2011, p. 216, 218, 119 y 222).

Agrega que, si en el hecho se hayan presente las características definitorias de *todos* los elementos de una figura penal, el poder de enfoque de ese tipo penal “prevalece” por sobre cualquier otro tipo. En el caso que exista una pluralidad de figuras penales concurrente y una de ellas enfoca el suceso por contener “todas” sus características definitorias, estaremos ante un *concurso de leyes*. El profesor Carranza nos pone como ejemplo un caso extraído de Nino (1972), una persona con el consentimiento de una mujer, practicó maniobras abortivas, que por su descuido, causó la muerte de la mujer. Los artículos en juego son: 84, 85 inc. 2º del C.P. prevaleciendo este último (Carranza, 2011, p. 4, 218, 222, 223 y 278).

Por el contrario, opina Carranza, (2011 p. 4, 213, 222, 223 y 237) *las características concomitantes*: son aquéllas que no se tienen en cuenta para la clasificación de dicho objeto, es decir, que no se tienen en cuenta para subsumir el suceso humano fluyente dentro de una figura penal y que solo se justifica su examen si dos o más tipos *se disputan* su enfoque.

El profesor cordobés, (Carranza, 2011 p. 219) insiste que las concomitancias sólo sirven para neutralizar el poder de enfoque de otros tipos penales que también concurren a enfocar al hecho como lo definitorio suyo. Así, por ejemplo: si no existiera el art. 80 inc. 1º y Juan mató a su padre sabiendo que lo es, bastará el art. 79 del C.P. puesto que, es indiferente la característica concomitante “sabido que lo es”, al no existir otro tipo penal que enfoque al hecho como lo definitorio suyo (art. 80 inc. 1º del C.P.).

Estas características concomitantes se clasifican en tres, *universales, habituales y eventuales*, de acuerdo a su orden de aparición.

La primera de ellas, las *características concomitantes universales*: son las que siempre están presente cuando se realiza lo descrito por los tipos penales, es decir, que hay figuras penales, que a pesar de enfocar al hecho con sus características definitorias de sus elementos, también focalizan aquellas áreas que consisten en sus características concomitantes universales, neutralizando el poder de enfoque de otras figuras que concurren, a describir dichas áreas como lo

definitorio suyo (Carranza 2011, p. 219, 224 y 225). En estos casos dice Carranza, que siempre nos encontramos ante un “concursos de leyes”.

Por ejemplo, si una pareja contrae matrimonio, conociendo que están casadas previamente, existe un impedimento legal, art. 134 del C.P.; pero, por medio de él, necesariamente se comete el delito de falsedad ideológica (art. 239 del C.P.) ya que “siempre” se deberá hacer insertar al oficial público, en el acta, declaraciones engañosas. Así, a pesar de que el art. 239 del C.P. pene la falsedad ideológica como lo “definitorio de sus elemento”, es desplazado por el art. 134 del C.P., ya que el suceso contiene las características definitorias de sus elementos, esto es, contraer matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento. Abarcando además, a la falsedad ideológica. Pues, constituyen sus características *concomitantes universales* (Carranza 2011, p. 225).

Según el orden de prelación, las segundas son las denominadas *concomitancias habituales*: ya que están, por lo *general*, presentes cuando se realizan lo descrito por el tipo penal. Es decir, que cuando una figura penal, enfoca lo definitorio suyo, también enfoca aquellos aspectos del suceso que consisten en sus características concomitantes habituales, neutralizando, así, el poder de enfoque de otros tipos concurrentes. Existiendo entre ellos un *concurso de leyes* (Carranza, 2011, p. 219, 226 y 227).

Generalmente consisten en las expresiones genéricas, como: *fuerza en las cosas, violencia en las personas, poner mano en la autoridad, etc.* Por ejemplo, el daño producido a las ropas del muerto, o las lesiones leves producto del robo o de hurto (Carranza, 2011, p. 227, 229 y 255). Carranza precisa una excepción, no existirá concurso de leyes, sino concurso real, cuando el delito concomitante habitual, en la forma que habitualmente suele ocurrir, excede en gravedad al delito principal (2011, p. 131). Por ejemplo si la privación de la libertad fuera más grave que el delito de robo, entiende Carranza que ya no estamos en presencia del concurso de leyes, sino de un concurso real¹⁶.

Por último, de acuerdo al orden de prelación, tenemos a las *concomitancias eventuales*: que son las que solo *a veces* están presente cuando se realiza lo dispuesto por el tipo penal y se considera como una eventualidad, porque otra figura penal concurre a describirla como lo “definitoria” suya (Carranza, 2011, p. 2219 y 237).

El jurista, sostiene que dichas eventualidades no son enfocadas por las figuras penales, sino que establecen el límite al poder de enfoque. Dichas eventualidades son las que constituye el

¹⁶Para más detalles, véase Carranza (2011, p. 226 a 236).

Concurso Real de tipos penales. Por ejemplo, injuriáramos y luego matamos, arts. 110 y 79 del C.P. en concurso real (Carranza, 2011 p. 238).

Críticas realizadas por la doctrina

Al ser uno de los libros más modernos que tratan la temática, no hemos podido encontrar las críticas que le han realizado la doctrina. A pesar de esto, nosotros realizaremos pequeñas críticas, razón por la cual adherimos parcialmente a la tesis.

Sin duda alguna, es una de la tesis que mayor envergadura científica posee. Sin embargo, consideramos:

- a) que en las concomitancias habituales *no siempre*, necesariamente, desaparece si la pena prevista por la figura penal, que abarca las características definitorias, es *más grave* que la prevista por el tipo omnienfocante. Puesto que, para determinados casos el legislador, ha considerado una pena menor.

Pensemos por ejemplo, el falso testimonio de un perito ante la autoridad pública mediante la falsificación de un instrumento público (arts. 275 y 293 del C.P.) si consideramos que el delito de falsificación ideología es una concomitancia habitual del falso testimonio, podremos notar que no siempre, necesariamente, la figura más grave con respecto al delito principal desaparece. Por ende, no existe un concurso real, como enseña Carranza (2011, p. 230), sino un concurso de tipos penales.

- b) Además creemos, que no es necesario la delimitación al concurso de delitos respecto a las características definitorias o concomitantes (universales, habituales y eventuales); puesto que, son reglas “rígidas” que no siempre están presente (Como el caso antes visto), mas bien, nos parece acorde estudiar las relaciones de los tipos penales sobre cada hecho en concreto y determinar si estamos en presencia de un concurso de tipos penales o ante un concurso ideal, a través de la relación que existe entre los tipos penales, y no a través, de reglas rígidas preestablecidas.

Lo que resaltamos de la teoría propuesta por Carranza es en materia de las características concomitantes. Pues, el estudio de estas características nos permite conocer, de manera más

acabada y perfecta, al concurso de tipos penales por “relación de consunción”¹⁷. Pero como hemos dicho en el apartado b) no son las únicas y debe apreciarse cada relación, a partir del hecho en concreto.

Nuestra opinión

Antes de comenzar a brindar la definición del concurso ideal, estudiaremos el significado del término hecho, atendiendo a la realidad jurídico penal, pues como bien lo ha establecido Carranza (2011 p. 182) no existe un significado fiel del termino hecho en nuestro ordenamiento jurídico.

El término hecho, el cual estudiamos, es aplicable tanto al concurso ideal como al concurso de tipos penales, y compartimos con Carranza, que existe un suceso humano fluyente que abarca desde una perspectiva pre-típica hasta la realización del delito. Puesto que, en la relación de consunción, los actos anteriores pueden ser consumidos por el hecho principal¹⁸.

Como lo habíamos pre establecido, desde el principio de la obra, consideramos “al hecho” como “un suceso de acontecimientos, inseparables entre sí o bien separables pero suscitados en un espacio temporal muy estrecho, que se proyectan hacia la realidad jurídica Penal. Quedando atrapados estos acontecimientos formalmente por más de un tipo Penal (esto último es solo para el concurso ideal y de tipos penales)”

Estudiemos cada una de las parte de la definición para tener un mayor comprensión del termino *hecho*: a) *Es un suceso de acontecimientos, inseparables entre sí o bien separables*: esto es, uno o varios comportamiento/s humano voluntario/s. En la expresión un comportamiento significa que sólo algunas clases de ellos su resultado es definitorio, por ejemplo la acción de romper o matar, sirviendo como criterio de conteo únicamente dichos comportamientos. b) *Suscitados en un espacio temporal muy estrecho*: ya que la prolongación del tiempo nos permite conocer los márgenes del concurso de tipos penales, como se podrá observar en este caso jurisprudencial, extraído del libro de Caramuti (2010, p. 231): si el elemento que determina el pase de una figura simple (el robo) a una figura compuesta (el robo en concurso ideal con privación de libertad) es la prolongación en el tiempo de la retención de la persona, pues esa prolongación permite superar los márgenes del concurso de tipos penales, entonces dicha prolongación adquiere

¹⁷ Para más detalles véase: “La relación de Consunción” de la presente obra p. 45.

¹⁸ Para más detalles véase: “los actos co-penados en la relación de consunción” p.47.

rango de elementos típicos, y en consecuencia no puede ser valorada doblemente. Según la mecánica del hecho, la experiencia indica que en muchos casos no es posible desapoderar a una persona de sus bienes a menos que se retenga, privándola su libertad, mientras se consuma el robo. En estos casos, los delitos contra la propiedad y la libertad no concurrirán de ningún modo, sino que la figura más grave, el robo, *absorberá*, al delito más leve (del voto del doctor Violini, en mayoría)¹⁹. c) *que se proyectan a la realidad jurídico penal*: Puesto que en el hecho existen varios acontecimientos pero no todos ellos son importantes para el Der. Penal; por ejemplo, Samuel, decide matar a Facundo, y para esto, lo sigue hasta un puente, se acerca y le pide un cigarrillo, cuando Facundo, pone las manos en su bolsillo, aprovechando la ocasión, Samuel, lo empuja por el acantilado. Aquí lo que importa al Der. Penal solo es el comportamiento de matar, mas no así, el pedir un cigarrillo, seguirlo, empujarlo, etc. d) *Quedando atrapados formalmente en más de un tipo penal*: esto es, solo para el concurso ideal y el concurso de tipos penales, debido a que en ambos, se requiere una tipicidad plural, en otras palabras, un efectivo múltiple encuadre. Solo se diferencian en que el concurso ideal, su encuadre múltiple es parcial, y en el concurso de tipo penal, es total²⁰. Mas no así, en el delito simple, puesto que, no existe una tipicidad plural, por ejemplo: Marcos mata a Lucas con una navaja. Se entiende que existe solo un tipo penal a concurrir, esto es, el art. 79 del C.P.

En el concurso ideal, el hecho llama a varios tipos penales, pero ninguno de ellos lo engloba, abarca o contiene en su totalidad, sino que cada uno de los tipos lo aprehenden de manera parcial, sin embargo el conjunto de ellos lo contienen o aprehenden de manera total, razón por la cual debemos aplicar, necesariamente por lo dispuesto en el art. 54 del C.P., la pena mayor²¹.

¹⁹ Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala III, “F.M.A.; B.J.O. y E. V.H. s/Casación”, inédito (2007).

²⁰ Para más detalles véase: “semejanzas entre el concurso ideal y de tipos penales” p. 53.

²¹ Los fundamentos se encuentran postulados en el Capítulo V de la presente obra p. 51.

“todo es según el color del cristal con que se mire”

Refrán Popular.

Capítulo IV: El Concurso de Tipos Penales

Introducción

El concurso de tipos penales es producto de la elaboración de la doctrina, puesto que, en nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una regulación expresa. A pesar de la falta de regulación legal, esto no nos conlleva a la negación de dicho instituto, debido a que, el juzgador o el intérprete de la ley frente a un caso, en el cual concurren varias figuras penales, se encuentra con el problema de determinar cuál de ellas tiene que aplicar.

El concurso de tipos penales, surge a partir de las relaciones implícitas de las figuras penales en juego, no de una manera abstracta, sino frente a un hecho en *concreto*. Pues, es el hecho quien “llama” a los tipos penales. Por consiguiente el juzgador o intérprete de la ley deberá observar como las figuras penales convergen sobre el hecho en concreto, y así determinar cuál de las figuras deberá aplicar.

Queremos dejar en claro que en el concurso de tipos penales, al igual que en el concurso ideal, las relaciones entre los tipos penales es de manera concreta o efectiva, es decir, sólo pueden ser analizadas a partir de un caso real. Pues es el hecho quien “llama” a los tipos penales, y dichas figuras en juego, repiten las prohibiciones, de tal manera que una (figura penal) es desplazada, o incluida dentro de la otra, en razón de que una de ellas aprehende al hecho en su totalidad²².

Brindemos un ejemplo para cerrar la discusión y que el lector pueda comprender, Rodrigo quiere matar a Pedro que caminaba por la plaza, pero como era de noche, no distinguió que al que mataba no era a Pedro, sino a su padre que había salido a pasear. Se puede apreciar que el hecho “llama” a dos tipos: el art. 79 y 80 inc. 1 del C.P. Ambos repiten las mismas prohibiciones “al que matare”, pero se diferencia el art. 80 inc. 1 del 79, en que el primero establece: “[...] al que matare: a su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha

²² En igual sentido Nelson R. Pessoa “*Concurso de delitos*”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 66 a 68 y 104. Carranza T. “*Introducción al concurso de delitos*”, ed. BdeF, Buenos aires, 2011, pág. 202. En contrario sensu: Carlos S. Caramuti “*Concurso de delitos*”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, págs. 193 a 195. Gómez, Horacio O. “*El concurso de leyes*”, LL, 1992.

mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia”²³. En el hecho Rodrigo mato a su ascendiente, pero como existe un error de tipo, el art. 80 inc. 1 es desplazado por el 79 del C.P. Con esto confirmamos que las relaciones que dan lugar al concurso de tipos penales *no* pueden ser analizadas en abstracto comparando sólo la descripción de los distintos tipos, con independencia de la existencia de un hecho en concreto. No obstante, en dicho caso se podrá apreciar que no siempre el tipo general es desplazado por el tipo especial.

Pessoa (1996, p. 97), ilustra la aplicabilidad del concurso de tipos penales de manera efectiva, de la siguiente manera: el autor está en grado de tentativa de robo, ya ha roto la puerta pero no ha robado la joya, conforme a la teoría del “concurso aparente”, el hecho debe encuadrarse solamente en un solo tipo (*tentativa de robo*)²⁴, y este excluye a los otros, (como por ejemplo el daño). Pero sucede que el autor desiste del robo y por imperio del art. 43 del C.P. no se lo castiga, y lo sancionan con el tipo de daño. Pessoa, se pregunta: ¿por qué aparece un tipo que hace un instante se encontraba fuera de la escena?

Por último, el lector comprenderá el verdadero significado del concurso de tipos penales. Puesto que, dicho concurso delimita de manera considerable al concurso ideal y real, en cuanto: “no se puede pensar todavía en términos del concurso ideal o real de delitos, si previamente no se analizaron las relaciones entre las diferentes figuras para saber si una de ellas no está contenida o superpuesta con otra, generando así el concurso de tipos penales” (Pessoa 1996, pág. 36). Es decir, que antes de revisar si un hecho es encuadrable en un concurso ideal o real, primeramente, debemos necesariamente, determinar si no existe alguna figura que contenga o abarque a las demás. Si ninguna figura *contiene o abarca* a las demás, estamos en condiciones de proceder a investigar la existencia de un concurso ideal o real.

Acercamiento a un concepto

Como se había advertido, el concurso de tipos penales no cuenta con una regulación normativa expresa, lo que permite arribar a conclusiones diferentes. Por esta razón, hemos elaborado una serie de presupuestos necesarios, tendientes a corregir el mal uso del instituto. Dichos presupuestos son: a) la existencia de un hecho concreto que dé lugar a un delito. b)

²³Art. 80 modificado por ley 26791. Sancionada el 14/11/2012 y Promulgada 11/11/2012.

²⁴ Lo destacado nos pertenece.

Establecer las relaciones (o principios) que surgen de los tipos penales, “llamados” por el/los hecho/s delictivo/s de manera simultánea. c) Aplicar el tipo que1 contenga o abarque al hecho en su totalidad (puesto que, si aplicáramos más de un tipo penal, violaríamos el principio *ne bis in idem*).

Luego de haber establecido los presupuestos, estamos en condiciones de acercarnos a un concepto. El concurso de tipos penales se produce cuando un hecho “llama” a varios tipos penales, de los cuales sólo uno de ellos, lo abarca o contiene en su totalidad.

La aplicabilidad de la figura penal, que abarca al hecho en su totalidad, implica, necesariamente, la inaplicabilidad de las demás.

Así, en la jurisprudencia cordobesa, se determina que el concurso de tipos penales se produce cuando, en una misma situación de hecho aparecen dos o más figuras penales que pretenden regirla simultáneamente, siendo que, en realidad, debido a la relación que medie entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de las otras²⁵.

Relaciones o Principios que dan lugar al concurso de tipos penales

Como lo habíamos predeterminado, hay un tipo penal que contiene o abarca al hecho en su totalidad. Esto es producto de las relaciones que se generan entre las figuras penales, que *convergen* sobre un hecho humano fluyente. Por consiguiente, una sola figura es aplicable al hecho desplazando a las demás.

Cabe destacar, que en el fenómeno normativo hay tipos entre los cuales existen cierto grado de proximidad o inmediatez conceptual, por consiguiente, genera “conflictos” a la hora de determinar cuál de ellos contiene o abarca al hecho humano fluyente. Como por ejemplo: la injuria y la calumnia, la retención indebida y el hurto, o para algunos, la estafa; el homicidio y el parricidio; el hurto y el robo; el robo simple y el robo calificado, el robo con efracción con respecto al daño y la violación de domicilio, etc. (Caramuti, 2010, págs. 203 y 204; Pessoa, 1996, pág. 64).

Pero no sucede lo mismo, en otros casos, en que entre los tipos no existe ninguna inmediatez ni aproximación conceptual, por ende, no existe ningún riesgo de confusión. Por

²⁵ T.S.J., Córdoba, Sala Penal “Montaña, Diego Maximiliano s/Robo calificado”, inédito (2007 Fallo citado por: Caramuti (2010, p.227).

ejemplo: el homicidio y la estafa, el cohecho y la privación ilegítima de la libertad; el abuso sexual y el robo, etc. (Caramuti, 2010, págs. 203 y 204; Pessoa, 1996, pág. 64).

Así, podríamos afirmar que el concurso de tipos penales, sólo se origina cuando las figuras penales, llamadas por el hecho en concreto, entran en conflicto queriendo cada una de ellas aprehender o abarcar al hecho en su totalidad.

Antes de comenzar a desarrollar las relaciones de los tipos penales, pensamos que es necesario que el lector entienda y comprenda que no existe un acuerdo unánime de la doctrina y la jurisprudencia de cuáles y cuántas son las posibles relaciones que dan lugar al concurso penal. Así por ejemplo, la relación o principio de *alternatividad* es reconocida por: Soler (1976), Nuñez (1999) y Creus (1994); Gomez, Eduardo O. (1992), etc. Pero es negada por: Pessoa (1996) Caramuti (2010), D`Albora (1990), etc.

A. Relación o principio de Alternatividad

Esta relación es en la que más dudas y discrepancia existen entre los distintos doctrinarios. Caramuti (2010, p 205) entiende que dicha discusión se suscita, debido a que en general, en la relación de *alternatividad*, no existe concurrencia de tipos penales, puesto que, la conducta encuadra en uno o en otro tipo penal, pero no en más de uno.

Soler (citado por Pessoa, 1996 p. 214) establece que la relación de *alternatividad* es la que dos figuras se excluyen recíprocamente por incompatibilidad con relación a un mismo hecho, el cual puede encuadrar en la una o en la otra. Es decir, que los tipos penales se vuelven incompatibles con respecto a un hecho, que sólo puede ser aprehendido por uno u otro tipo, pero nunca por los dos de manera sucesiva.

Así, podríamos decir, que existe una relación de *alternatividad* entre: El hurto (art. 162 del C.P.) y la sustracción propia en poder de otro (art. 173, inc. 5 del C.P.), el hurto (art. 162 del C.P.) y la retención indebida (art. 173, inc. 2º del C.P.); el hurto (art. 162 del C.P.) y la apropiación de cosa perdida o de un tesoro (art. 175, inc. 1º del C.P.), la retención indebida (art. 173, inc. 2º) y la apropiación de cosa ajena que se hubiera entrado en posesión por error o caso fortuito (art. 175, inc. 3), etc.

En los distintos ejemplos, antes postulados, podrá observarse que la característica principal, en relación de *alternatividad*, es que siempre se encuentran en juego los mismos bienes jurídicos,

más específicamente los delitos contra la propiedad.

¿La alternatividad es una verdadera relación de tipos penales?

Recordemos que la alternatividad supone que los tipos penales que entran en conflicto determinan el *mismo supuesto de hecho*, haciendo una valoración penal igual o semejante, en el sentido de que no existe una discrepancia fundamental entre sí (Gómez, 1992 p. 4).

Entienda, que los tipos penales entran en colisión y la aplicabilidad de uno, excluye, necesariamente, la aplicabilidad del otro, puesto que, los tipos son incompatibles entre sí. Es decir, que el hecho puede ser aprehendido por uno u otro tipo, pero nunca por los dos de manera simultánea.

En nuestra opinión, la relación de alternatividad es incorrecta en materia de concurso de tipos penales, puesto que, como habíamos visto al principio del capítulo²⁶, el hecho “llama” a los tipos penales, y ese llamado hace que los tipos converjan sobre el hecho de manera *real y simultánea*. Por lo tanto, queremos decir, que las figuras penales, en la alternatividad, “son incompatibles” entre sí.

Así, en la alternatividad no existe concurrencia de tipos penales, puesto que, la conducta encuadra en uno o en otro tipo penal, pero nunca en más de uno (Caramuti, 2010, p 205).

Pongamos un ejemplo clásico: la apropiación indebida (art. 173 inc. 2º del C.P.) y el hurto (Art. 162 del C.P.) ya que los mismos regulan *el apoderamiento de la cosa ajena*. En este ejemplo se podrá observar que no es posible que esos dos tipos (apropiación indebida y el hurto) abarquen al hecho de manera “simultánea y efectiva”. Por consiguiente, existe una *incompatibilidad* entre ambos tipos penales, ya sea de manera abstracta, o efectiva. Puesto que, el apoderamiento de la cosa ajena en el Hurto, se requiere que se apropie de la cosa en forma ilegítima, esto es en *contra de la voluntad* de la víctima. En cambio, en la apropiación indebida (art. 173 inc. 2º del C.P.) la víctima entrega *voluntariamente* la cosa al agente, y éste valiéndose de la confianza prestada por la víctima se apodera de la cosa objeto de delito. Se entiende, que en el hurto, su apoderamiento es furtivo y el dolo desplegado por el autor es antes del apoderamiento. No obstante, en la apropiación indebida, su apoderamiento es producto del abuso de confianza, desplegado por la

²⁶ Véase en el capítulo IV, el apartado “acercamiento a un concepto”,- en los presupuestos del concurso de tipos penales-.

víctima y aprovechado por el autor, por consiguiente, el dolo del autor es posterior. Es decir, que el hecho (o conducta) no puede ser retención indebida, y a la vez, apoderamiento ilegítimo (hurto). Razón por la cual, entre dichas figuras existe incompatibilidad, y por lo tanto, no pueden converger “ambas” figuras en forma *simultánea* sobre un mismo hecho en *concreto*, no cumpliendo con los presupuestos necesarios para la existencia de un concurso de tipos penales.

Otro ejemplo, del cual, la mayoría de la doctrina lo considera como una relación de alternatividad, es visto en la jurisprudencia como un concurso de tipos penales en “relación de especialidad”. Por ejemplo el caso del hurto (art. 162, del C.P.) y la apropiación indebida (art. 175, inc. 1º del C.P.). El vocal Ronaldo Cattani cree que los tipos penales de hurto (art. 162. Del C.P.) y el de apropiación indebida (art. 175, inc. 1º del C.P.) concurren aparentemente y se encuentran en una relación de “especialidad”; siendo el hurto la figura genérica y la apropiación de cosas perdidas la figura específica²⁷.

B. Relación o principio de subsidiariedad

La relación de subsidiariedad, se produce cuando una de las figuras, llamadas a concurrir por el hecho en concreto, es de aplicación condicional respecto a las demás.

Para Nicas Castello (Citado por: Caramuti, 2010, p. 224), en la relación de subsidiariedad, la norma subsidiaria opera en defecto de la principal. Es decir, que la relación de subsidiariedad difiere de la relación de especialidad, en cuanto a la primera, la impunidad del tipo principal no excluye a la punibilidad del tipo subsidiario (Gómez, 1992 p. 1 Comentario J.C.P.L).

Lo que nos quieren decir, los autores anteriores, es que la norma subsidiaria queda *supeditada* a la no aplicabilidad del tipo principal. Por ejemplo: en caso del hurto (art. 162 del C.P.) y la violación de domicilio (art. 150 del C.P.); si Pablo ingresa para hurtar en el domicilio de Ticio (su padre), y consuma el hurto apoderándose de las joyas que Ticio tenía preparadas para su amante. Aquí, el delito de violación de domicilio se encuentra supeditado a la no aplicabilidad del delito principal (hurto). Al no aplicarse el delito principal (por las disposiciones generales del art. 185 del C.P.), el delito subsidiario adquiere autonomía y aplicabilidad (esto es, la violación de

²⁷ CNCrim. y Corr., Fed., Sala II, “Ismail, Miguel A.” (1987), comentado por: Maldonado (1987).

domicilio).

Existen para Teran Lomas (Citado por Caramuti, 2010, p. 224 y 225), dos clases de subsidiariedad: una tácita, y la otra expresa, y a su vez, esta última, se clasifica en genérica y específica.

La subsidiariedad expresa, se produce cuando la misma ley es quien establece, supeditando la aplicación de una figura a la no aplicación de otra más grave o a la no aplicación de otro tipo determinado.

Así, la subsidiariedad expresa supedita su aplicación a que no resulte otro delito más severamente penado. Por ejemplo: la violación de domicilio (art. 150 del C.P.) y el daño (art. 183 del C.P.)

En cambio, la subsidiariedad *expresa específica*, es cuando se supedita a la no aplicabilidad de un tipo determinado. Por ejemplo el libramiento de cheques sin provisión de fondos (art. 302 del C.P.) se supedita a la no aplicabilidad del tipo de estafa (art. 172 del C.P.).

Por el otro lado tenemos la *subsidiariedad tácita*, que se configuraría entre el ejercicio ilegal de la medicina (art. 208 del C.P.) y el aborto (art. 85 del C.P.).

En la subsidiariedad expresa genérica, Caramuti (2010, p. 225) considera que, el legislador, para ciertos casos de pluralidad de hechos, consideró insignificante la lesión de la propiedad (art. 183 del C.P.) o la violación de domicilio (art. 150 del C.P.) respecto a otros bienes jurídicos en juego y por eso estableció *expresamente* la relación de subsidiariedad.

El jurista correntino (Pessoa, 1996, p. 217) niega la existencia de la relación de subsidiariedad. Puesto que, no se debe confundir a la subsidiariedad con las relaciones que le dan origen. Así, si observamos la relación *desde* el delito de daño (183 del C.P.) en función con el robo calificado (167, inc. 3° del C.P.), parece ser que existe una subsidiariedad, pero si lo vemos al revés (robo calificado y daño) la visión es mucho mayor y se podrá observar que el tipo implicante (robo calificado) contiene al tipo implicado (daño).

Es decir, que la relación de subsidiariedad no se trata de una verdadera relación, puesto que, surge de las verdaderas relaciones entre los tipos penales. Por nuestra parte, coincidimos con Caramuti (2010, p. 227) donde considera que lo establecido por Pessoa abarca solo a la subsidiariedad tácita, mas no así en la subsidiariedad expresa, ya que la misma está en la ley y por ende, no puede desconocerse.

Es decir, que un tipo es subsidiario de otro, solamente cuando la propia ley establece que

su aplicación se encuentre supeditada o condicionada a la no concurrencia de otro tipo. Por ejemplo, el art. 150 del C.P. establece que sólo se aplicará el delito de violación de domicilio, cuando “no resultare otro delito más severamente penado”. He aquí, que el delito de violación de domicilio queda “supeditado” a la no aplicabilidad de otro delito más severamente penado.

C. Relación o principio de especialidad

La relación de especialidad, es uno de los principios más reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia. Veremos que muchos se confunden al afirmar que solo es aplicable cuando existe un agravante o un atenuante, y que siempre el “tipo especial desplaza al tipo general”. Así, Creus (1994, p. 287) considera que el tipo especial desplaza al tipo general, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de relaciones de tipos básicos a derivados; por ejemplo: los homicidios calificados desplazan al homicidio simple.

Como lo habíamos advertido anteriormente, el concurso de tipos penales, surge a partir de las relaciones implícitas de las figuras penales en juego, no de una manera abstracta, sino frente a un hecho en *concreto*. Decimos de manera concreta, -en oposición a la abstracta- porque de acuerdo a la naturaleza del caso, puede suscitar que un tipo especial sea desplazado por el tipo general. Pues, es el hecho quien “llama” a las figuras penales.

Por consiguiente, el juzgador o intérprete de la ley deberá observar cómo las figuras penales convergen sobre el hecho en concreto, y así determinar cuál de las figuras deberá aplicar²⁸. Puesto que, la relación de especialidad se genera cuando el tipo específico aprehende al “hecho”, logrando el desplazamiento del tipo genérico (Lascano, 2005, p 560).

Es decir que, la relación que existe entre los tipos penales es muy estrecha, debido a que el tipo especial contiene el *núcleo* (o base) del tipo general, pero difiere en que el tipo especial contiene otros elementos adicionales o específicos. Por lo tanto, como bien lo dice el profesor correntino, el tipo específico absorbe o contiene al tipo genérico (Pessoa, 1996, p. 141). En la mayoría de los casos, -no siempre-, nos encontramos ante la presencia de un agravante o atenuante.

Pessoa (1996, p. 141) determina que los tipos específicos y genéricos son iguales en sus

²⁸ Para una mejor comprensión léase la parte “introdutoria” del presente capítulo, p. 36.

respectivas estructuras o contenidos, pero se diferencia por la mayor cantidad de *elementos* que posee el tipo específico con respecto al tipo genérico. Es decir, que los dos tipos están contruidos sobre la misma base, pero difiere en que uno (el específico) aprehende, contiene o abarca al hecho de forma más acabada y completa que el otro (el tipo general), ya que el mismo lo describe, en forma más detallada, comparada con el tipo genérico.

Veamos un clásico ejemplo: el (art. 79 C.P.) regula el delito de homicidio simple, “el que matare a otro”, en cambio, el (art. 80 C.P.) regula homicidio calificado “[...] al que matare: a su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia”²⁹. Se entiende, el art. 80 C.P. contiene el núcleo típico *matar a otro*, al igual que el art. 79 del C.P., pero se diferencia, en que existe una forma específica de lesión, *matar* “a su ascendiente, descendiente, cónyuge [...]”.

¿Será posible que un tipo específico, que contiene al tipo general, posea una pena menor?

En el caso anterior, como podrá observar el lector, el tipo específico contiene una pena mayor, la cual es obvia. Pues, el tipo específico abarca al tipo general, pero se diferencia en que el mismo, contiene una mayor cantidad de elementos que abarcan al hecho en forma más detallada.

Pero no siempre es así, otras veces, el tipo específico contiene una *pena menor*. Siguiendo con el ejemplo anterior, podemos decir, que el homicidio simple (art. 79 del C.P.) contiene el núcleo típico “matar a otro”, en cambio el homicidio en estado de emoción violenta (art. 81 del C.P.), además de contener el verbo típico, establece que se debe encontrar en “estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieran excusables”. Se podrá apreciar que existe una forma específica de lesión: “Matar en estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieran excusables”. Este tipo, que es el específico, contiene una mayor cantidad de elementos que en el caso concreto pueden abarcar al hecho de una forma más detallada. En tal caso, desplazaría al tipo genérico (homicidio simple del art. 79 del C.P.) y por ende, la pena a imponerse es considerablemente menor.

Esto no sólo es confirmado por la doctrina, sino también por la jurisprudencia. Así, en el caso “Acosta, Carlos” (con el voto en disidencia del doctor Petracchi) se determina que: la

²⁹Art. 80 modificado por ley 26791. Sancionada el 14/11/2012 y Promulgada 11/11/2012.

especialidad importa que uno de los delitos concurrentes en apariencia contenga *todos* los elementos del otro, pero además que el específico precise mejor el hecho o el autor por medio de otros adicionales. En la relación de especialidad, la ley aplicable puede tener en cuenta ya el injusto de la ley desplaza, pero satisfacer ya la necesidad de punibilidad de la acción “sin tener que recurrir a la sanción más grave que esta última amenaza”³⁰.

Sin duda alguna, se podrá observar, que la relación de especialidad es la que reviste mayor importancia, en cuanto a la distinción del concurso ideal, puesto que, puede dar a lugar a la aplicación de una *pena menor*. En cambio, en el concurso ideal, necesariamente debe aplicarse la pena mayor, por lo dispuesto en el art. 54 del C.P.

A juzgar por todo lo anterior, podemos afirmar, la existencia de una pena menor en la relación de especialidad, ya que la misma, no sólo es afirmada por la doctrina, sino también por la jurisprudencia. Además, dicha relación, nos determina el límite del concurso ideal, ya que en el mismo se aplica, necesariamente, la pena mayor.

Recordemos que si juzgamos un caso de concurso de tipos penales, como concurso ideal, podríamos violentar los principios antes mencionados (Tanta pena como delitos cometidos, igualdad ante la ley penal y el *ne bis in ídem*), y el reo no tendría una pena conforme al hecho cometido.

D. Relación o principio de Consunción

El principio de consunción, como su nombre lo indica, un tipo consume, absorbe o abarca a otro. Según Welzel (citado por: Caramuti, 2010 p. 211) el principio de consunción se produce cuando el contenido del injusto de un tipo penal comprende de modo característico el contenido de injusto de otro tipo penal, de modo que el castigo del hecho accesorio se satisface conjuntamente con el verbo principal.

Es decir, que el tipo principal absorbe al otro que forma parte de su ejecución, pues el tipo principal comprende la realización del otro, en forma anterior o posterior, de modo que la sanción del tipo principal absorbe a la sanción del tipo accesorio (actos anteriores o posteriores) al tipo principal.

³⁰ CSJN, “Acosta, Carlos”, JA, 1992-I-34, (1990)

La relación de consunción requiere un análisis minucioso y detenido, puesto que, para muchos autores³¹, dicha relación, abarca a los actos anteriores y posteriores al hecho, ya que los mismos son absorbidos por el tipo principal. En cambio para otros como por ejemplo Nelson Pessoa (1996, p. 198) determinan la inexistencia de dicha relación, aunque implícitamente es estudiada de otra manera. Así, Pessoa, la divide en dos vertientes a) tipo implicante y tipo implicado, b) tipo absorbente y tipo absorbido.

Recordemos que para la existencia de un concurso de tipos penales debe existir un “hecho” concreto que llame a varios tipos penales a subsumirlo, pero uno solo de ellos abarca o contiene al hecho en su totalidad.

La diferencia existencial entre la relación de consunción y la de especialidad es en la *naturaleza* de los tipos llamados a concurrir. Así, en la relación de especialidad los tipos llamados a concurrir son de la *misma naturaleza*, es decir que los tipos contienen la misma base o estructura, por ejemplo, el homicidio simple y el calificado poseen la misma base o estructura: *el que matare*.

En cambio, en la relación de consunción los tipos llamados a concurrir difieren sustancialmente los uno de los otros. Pongamos un ejemplo extraído del libro de Caramuti (2010, p. 215) el delito de daño y lesiones leves (189 ú 89 del C.P.) en el delito de robo (164 del C.P.).

En síntesis, en la relación de especialidad los tipos poseen una inmediatez conceptual. En cambio, en la relación de consunción los tipos no poseen una relación de proximidad o inmediatez conceptual.

Otro punto interesante que queremos aclarar, es que el tipo absorbido es subsidiario del tipo absorbente siempre y cuando éste no funcione por razones de “tipicidad” (Pessoa, 1996, p. 183)³². Al igual que Pessoa (1996, p. 184) no compartimos lo establecido por Soler (1973) en cuanto, que la relación de subsidiariedad se debe aplicar por cualquier causa aunque no sea posible la aplicación de la pena desde otro punto de vista.

Pensamos que sólo se debe aplicar, el tipo subsidiario, cuando no funcione por razones de tipicidad (excusas absolutorias, causas de justificación, inculpabilidad, etc.). Pongamos un ejemplo para que el lector pueda comprender: Ricardo, ingresando clandestinamente al domicilio

³¹ Así, por ejemplo es afirmada por: Carlos S. Caramuti (2010, p. 211 a 224), Carlos Creus (1994, p. 289); Soler (1976, p. 175 tomo II), Gómez E. Oscar (1992) “Concurso aparente de normas” LLC1992-212, etc.

³² El auto hace mención sobre el tipo implicado y el tipo implicante. Pero como lo habíamos dicho, Pessoa, implícitamente estudia la relación de consunción en dos partes: relación de implicación por un lado, y de absorción por el otro.

de su padre José, aprovechando que no se encontraba, hurta su reloj. El delito de hurto no es aplicable por razones de excusas absolutorias (art. 185 del C.P.), tornando al hecho no punible. Por lo que no corresponde aplicar la figura subsidiaria que es el tipo absorbido (art. 150 del C.P, violación de domicilio).

Los actos co-penados en la relación de consunción.

Aquí hacemos referencia a los actos anteriores y/o posteriores a la realización del hecho principal. Pero ¿por qué el tipo principal consume o absorbe a los actos anteriores o posteriores al hecho? Porque (Pessoa, 1996, p. 190) el tipo principal, contiene un núcleo típico de cierta elasticidad o amplitud que hace posible que la conducta por él prohibida se exteriorice bajo la forma descripta por otro tipo penal.

Así por ejemplo: Javier hurta un libro y luego lo destruye (art. 162 y 183 del C.P.), el delito de hurto consume o absorbe al delito de daño cometido con posterioridad sobre el mismo objeto.

Los *actos anteriores* son aquellos que dé no ser absorbido por el tipo absorbente serían punibles autónomamente, como delitos (Caramuti, 2010, p. 214 y 215).

Por ejemplo: Samuel, apuntando con el arma a Pedro, gatilla dos veces sin que la misma se dispare, en esto, Pedro, aprovechando la circunstancia, sale corriendo. Pero, Samuel, gira rápidamente y dispara impactando el proyectil en el rostro de Pedro, produciendo inmediatamente su muerte.

Pensamos que los actos anteriores (tentativa) son consumidos por el acto posterior y final (homicidio). En dicho caso, si el homicidio no se hubiera producido, la tentativa hubiera sido punible autónomamente, pero al concretarse el delito de homicidio, éste absorbe a la tentativa.

El profesor correntino (Pessoa, 1996, p. 201) niega la existencia de actos anteriores como concurso de tipos penales, porque para él la existencia del concurso de tipos penales se encuentra limitado a que la conducta, al mismo tiempo, encuadre de manera simultánea en varios tipos penales. Nosotros pensamos que el argumento de Pessoa, no es obstáculo alguno para considerar los actos anteriores como concurso de tipos penales por consunción, ya que como bien lo establece Caramuti (2010, p. 220) los actos *anteriores* o posteriores producen el agotamiento del delito –lo destacado nos pertenece–.

Además la jurisprudencia afirma la existencia del concurso de tipos penales por consunción, estableciendo que los actos anteriores son absorbidos por el hecho principal.

A continuación, expondremos dos casos extraídos de libro del profesor tucumano (Caramuti, 2010, p. 234 y 235.)

- i. El delito de privación ilegítima de la libertad concurre en forma aparente con el robo, desplazando éste su aplicación, si la violencia tiene lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo y después de cometido para procurar su impunidad³³.
- ii. Coincidiendo temporalmente la tenencia ilegítima de arma de guerra con el robo agravado por el uso de armas, en tanto el arma fue utilizada únicamente durante la ejecución de este último, se produce un concurso aparente de leyes por consunción y la tenencia de arma de guerra queda subsumida por el delito de robo agravado³⁴.

Se podrá advertir la existencia de un punto de conexión entre los dos fallos, los actos anteriores (i. privación ilegítima, ii. Tenencia ilegítima de arma de guerra) son consumidos o absorbidos por el hecho principal (i. robo, ii. robo agravado por el uso de arma).

Aprovechamos en esta ocasión para cerrar una discusión suscitada por la doctrina entre el arma de guerra y el robo posterior, ya que algunos autores lo consideraban como un concurso ideal³⁵.

Nosotros, al igual que en la jurisprudencia anterior, consideramos al caso como un concurso de tipos penales en relación de consunción, donde el tipo que comprende el hecho principal (art. 166 inc. 2º del C.P., *robo con arma de fuego*) posee un núcleo de cierta elasticidad que absorbe a los actos anteriores al mismo (art. 189 bis, párr. 4º del C.P., *tenencia de arma de guerra*).

Veamos otro ejemplo extraído de la jurisprudencia: En el caso de que al utilizarse una tarjeta de crédito ajena se suscriben cupones, la falsificación concurre en forma aparente ya que integra el ardid de la estafa (del voto en disidencia del doctor González)³⁶.

En otras palabras, los actos anteriores (suscribir cupones –falsificación– art. 292 del C.P.) son absorbidos por el hecho principal (estafa mediante el uso de una tarjeta, art. 172 del C.P.), puesto que, el delito de estafa posee un núcleo de cierta elasticidad que absorbe o consume a los actos anteriores del mismo.

Por otra parte, los *actos posteriores*, por oposición a los anteriores, son aquéllos actos posteriores al hecho principal y que de no ser absorbidos por el tipo absorbente serian punibles

³³ CNCas. Penal, Sala IV, “Rodríguez, Raúl O. s/Rec. De casación”, LL, 2005-b-523, (2004)

³⁴ SC Mendoza, Sala II, “P.H., O. y otros”, LLGran cuyo, 2004.

³⁵ Para más detalles véase: Sandro (1998) “El virtual oscurantismo del concurso de delitos”, LL, 1998-B-789.

³⁶ CN Crim. y Corr., Sala VI, “Uda. Alberto A.” LL, 1999-A-317.

autónomamente, como delitos. Así por ejemplo, como en el caso anterior, si Javier hurta un libro y luego lo destruye (art. 162 y 183 del C.P.), el delito de hurto consume o absorbe al delito de daño cometido con posterioridad sobre el mismo objeto.

Nelson Pessoa (1996, p. 203) niega la existencia de los actos posteriores como un caso de concurso de tipos penales que pueda ser resuelto por vía de la relación de consunción, pues existen “dos o más conductas” y desde su punto de vista, no puede ser solucionado como un concurso de tipos penales, ya que en el mismo, debe necesariamente existir una sola conducta que queda comprendida en más de un tipo penal.

En su humilde opinión, los actos posteriores, en el caso del hurto y el daño posterior, no constituyen dos delitos, ya que la conducta de destruir es atípica, porque los tipos penales no son prohibiciones que se agotan en sí mismas, sino que tienen la finalidad de proteger a determinados bienes jurídicos. Y el bien jurídico protegido, que es la propiedad, se encuentra afectado por la conducta furtiva (hurto) y el daño nada agrega a esa lesión producida por el apoderamiento ilícito (Pessoa, 1996, p. 205 y 206).

Nosotros, como lo habíamos dicho anteriormente, pensamos que los actos anteriores o posteriores producen el agotamiento del delito (Caramuti, 2010, p. 220).

Veamos un caso jurisprudencial extraído del libro de Donna (Donna, De la Fuente, Maiza Piña, 2003, Tomo I, p. 519 y 520). El juicio ejecutivo iniciado por el cobro de un pagaré fraguado por el administrador de una sociedad y entregado a un tercero, en forma dolosa, debe ser considerado como expresivo de un concurso aparente por consunción con el delito de administración fraudulenta, ya que esa *conducta posterior* no tiene otro objeto que agotar el contenido disvalioso de la administración fraudulenta ya consumada y, por lo tanto, no da lugar a una nueva conducta, sino que es un supuesto más de la unidad de acción típica que se ha señalado³⁷.

Se entiende, los actos posteriores son absorbidos por hecho principal, por lo tanto, no hay dos delitos, sino uno solo que se exterioriza a través de la administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del C.P.).

Pensamos que la relación o principio de consunción forma parte, sin duda alguna, del concurso de tipos penales, sin embargo es una de las relaciones que más estudio requiere. Debido a que, el hecho llama a varios tipos penales a subsumirlo, pero lo más paradigmático, es que dichas figuras penales son de distinta *naturaleza* y el juzgador o el intérprete de la ley penal, puede

³⁷ TOCr. N° 7, 15-5-2000, “L., M. y otros”, LL Suplemento de jurisprudencia Penal del 13-8-2001, p. 39.

considerarlo, erróneamente, como un concurso real produciendo la violación del principio *ne bis in idem*, antes postulado.

E. Otras Relaciones

Queremos dejar en claro, que las relaciones, entre los tipos penales, no son reglas rígidas, sino que se deben apreciar en el caso concreto. Razón por la cual, pueden existir otras relaciones que aún no hayan sido elaboradas.

Así, por ejemplo, la relación de implicación y de absorción propuesta por Pessoa (1996, p. 169 a 209) son configurativa de otras relaciones existente entre los tipos penales llamados a concurrir. Con respecto a la primera, el jurista correntino (Pessoa, 1996, p. 171) nos enseña que se produce cuando la totalidad de los elementos del tipo implicante forma una parte del tipo implicante *de manera necesaria*, generando una superposición de espacio típico, pero si diferencia con la relación de especialidad en que los tipos llamados a concurrir son de diferente naturaleza - lo destacado nos pertenece-. En cambio, la relación de absorción el tipo absorbente contiene al tipo absorbido de manera “no necesaria” (Pessoa, 1996, p.189).

Nosotros, en cambio, pensamos que dichas relaciones (de implicación y de absorción) se encuentran, implícitamente, ubicadas dentro de la relación de consunción. De igual manera ubicamos dentro de la relación de consunción, como lo hemos pautado anteriormente, las características concomitantes (universales y habituales) prescriptas por el profesor cordobés Carranza Tagle (2011, p. 219, 224 a 227)³⁸.

³⁸ Para más detalles véase “Teoría del suceso humano fluyente” p. 26.

Capítulo V: Confrontación de las figuras

Introducción. Fundamentos de la confrontación

La situación que vamos a presentar, no ha sido estudiada suficientemente por la doctrina nacional, lo que, a su vez, implica la disparidad de criterios utilizados en el ámbito jurisprudencial frente a un mismo caso. Así por ejemplo, la relación entre abuso deshonesto y propagación de enfermedades venérea, fue resuelta como concurso ideal (art. 54 del C.P.) por el ST Entre Ríos, JER, 942-507 (1942); en cambio el mismo caso fue resuelto como concurso real de delitos (art. 55 del C.P.) por el T.S.J. Córdoba, LL, 30-597 (1945) Nino (citado por: Pessoa, 1996, p. 32)

La diferencia y semejanza existente entre el concurso ideal y de tipos penales la hemos puntualizado en el desarrollo de toda la obra, y sólo aquí, estableceremos una síntesis para que el lector posea una mejor comprensión de la temática.

Diferencias entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales

Para Pessoa (1996, p.103), El concurso ideal se configura cuando un hecho se encuadra “efectivamente en dos o más tipos penales” y se caracteriza porque: a) las figuras penales puestas en movimiento por el hecho no se encuentran contenidas las unas de las otras. b) las figuras en movimiento, tienen ciertos puntos de contactos entre ellas, pues *repiten o reiteran* ciertos aspectos del hecho. c) el conjunto de todos los tipos aprehenden la *totalidad* del hecho. Es decir, que en el concurso ideal ningún tipo penal abarca al hecho en su totalidad, ya que, el hecho llama a varios tipos penales, y cada uno de ellos lo aprehende de manera parcial, pero el conjunto de todos ellos lo aprehenden en su *totalidad*. Razón por la cual, el legislador a previsto que *necesariamente* se aplique el tipo que contenga la pena mayor (art. 54 del C.P.).

En cambio, como lo habíamos establecido, el concurso de tipos penales se produce cuando un hecho “llama” a varios tipos penales, de los cuales sólo uno de ellos, lo abarca o contiene en su totalidad (esto es producto de las relaciones, entre los tipos, antes mencionada). La aplicabilidad de la figura penal, que abraza al hecho en su totalidad, implica, necesariamente, la inaplicabilidad de las demás. Puesto que, de lo contrario, atentaríamos al principio *ne bis in idem*.

Fontán Balestra (citado por Caramuti, 2010, p. 195), elabora una serie de diferencias existente entre el concurso ideal y de tipos penales, pero solo una de ellas compartimos:

- 1) El concurso de tipos penales preexiste en la ley. En cambio al concurso ideal lo provoca una acción. Diferencia que no compartimos, puesto que, hemos afirmado que el hecho “llama” a varios tipos penales (ya sea para concurso ideal o para el concurso de tipos penales) y esos tipos convergen sobre el suceso humano fluyente. Es decir, sino existe un hecho o varios hechos tampoco existen delitos, por lo tanto no existe un concurso de delitos³⁹.
- 2) El concurso de tipos penales debe resolverlo el legislador y el ideal el intérprete. Hemos visto, en el punto anterior, que ambos tipos de concurso deben ser atendidos de manera efectiva y no abstracta por las consecuencias que acarrearán⁴⁰.
- 3) En el concurso ideal la pena aplicable es siempre la mayor. En cambio, en el concurso de tipos penales puede ser la menor. Apartada que si compartimos (abajo se expondrá los fundamentos).
- 4) En el concurso ideal las penas se absorben. En cambio, en el concurso de tipos penales hay una sola pena. No hemos tenido ocasión (debido al tiempo que poseemos) leer el libro de Balestra, pero esto nos muestra el poco entendimiento sobre el concurso de tipos penales. Negar la absorción en el concurso de tipos penales, es negar la existencia del concurso de tipos penales, ya que, como se ha explicado (Pessoa, 1996, p. 190) el tipo principal, contiene un núcleo típico de cierta elasticidad o amplitud que hace posible que la conducta por él prohibida se exteriorice bajo la forma descripta por otro tipo penal.⁴¹

De lo contrario, como se responderá al siguiente caso jurisprudencial: si el elemento que determina el pase de una figura simple (el robo) a una figura compuesta (el robo en concurso ideal con privación de libertad) es la prolongación en el tiempo de la retención de la persona, pues esa prolongación permite superar los márgenes del concurso de tipos penales, entonces dicha prolongación adquiere rango de elementos típicos, y en consecuencia no puede ser valorada doblemente. Según la mecánica del hecho, la experiencia indica que en muchos casos no es posible desapoderar a una persona de sus

³⁹ Para más detalles véase: Capítulo IV de la presente obra, p. 36.

⁴⁰ Ídem nota anterior.

⁴¹ Para más detalles véase: “la relación de consunción” p.47.

bienes a menos que se retenga, privándola su libertad, mientras se consuma el robo. En estos casos, los delitos contra la propiedad y la libertad no concurrirán de ningún modo, sino que la figura más grave, el robo, *absorberá*, al delito más leve (del voto del doctor Violini, en mayoría)⁴²

Conforme a todo lo anterior (desde el inicio de la obra) podemos decir, que la diferencia que existe entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales es la siguiente:

- a) En el concurso ideal, cuando el hecho llama a varios tipos penales *ninguno* de ellos lo contiene, abarca o abraza en su totalidad, sino que cada uno lo aprehende parcialmente. En cambio, en el concurso de tipos penales, el hecho “llama” a varios tipos penales pero solo uno de ellos (producto de las relaciones entre los tipos penales) abraza, abarca o contiene al hecho en su totalidad y los demás lo hacen parcialmente.
- b) En el concurso ideal, se aplica necesariamente el tipo de *pena mayor* por lo dispuesto en el art. 54 del C.P. En cambio, en el concurso de tipos penales, *no siempre*, necesariamente, se debe aplicar el tipo de pena mayor. Pues, como hemos visto, por ejemplo, en la relación de consunción, puede suceder que el tipo que comprende el hecho principal, absorba a los actos anteriores o posteriores al mismo, y que de no ser absorbidos por el tipo principal, serían punibles autónomamente. Dichos actos (anteriores o posteriores) son absorbidos por el tipo principal, aunque contengan una pena mayor⁴³.
- c) En el concurso ideal, ningún tipo incluye dentro de sí a otro u otros, como así sucede en el concurso de tipos penales (Pessoa, 1996, p. 104). Por eso, en el concurso de tipos penales se habla de inclusión y no de exclusión, porque los tipos repiten sus prohibiciones pero solo uno de ellos detalla al hecho en su totalidad.

Semejanzas entre el concurso ideal y el concurso de tipos penales

Precisamente, la importancia en distinguir el concurso ideal y el de tipos penales es solo para que el lector pueda comprender cómo aplicar dichos institutos en el caso concreto de una

⁴² Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala III, “F.M.A.; B.J.O. y E. V.H. s/Casación”, inédito (2007). Citado por: Caramuti (2010, p. 232).

⁴³ En oposición a la opinión de Caramuti (2010, p. 195) donde establece que solo es aplicable el tipo de pena menor en la relación de especialidad, mas no así, en la relación de consunción y de subsidiariedad. Pues de lo contrario no existiría un interés práctico dicha distinción.

manera práctica, sencilla y sin contradicciones.

Lo que ambas categorías poseen en común, es el efectivo múltiple encuadre (Pessoa, 1996, p. 104). Pues es el hecho quien “llama” a los tipos penales, y dichas figuras en juego, repiten las prohibiciones. Pero lo que sucede en el concurso ideal, es que cada una de las figuras penales aprehende al hecho de una manera parcial (razón por la cual debe aplicarse la de pena mayor). En cambio, en el concurso de tipos penales una figura penal aprehende al hecho en su *totalidad*, sin embargo, no significa que los demás tipos no repitan sus prohibiciones con respecto al hecho.

Veamos algunos ejemplos para que el lector pueda comprender: Lucas roba en despoblado y con armas un televisor que se encontraba atornillado en la pared. El hecho (el robo) llama a varias figuras penales (art. 166 y 167 del C.P.). Pero el lector podrá notar que cada una de las figuras en juego repiten prohibiciones y aprehenden al hecho de una manera parcial. Así en el art. 164 apoderarse de una cosa mueble total o parcialmente ajena con “fuerza en las cosas”, en el art. 166, si el robo se cometiere “con armas” y el art. 167, si el robo se cometiere en “despoblado”. Sin embargo, el hecho converge de una manera *efectiva* sobre cada tipo penal, pero ninguno de ellos lo aprehende en su totalidad, por lo tanto, debe aplicarse el tipo que contenga la pena mayor por lo dispuesto en el art. 54 del C.P. (concurso ideal) y el delito que posee la pena mayor es el art. 167 del C.P.

En el concurso de tipos penales, al igual que el concurso ideal, todas las figuras en juego convergen de manera *efectiva* sobre el hecho, debido a que se repiten las prohibiciones. Sin embargo, se diferencia en que una de las figuras penales comprende al hecho en su totalidad. Por ejemplo: Juan, tras romper la puerta a patadas se apodera de un televisor que se encontraba atornillado en la pared. El hecho (el robo) llama a varias figuras penales (art. 164, 167 y 183 del C.P.). Sin embargo, podrá notar el lector, que una de las figuras aprehende al hecho en su totalidad. Así el art. 164 el que se apoderare de una cosa mueble total o parcialmente ajena con “fuerza en las cosas”, el art. 167 si el robo se perpetrare con “perforación o fractura en la puerta” y el art. 183 el que “dañare una cosa mueble”.

Conforme a las relaciones que se generan entre los tipos penales en juego podemos decir: a) que entre el art. 164 y 167 existe una relación de especialidad. Puesto que, ambos tipos están contruidos sobre la misma base, pero difiere en que uno, el específico, art. 167 del C.P. aprehende, contiene o abarca al hecho de forma más acabada y completa que el otro el tipo general, (art. 164 del C.P.) b) A su vez, entre el art. 167 y 183 del C.P. media una relación de subsidiariedad expresa

ya que el art. 183 del C.P. queda *supeditado* a la no aplicabilidad del art. 167 del C.P. A Juzgar por todo lo anterior, podemos decir que el tipo que comprende al hecho en su totalidad es el art. 167 del C.P.

Lo importante es que el lector comprenda que todos los tipos llamados a concurrir, convergen de manera *efectiva* sobre el hecho humano en concreto, pues todos repiten prohibiciones que abarcan al hecho, ya sea de manera *parcial o total*.

Conclusiones Finales. Anexo de Casos

Una vez expuestas nuestras ideas acerca de la existencia del concurso ideal y de tipos penales, podemos resumir nuestras ideas centrales en los siguientes términos:

1. El concepto de hecho es aplicable tanto al concurso ideal como al concurso de tipos penales.
2. El hecho: es un suceso de acontecimientos, inseparables entre sí o bien separables pero suscitados en un espacio temporal muy estrecho, que se proyectan hacia la realidad jurídica Penal, quedando atrapados estos acontecimientos formalmente por más de un tipo Penal (esto último es solo para el concurso ideal y de tipos penales).
3. En el concurso ideal, el hecho llama a varios tipos penales, pero ninguno de ellos lo engloba, abarca o contiene en su totalidad, sino que cada uno de los tipos lo aprehende de manera parcial, sin embargo el conjunto de ellos lo contienen o aprehenden de manera total, razón por la cual debemos aplicar, necesariamente por lo dispuesto en el art. 54 del C.P., la pena mayor.
4. El concurso de tipos penales se produce cuando un hecho “llama” a varios tipos penales, de los cuales sólo uno de ellos, lo abarca o contiene en su totalidad.
5. Se diferencia el concurso ideal y de tipos penales, en que: a) el concurso ideal ninguno de los tipos llamados a concurrir abarca al hecho en su totalidad, en cambio en el concurso de tipos penales, uno de los tipos lo abarca en su totalidad. b) En el concurso ideal siempre resulta aplicable la pena mayor por lo dispuesto en el art. 54 del Cód. Penal. Lo que no siempre sucede en el concurso de tipos penales. c) en el concurso de tipos penales, los tipos llamados a concurrir se incluyen los uno de los otros. Lo que no sucede, así, en el concurso ideal.

6. Se asemeja el concurso ideal del concurso de tipos penales, es: en el efectivo múltiple encuadre de los tipos llamados a concurrir.
7. En el concurso de tipos penales, existen una serie de relaciones o principios: a) *La relación de subsidiariedad*: que se produce cuando una de las figuras, llamadas a concurrir por el hecho en concreto, es de aplicación condicional respecto a las demás. b) *La relación de especialidad*: que se produce cuando, el tipo especial contiene el *núcleo* (o base) del tipo general, pero difiere en que el tipo especial contiene otros elementos adicionales o específicos con respecto al tipo general. c) *La relación de consunción*: que se genera cuando el tipo principal absorbe al otro que forma parte de su ejecución, pues el tipo principal comprende la realización del otro, en forma anterior o posterior, de modo que la sanción del tipo principal absorbe a la sanción del tipo accesorio (actos anteriores o posteriores) al tipo principal. d) La relación de alternatividad: no forma parte del concurso de tipos penales, puesto que, los tipos llamados a concurrir por el hecho en concreto son incompatibles entre sí. e) otras relaciones: las relaciones, entre los tipos penales, no son reglas rígidas, sino que se deben apreciar en el caso concreto. Razón por la cual, pueden existir otras relaciones que aún no hayan sido elaboradas.

Anexo de Casos: en esta sección, simplemente, pretendemos exponer algunos ejemplos como colofón de nuestro trabajo de investigación. Solo se haremos mención de algunos casos sin que los mismos se encuentren solucionados.

Concurso Ideal:

- I. Un sujeto roba con armas y en despoblado una puerta antigua que se encontraba atornillada en la pared (arts. 164, 165 inc. 2 y 167 inc. 1 del C.P.).
- II. Un sujeto mata a una mujer sabiendo que se encontraba embarazada (arts. 79 y 85 del C.P.)
- III. Robar un camión dejado en la vía pública con mercaderías transportadas (arts. 163 inc. 5 y 6 del C.P.).
- IV. Un sujeto despojó violentamente a otro en despoblado y en banda, con armas y con escalamiento (arts. 166 inc. 2, párr. 1, susps. 1ro y 2do., y 163 inc. 4, en función del 167, inc. 4 °, todos del C.P.) (Carranza, 2011 p. 286)
- V. Alguien encubrió a otro receptando un arma de guerra (arts. 277 ap. 1 inc. B y 189 bis ap.

2 párr. 2º del C.P.) (Vera Barros, citado por: Carranza, 2011 p. 288).

Concurso de tipos penales:

i. Relación de especialidad:

- VI. Un fiscal omite realizar la persecución penal (arts. 248 y 274 del C.P.)
- VII. Un sujeto rompiendo la puerta del frente de la casa roba las joyas que se encontraban sobre la mesa (arts. 164 y 167 inc. 3 del C.P.).
- VIII. Un sujeto se apodera de una correspondencia ajena ingresando clandestinamente a su domicilio (arts. 153 2ª disposición y 162 del C.P.) – el art. 150 del C.P. no se aplica por el principio de subsidiariedad.

ii. Principio de Subsidiariedad:

- IX. Una persona se apodera de un celular ajeno ingresando clandestinamente a su domicilio (art. 150 y 162 del C.P.)
- X. Un sujeto mediante la compra de mercaderías entrega en concepto de pago un cheque sin provisión de fondos (arts. 302 inc. 1 y 172 del C.P.).
- XI. Una persona clavando una puñalada a otra le produce inmediatamente la muerte y rotura en su ropa (Arts. 79 y 183 del C.P.)
- XII. Un sujeto comete un robo, fracturando la puerta de entrada de un hotel (arts. 167 inc. 3 y 183 del C.P.)

iii. Relación de Consunción:

- XIII. Una persona roba a otra con arma de guerra (166 inc. 2º párr., 2º y 189 bis, ap. 2 párr. 4º del C.P.)
- XIV. Un sujeto mediante la falsificación de cupones de tarjeta, estafa a otro (arts. 172 y 292 párr. 1º).
- XV. Un sujeto se apodera de una bicicleta y luego la destruye ocultando su impunidad (arts. 162 y 183 del C.P.)
- XVI. Un sujeto mediante un falso testimonio hace labrar falsamente el acta a un funcionario público (arts. 275 y 293 del C.P.).
- XVII. Una pareja contrae matrimonio conociendo que se encuentran casadas previamente (arts. 134 y 239 del C.P.).

Listado Bibliográfico:

- Caramuti Carlos S. (2010) *Concurso de Delitos*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.
- Carranza Tagle Horacio A (2011) *Introducción al Concurso de Delitos*. Buenos Aires. Ed. BdeF.
- Chiara Díaz, Carlos A. (2011) *El Cód. Penal y Leyes Complementarias, Concordado y Anotado*. 1ª Edición, tomo III. Rosario, Santa Fe Ed. Nova Tesis Editoriales Jurídicas
- Córdoba Gabriela E. Sarrabayrouse Eugenio C. Ziffer Patricia S. Pastor Daniel R. Sancinetti Marcelo A. (2010) *Reflexiones sobre el Procedimiento Penal: Una tarde con Julio Maier*. Buenos Aires. Ed. AD HOC.
- Creus Carlos (1994) *Derecho Penal. Parte General*. 3ª Edición. Buenos Aires. Ed. Astrada.
- D'Albora H, Francisco J. (1990) *El aparente concurso de leyes*, LL, 1990-B, 1145.
- Devoto, Eleonora A. (1999) *Entre el concurso ideal y el concurso aparente de leyes y un comentario agregado*, LL, 1999-A, 317.
- Donna Edgardo Alberto, Javier Esteban de la fuente, María Cecilia Maiza, Roxana G. Piña (2003) *El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia*. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Gómez, Eduardo O. (1992) *El concurso aparente de normas*, LL, C1992-212.
- Gómez, Eduardo O., (1992). *Concurso aparente de normas*. Comentario J.C.P.L, LL, 1992-D, 1315.
- Lascano, Carlos J. (2005) *Der. Penal, parte general*, Córdoba, ed. Hammurabi.
- López, Girón Pablo. A. (2003) *concurso ideal y real de delitos*, LL, 175
- Maldonado, Horacio S. (1988) *Concurso aparente de tipos y error*, LL, 1988-C, 272.
- María de la Palma A. del Pozo (2007) *El concurso ideal de delitos* Ed. Universidad de Granada.
- Nuñez Ricardo C. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Córdoba. Ed. Marcos Lerner.
- Nuñez, Ricardo C. (1979) *La inseparabilidad de las lesiones jurídicas como explicación del Concurso Ideal de delitos*, LL, 1979-D, 439.
- Nuñez, Ricardo C. (1988) *Las Disposiciones Generales Del Cód. Penal*. Córdoba. Ed. Marcos Lerner.

- Pessoa Nelson R. (1996) *Concurso de Delitos*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi.
- Sánchez A. Freytes. (2008) *Manual de casos práctico*. Córdoba, Ed. Mediterránea.
- Sandro (1998) “El virtual oscurantismo del concurso de delitos”, LL, 1998-B-789
- Soler, Sebastián (1988) *Der. Penal Argentina*. Tomo II. Buenos Aires. Ed. Tea.
- Terán Lomas Roberto A. M. (1981) *Indivisibilidad del Concurso Ideal*, LL, 1982-A, 448.
- Vásquez, Roberto V. (1997) *El concurso de Circunstancias Calificante*, LL, 1997-E, 916.
- Viñas, Raúl H. (2007) *Der. Penal, Parte General*”. Rosario. Ed. Nova Tesis Edit. Jurídicas.
- Zaffaroni Raul Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro (2005) *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Ed. Ediar.

Listado Legislativos:

- Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba.
- Código Penal de la Nación.
- Constitución de la Provincia de Córdoba.
- Constitución Nacional. Tratados Internacionales.