



Edición N°6 – Diciembre 2024

Derecho Penal y Criminología

www.aidca.org/revista

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCURSO DE DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Por Oscar Tomás VERA BARROS¹

Resumen

En las disposiciones generales del Código Penal de la República Argentina, tenemos el Título IX denominado Concurso de Delitos, en una alusión a la concurrencia delictiva, es decir, la situación en que hay un solo sujeto, y varios delitos cometidos. Pero, en la realidad jurídica resulta que únicamente el concurso real es una verdadera concurrencia delictiva. Si bien el Código Penal solo dispone respecto al concurso real y el concurso ideal, en la doctrina y jurisprudencia se agregan bajo este Título, al concurso aparente de leyes, y al

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), exprofesor por concurso de Derecho Penal Parte General y Parte Especial (UNC). Ex profesor de Derecho Civil II (obligaciones) en Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal. Profesor consulto Universidad Blas Pascal. Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, con acuerdo del Senado. Jurado en concursos posgrado en distintas universidades. Autor de varios libros como autor y numerosos artículos en obras colectivas.



delito continuado. Ha habido una interpretación de tales institutos para nada uniforme, y; en general, con fallas lógicas al momento de subsumir el actuar delictivo en alguna de las formas del concurso de delitos. Tales fallas lógicas provienen de la utilización equivocada de paradigmas superados. En este trabajo de investigación, hemos señalado cuáles son los errores en la interpretación, y cuáles son las herramientas para superar aquellos equívocos; señalando desde la dogmática y la ciencia jurídica, y con un análisis de los aspectos empíricos de estas cuestiones, la correcta interpretación.

Palabras clave.

Acción, conducta, imputación, causación, paradigmas.

Summary.

In the general provisions of the Criminal Code of the Argentine Republic, we have a Title IX called Concurrence of Crimes, in allusion to the criminal concurrence, that is, the situation in which there is a single subject, and several crimes committed. But, in legal reality, it turns out that only the real competition is a true criminal competition. Although the Penal Code only provides for the actual and the ideal competition, in doctrine and jurisprudence they are added under this Title, to the apparent competition of laws, and to the continuous crime. There has been an interpretation of such institutes that is not at all uniform, and, in general, with logical flaws at the time of subsuming the criminal act in any of the forms of the concurrence of crimes. Such logical failures come from the misuse of outdated paradigms. In this paper, we have pointed out what the errors in interpretation are, and what are the tools to overcome those misunderstandings; pointing out from dogmatics and legal science, and with an analysis of the empirical aspects of these issues, the correct interpretation.

Keywords.

Action, conduct, imputation, causation, paradigms.



INTRODUCCIÓN

Previamente advertimos que las referencias a algún artículo en particular, lo es en el contexto del Código Penal argentino.

Un concurso de delitos, es una situación en la que, habiendo unidad de actor, aparece una pluralidad de bienes jurídicos desbaratados, en el sentido de que se le atribuye más de un tipo penal. Pero, como veremos, en nuestro Sistema Jurídico, solamente el concurso real es una pluralidad de delitos cometidos por el sujeto. Se ha definido al concurso de delitos como: “[...] la situación particular que se plantea cuando el comportamiento de un sujeto encuadra en múltiples tipos penales (es decir, cuando su conducta es descripta por varios tipos). Si de ese análisis se constata un solo hecho, es concurso ideal. Si existen varios hechos, hay que distinguir: si son dependientes entre sí, es delito continuado, y si son independientes, es concurso real”². En lo que no estamos de acuerdo con los autores relacionados, es que no vemos correcta la afirmación de que, en el delito continuado, los varios hechos tengan alguna dependencia entre sí, como veremos en otro punto de este trabajo.

También decimos, que, en el Sistema penal, la ley estipula en la concurrencia delictiva, solamente dos clases: el concurso ideal y el concurso real; donde, a su vez, solamente el concurso real es una verdadera concurrencia de delitos, entendiendo al delito como una acción típica, antijurídica y culpable; y por ello, punible que es lo que nos interesa.

Dentro del concepto de concurrencia mantenido por la doctrina, tenemos:

- a) Concurso aparente de leyes;
- b) Delito Continuado;
- c) Concurso Ideal; y
- d) Concurso Real (verdadera concurrencia – pluralidad delictiva).

² De la Rúa, Jorge - Tarditti, Aída. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Tomo 2, pág. 362). Buenos Aires, Hammurabi.



Lo primero que debe preocuparnos, es si hay un solo delito o más de uno; y, por cierto, la certeza de que, si un delito es una conducta, cuántas conductas encontraremos.

Pero, ¿a qué le llamaremos conducta? Debemos estipular un significado, pues normalmente se hace referencia a: acción, hecho, obrar humano, etc. En nuestra apreciación, sostenemos que: en el ámbito jurídico-penal, acción y conducta son sinónimos que representan una actuación típica dolosa o culposa.

La acción, para ser punible, debe ser el resultado de una decisión motivada del sujeto, y por cierto que consciente y reflexiva. Vemos así, que *el hecho* del artículo 54 (concurso ideal), y *los hechos* del artículo 55, son acciones.

Lo empírico y lo jurídico. Causación e imputación.

Debemos deslindar estos ámbitos, pues en el plano puramente empírico, una acción puede provocar materialmente un daño a algún bien jurídico, como, por ejemplo, provocar la muerte de otro. Pero puede suceder, que esta muerte es atribuida materialmente al autor de la acción típica, sin que por ello sea punible. En tal caso, habrá *causación*, más no *imputación*; y ello sucede cuando, por ejemplo, un sujeto mata –queriendo matar– a otro, pero está justificado por haber actuado en legítima defensa. Es decir que, no hay delito por ausencia de antijuridicidad, y todo queda en el plano exclusivamente empírico.

En el plano jurídico, si la acción típica de matar –queriendo hacerlo– no está justificada y existe culpabilidad, esta muerte le será atribuida materialmente (hay *causación*), y además de ello, le será *imputada* al sujeto porque tuvo el propósito de realizar el tipo objetivo. Ello conduce a que esa acción es punible.

Acción según dos paradigmas.

a) La acción en el paradigma del positivismo jurídico, es tan solo un movimiento corporal voluntario causante de un cambio en el mundo exterior al sujeto. Lo que se sostiene en este paradigma, es que la voluntad en la acción es receptada como desprovista de toda motivación. Por ello, en la Teoría Jurídica del delito, a esta acción que es la primera categoría, le sigue la tipicidad, luego



la antijuridicidad, y por último la culpabilidad, donde reside la motivación del actor.

De tal modo que, la acción ya es punible si el sujeto quiso apretar el gatillo del arma, o acometer con un cuchillo; pues, su motivación: *para matar*, se la encuentra en la culpabilidad.

b) A partir del finalismo con el que se aplica otro paradigma, la acción también es aquel movimiento voluntario que causa un cambio en el mundo exterior; con la diferencia de que, en la voluntad de la acción se contabiliza su motivación. Así, la acción será punible, si el sujeto apretó el gatillo *con el propósito* de matar.

Welzel explicó que la acción es una estructura lógica objetiva, y por ello es incorrecto negarle el propósito o finalidad.

I. CONCURSO APARENTE DE LEYES

Veamos qué se entiende por Concurso Aparente de Leyes, y en esta cuestión vemos que es importante negar que, desde el derecho, se pueda cambiar la realidad.

El modo en que se explica al Concurso Aparente, es advirtiendo que dicha *conurrencia*, no es otra cosa que una relación entre tipos, es decir, situaciones lógicas, no empíricas, que dependen exclusivamente de la formulación de cada Parte Especial de un determinado Código Penal. Le llamamos *aparente*, pues en la realidad no existe concurrencia alguna. Una conducta humana puede ser delito o no; pero si es delito, solamente estará abarcada por un solo tipo penal.

Hay concurrencia aparente cuando una conducta punible, está contenido total o parcialmente en más de un tipo penal, pero con la consecuencia jurídica de que el sujeto ha violado solamente una única ley, es decir, un único tipo penal.

Ello acontece cuando un obrar humano, en principio, está abarcado por varios tipos delictivos; pero solo se puede aplicar uno de ellos, que es el que comprende la totalidad del injusto (es una acción que cumple con todos los requisitos de uno de los tipos), quedando relegado por inaplicable, el otro tipo relacionado con ese obrar.



Cuando se intenta conocer qué ley penal se debe aplicar en un caso concreto, se debe verificar si en el hecho existe alguna relación entre los tipos penales que aparecen en principio como aplicables a una única acción.

Se trata de decidir de manera estable, qué pena corresponderá al sujeto que, por ejemplo: roba, lesionando levemente a la víctima como resultado de la violencia ejercida sobre ella; es decir, si se aplicará solamente la pena del robo o también es posible aplicar la pena correspondiente a las lesiones (concurrirían ambas). En otro ejemplo, el sujeto roba, pero para robar efectúa un “boquete” en una pared; donde se trata de decidir si es correcto imputar robo y también daño.

Generalmente se afirma que en los casos de concurso aparente de leyes la discusión versa sobre la relación de tipos entre sí (dos objetos).

En realidad, ello no es así, puesto que son tres los objetos: los dos tipos relacionados y la acción desplegada en el caso concreto. Podemos concluir que en el Sistema aparece como efectivamente lesionado un solo bien jurídico a partir de una única acción, y por cierto que uno será el delito. Se afirma que: “[...] habrá un concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor sólo haya cometido una única lesión de la ley penal.”³

Vemos que, en el ejemplo del robo y daño en la pared no es posible concurrir el robo del artículo 164, con el daño del artículo 183. No cabe el concurso de delitos, puesto que el artículo 167.3 abarca ambas situaciones en forma total.

En el caso de una concurrencia aparente, al intérprete se le presentan en un primer *momento lógico*, una acción y dos tipos penales como posible solución aplicable al hecho concreto, de tal modo que, en este primer momento, la doble tipificación se presenta como real, efectiva y aplicable bajo la forma de concurso, porque no concluyó su análisis.

En un segundo momento lógico se llega a la conclusión jurídica y definitiva según la cual, por efecto del propio sistema, uno de los tipos es el técnicamente apropiado, relegando en consecuencia al otro. En este segundo momento se

³ Bacigalupo, Enrique. (2007). Derecho Penal. Parte General, pág. 570. Buenos Aires, Hammurabi.



advierte que la doble configuración era aparente por la inaplicabilidad de uno de los tipos en el caso particular.

En un tercer momento lógico, se concluye que el hecho tiene y siempre tuvo, un único tipo aplicable.

Todo ello nos lleva a afirmar que el concurso aparente de leyes como contingencia dogmática representa *clases* de tipos, relacionados entre sí por el solo hecho que están conectados por alguna de las siguientes modalidades:

- a) *Especialidad*. Un tipo contiene las mismas características del otro con el agregado de notas específicas. Donde el específico desplaza al genérico: artículo 80.1 desplaza al 79 porque aprehendió totalmente el hecho. Es aplicación del principio que reza que la ley especial deroga la general.
- b) *Implicación*. Un tipo contiene al otro: Robo calificado del 167.3 contiene necesariamente a la causación de daño.
- c) *Absorción*. La conducta descrita por uno de los tipos puede, eventualmente, ejecutarse con la modalidad propia del otro tipo: Estafa del artículo 172, en el caso de que exista engaño y error, absorbe al libramiento de cheques sin fondos del artículo 302.1. También, el artículo 119 tercer párrafo absorbe al artículo 130, pues un acceso carnal violento (contra la voluntad de la víctima), requiere forzosamente que la víctima haya sido privada de su libertad.

El concurso aparente de leyes es en realidad *una mera apariencia*, pues una sola de las leyes resulta aplicable al *caso particular* que, una vez que ha sido debidamente circunstanciado es lo único existente e inamovible para el derecho.

Y ese *caso particular* tiene, y debe tener, un solo reflejo típico; pues de otro modo, si el caso estuviera representado íntegra y perfectamente por más de un tipo penal, estaríamos ante una redundancia legislativa cuyo efecto inmediato es la obligada derogación de uno de ellos, ya que afectaría la garantía de *non bis in ídem*.

En definitiva, podemos concluir que las reglas que se aplican en el tratamiento del concurso aparente de leyes (la *relación* existente entre los tipos en juego), no resuelve un conflicto o concurso de leyes, sino que, esa relación expone el fundamento de la única tipicidad; porque en la realidad fáctica y jurídica tal conflicto o concurso nunca existió.



Ello así, porque el Tipo es una combinación de circunstancias –que son los requisitos del tipo– y no un simple agregado de ellas. En el ejemplo de hurto simple del artículo 162, son requisitos del tipo *el apoderamiento, la ilegitimidad del apoderamiento, la cosa mueble, y la ajenidad total o parcial de la misma*; de tal modo que, si encontramos que en una conducta están presentes tales requisitos y ninguno más, esos requisitos están combinados de tal modo, que a esa situación le llamamos *hurto*. De la misma manera que si se colocan juntos y se mezclan dos líquidos: uno azul y otro amarillo, al resultado lo denominamos *verde*, pues es una combinación y no un simple agregado; y con ello ya no tiene sentido cualquier consideración sobre los componentes originarios.

II. DELITO CONTINUADO

La doctrina contemporánea en general partió del texto del artículo 55 del Código, que establece que la concurrencia real se manifiesta cuando hay varios hechos independientes a ser juzgados. Ante la presencia de varios hechos, pero considerados como no independientes por ser parte de una única resolución o plan delictivo, no podrán encuadrarse como concurso real.

La solución a que se llegó fue que, al no poder subsumir esa modalidad de delincuencia en la forma de concurso real ni en la de concurso ideal, se la entendió que es un solo delito por interpretación a *contrario sensu* del artículo 55 C.P. ya que, si bien están presentes varios hechos, ellos se presentan como dependientes por ejecutarse con la finalidad de realizar el único plan.

La razón del delito continuado como delito único debe provenir del análisis del tipo, simplemente porque es un problema de tipicidad. En un análisis correcto surge que el delito continuado, proviene de la interpretación de algunos tipos que admiten la pluralidad de la conducta, tomándose a cada una de ellas como un agregado al contenido de injusto de las anteriores. Por ello es que conviene tener presente que la denominación de *delito continuado* proviene de la circunstancia de que cada uno de los hechos es *la continuación* del anterior, y no a *continuación* del anterior. La hipótesis de delito continuado se construye en aquellos delitos que permiten un fraccionamiento del hecho pretendido en el plan del sujeto.



Claro está que ello dependerá del bien jurídico, pues algunos bienes permiten material y dogmáticamente un fraccionamiento de la conducta típica, y otros, no.

No estamos de acuerdo con la tesis generalizada de que el delito continuado esté conformado por una sucesión de hechos *dependientes*, lo que permite para los que piensan así, implicarlo a partir de las disposiciones del concurso real que es una concurrencia de hechos independientes. Se dice, en tal caso, que el delito continuado surge a *contrario sensu* del concurso real.

Además, no nos conforma predicar la dependencia de los hechos, pues el delito continuado se fundamenta en la circunstancia de ser *una modalidad para ejecutar un único y unitario plan*. Más que dependencia, es una simple yuxtaposición de hechos para satisfacer el plan delictivo bajo esa modalidad. Por ello es que, a los varios hechos que se observan, lo más correcto es denominarlos *actos*, pues, si bien es cierto que cada acto es un delito completo, la doctrina, no la ley, sin un fundamento científico, lo ha catalogado como un único delito.

Lo cierto es que, la idea de una dependencia de hechos sucesivos no es correcta, con mayor razón si sostenemos que cada uno de los actos constitutivos del delito continuado es un delito completo y consumado, pues de otro modo no podemos hablar de continuación.

Pensamos más bien, que los hechos del delito continuado forman, cuando el caso concreto lo permite, un todo unitario que surge de la interpretación racional del tipo en cuestión, y en que, cada hecho a partir del primero, es el modo material utilizado por el sujeto para lograr el fin propuesto.

De las enseñanzas de CARRARA transcribimos: “Pero si el agente ofende siempre con repetidas violaciones *una misma* ley penal, entonces parece que el *fin* de las diversas violaciones se unifica, por lo menos, desde un punto de vista genérico; y la unificación del fin parece que debe conducir a unificar también el delito. Tal es la sutilísima teoría de la *continuación*, cuyo origen está en la



benignidad de los prácticos, quienes con todo esmero intentaron hacer menos frecuente la pena de muerte que se infligía para el tercer robo”⁴.

Lo importante es que habrá delito continuado si cada uno de los actos, además de ser delito completo en sí mismo, permite su continuación a los fines de *proseguir con algo que no está concluido*; es decir que, cualquier acto posterior mantiene vivos los efectos del anterior sin que se produzca una interrupción que signifique una renovación de la acción, o una nueva acción. Es necesario que todos los actos o hechos delictivos tengan el mismo encuadramiento típico.

El delito continuado es de clara aplicación a los desapoderamientos, defraudaciones, sevicias, y uso de pesas falsas, por ejemplo; pero de dudoso encuadramiento en otras clases de delitos.

No parece atinado aplicar el criterio a los accesos carnales, ya que vemos imposible por la estructura del delito de violación, por ejemplo, que se pueda interpretar que una segunda violación es la *continuación* de la anterior, o que sea *proseguir con algo que no está concluido*; aunque sean consumadas en un contexto especial, como puede ser que el sujeto viole repetidamente a otra persona que tiene secuestrada, aun en el caso de que previamente se haya propuesto accederla carnalmente varias veces.

Es que un análisis racional del tipo penal de acceso carnal violento nos permite concluir que un primer acceso carnal, una vez realizado, está consumado y agotado, por lo que mal se puede interpretar que un segundo acceso carnal es la continuación del anterior como si se necesitase completar lo que está incompleto.

En cuanto a la posibilidad de continuación en delitos distintos, rechazamos la heterogeneidad sustancial de los diversos hechos, pues ese criterio se contradice con la idea de unidad de delito. Una serie de hurtos entre los cuales se comete un robo, impide calificar los actos de hurto más el acto de robo, todo ello a título de delito continuado. O es hurto o es robo si queremos predicar que se trata de un único delito. En este supuesto, el robo irá en concurso

⁴ Carrara Francesco. (1996). Programa de derecho criminal. §514. Santa Fe de Bogotá, Temis



real con el delito continuado de hurto, que por su parte está formado por actos parciales de hurto.

El delito continuado es una creación doctrinaria, y pensamos que no se debería aplicar tal como sucede actualmente. Lo correcto, sería que, por vía legislativa, se determine en la parte general del Código, una disposición que contemple y limite debidamente los casos; con una pena adecuada. Respecto a ello, se ha enseñado: “Para que exista la figura de *varios delitos*, es necesaria la existencia de *varias acciones*, cada una de las cuales debe representar por sí misma una ofensa a la ley. Ahora bien, dada esa *pluralidad de acciones*, el rigor de los principios exigía que ellas se imputaran a su autor como otros tantos títulos delictivos distintos; pero como ello conducía, por consecuencia lógica inevitable, a una suma de penas que podía ser exorbitante, los prácticos introdujeron la doctrina de la *continuación*, que tiene el benigno fin de considerar los *diversos delitos* como *un solo delito continuado*, con el objeto de aplicarles una imputación global, más grave que la atribuible al delito *único*, pero nunca equivalente a la suma que resulta de la atribución de las imputaciones correspondientes a cada infracción”⁵.

III. CONCURSO IDEAL

Consideraciones previas.

Al principio de este trabajo hemos expresado cuál es el significado de los términos acción y conducta, en una comparación entre la concepción causal y la final.

Durante largo tiempo fue aceptado en la dogmática penal, que el delito, en cuanto ente cultural, responde a un modelo jurídico cuya armazón se puede describir en la teoría jurídica del delito, como un sistema estratificado, en el que, cada estrato o “capa”, ha sido llamado tradicionalmente elemento del delito, aunque hoy lo reconocemos como categoría del delito. Tales categorías son la acción, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad; aunque modernamente es válido reducirlo al tipo o (acción típica), antijuridicidad y culpabilidad. Se decía

⁵ Carrara Francesco. (1996). Programa de derecho criminal. §519. Santa Fe de Bogotá, Temis



que la acción tenía una estructura simple, desprovista de los propósitos que hoy se exigen para reconocerle a esa acción carta de ciudadanía en el derecho penal.

Aquel paradigma aceptado por la comunidad de penalistas, fue agotándose en la medida en que se advirtió su incapacidad de asimilar ciertas anomalías, entre las cuales tenemos una que nos ocupa alrededor del concurso ideal. En efecto, el conocido ejemplo del explosivo detonado con la intención de matar a varios, o el único disparo de fusil con igual finalidad, debía considerarse concurso ideal por provenir de una única acción (en lo material); solución que los jueces y la doctrina no podían aceptar a pesar que veían una única acción. El problema residía en que, tal como lo formulaba la ley (una acción), resultaba al decir de los doctrinarios, una injusticia por el hecho de beneficiar al que, por su propia conveniencia había optado por esa modalidad simple (el explosivo) de matar a varios. Se dijo entonces, que la fórmula legal tenía una desmesurada amplitud en su interpretación.

Sin que haya variado el contenido de la acción como base de la imputación, es decir, sin cambios en el paradigma causalista preponderante, se intentó resolver el problema sustituyendo un término en el texto de la ley, con lo que se apeló a un modo incorrecto, y que, para más, resultó ineficaz. Así ocurrió en Italia con el proyecto de 1877 y luego con el Código italiano de 1889; antecedente éste, cuyos presupuestos filosóficos concitaron la adhesión de nuestra doctrina tradicional.

Si el concepto naturalístico y puramente causal de la acción era lo que permitía la anomalía en cuestión, se intentó corregir tal “molestia” utilizando otro término (hecho en lugar de acción); tal vez en la esperanza de que los jueces puedan de este modo, resolver el problema de la irregularidad, desmesura o injusticia detectada en algunos casos considerados de acuerdo a la letra de la ley, como concurso ideal.

El concurso ideal por definición en sí mismo no es ni puede ser anómalo, pero, su aplicación dentro del paradigma de delito aceptado por los penalistas, demostró que existían anomalías en su aplicación, problemas esos que aquel paradigma no era capaz de asimilar. Lógicamente, que el problema desaparece



con un cambio de paradigma y no con una nueva denominación del obrar humano (acción al hecho). La nueva denominación no aportó soluciones a la cuestión.

Siguiendo el camino de los cambios legislativos, fundamentalmente lo acaecido en Italia y las redacciones de códigos como el belga y el holandés entre otros, se plasmó en nuestro país el proyecto de 1891 (artículo 78) en el que se redactó la disposición del concurso ideal utilizando esta vez el término *hecho*. Pero, se temía a partir de la experiencia italiana que tal novedad no resolvería aquella situación de “desmesurada amplitud” del concurso ideal, lo que se intentó dejar corregido con una cláusula de cierre –inciso 3° del artículo 111– que, a modo de remedio del problema, disponía que corresponde presidio perpetuo “al que matare a la vez a dos o más personas”; con lo que se introdujo una enmienda para rectificar “forzadamente” la anomalía que el paradigma no podía asimilar; esto es, se pretendió corregir el problema con una pena perpetua, convirtiendo esos homicidios en homicidios calificados por el solo hecho de consumarlos mediante una única conducta.

Con ello podemos advertir que el cambio de la acción por el hecho no resolvía el problema, pues se seguía interpretando que el hecho era una acción un tanto especial; y la enmienda consistiría en decir que cuando el hecho era el matar a la vez a dos o más personas, aunque se lo deba considerar legalmente como concurso ideal, su pena para este caso en particular dejaría de ser “injusta”. Quedaba así en una posición más cómoda la eventual configuración como concurso ideal del caso del explosivo para matar a varios, al ocultar la criticada “desmesurada amplitud” en la benignidad. Esta solución proyectada no conformaba a la doctrina, y así, vemos que Segovia en 1895 redactó su proyecto (artículo 19) empleando la expresión “acto punible”, o sea, un regreso a la acción propia del positivismo jurídico.

Pasando por los proyectos de 1906 y 1917 se llegó al Código sancionado por la ley 11179, en el que quedó fijado que el concurso ideal debía surgir de *un hecho*. Lo que ocurrió, en definitiva, fue que casi la generalidad de los jueces –correctamente– no dejaron de interpretar este concurso a partir de la acción desplegada por el sujeto. La doctrina en cambio, como hemos visto, lo que hizo fue “saltar” por sobre el problema con el desarrollo de la teoría de la “unidad de



hecho”⁶, que, en realidad, no alcanzó a radicarse ni total ni definitivamente en las decisiones judiciales. Es que, esta teoría no pudo ser explicada con uniformidad, generando varias sub-teorías (inseparabilidad de lesiones, efecto real, exceso de dolo, influencia de circunstancias accidentales, etc.). Todo ello muestra que, en rigor de verdad, no se pudo desarrollar una teoría carente de anomalías o dificultades sobre el concurso ideal.

Las soluciones propuestas por nuestra doctrina pasan por el cómputo de resultados mediante artificios interpretativos de la relación de los resultados entre sí, y no por una definitiva interpretación de la conducta del sujeto y sus consecuencias jurídicas, como base inobjetable de la imputación. Es decir, lo correcto es analizar lo que el autor realmente realizó y sus consecuencias frente a la ley; haciendo foco en que, si hubo más de un bien jurídico desbaratado, qué le es imputable jurídicamente, y qué la es atribuible solo empíricamente.

Los mentores de la teoría de la unidad de hecho terminaron reconociendo que el concurso ideal representa un verdadero problema y se generaron interminables discusiones. También se reconoció que lo que se imputa a un sujeto son sus acciones, y en base a ello, los jueces en general han interpretado al hecho del artículo 54 como una acción. Pensamos en base a esta realidad, que el sostenimiento de la teoría de la unidad de hecho en nuestro país, no resolvió el “problema” existente en el concurso ideal, pues vastos sectores doctrinarios continuaron admitiendo el viejo paradigma de la acción puramente causal, que había demostrado su incapacidad de asimilar la referida anomalía. En una idea similar al inciso 3 del artículo 111 del proyecto de 1891, SOLER, – negando ya el concurso ideal– en el artículo 81 del anteproyecto de 1960, también intentó corregir el problema al disponer que, en caso de concurso ideal, se aplicarán las reglas del concurso real; con lo que, en definitiva, al no poder resolver la dificultad; simplemente decidió que el concurso ideal podía presentarse en los hechos, pero se le negó existencia jurídica. Pero esta redacción del artículo 81 fue objeto de crítica por parte de la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora del anteproyecto, con lo que derivó en una nueva formulación del artículo 81 reconociéndose existencia al concurso ideal, pero

⁶ Que se la entendió como superadora de la teoría de la “unidad de acción”.



facultando al juez a aumentar el máximo de la pena. Es decir, se decidió que el delito más grave podía quedar automáticamente agravado en su pena, tal vez, para eliminar la “injusticia”, que no era injusticia, sino que se encuadraban como concurso ideal verdaderos casos de concurso real.

Queda claro definitiva, que la solución al problema de las irregularidades o anomalías de algunos casos de concurso ideal no pasa por cambiar el texto de la ley, pues, siendo tanto acción como hecho el término empleado, la solución debe pasar por la interpretación de tales términos conforme al actual paradigma de delito, que tiene a la acción como un fenómeno humano en toda su extensión, es decir, una conducta dotada de potencia causal a los fines de la atribución de resultados, y también de voluntad dolosa o culposa a los efectos de la eventual imputación penal.

Podemos decir en consecuencia, que la formulación de la teoría de la “unidad de hecho” sólo significó una búsqueda empeñosa de la forma de corregir anomalías resultantes de un limitado y superado paradigma; y que, en definitiva, más que corregir sólo se pudo disimular o encubrir el verdadero dilema, pero contrariando garantías constitucionales.

Paradigmas

La unidad y pluralidad delictiva son institutos del derecho penal que se desarrollaron históricamente dentro de ciertos criterios de base, es decir, paradigmas, que le prestaron el marco teórico no solamente para su desarrollo, sino también para su interpretación.

Así podemos decir que un paradigma es “un grupo de proposiciones que, aceptado por la comunidad científica en un momento dado, determina qué es lo que va a considerarse como ciencia en el período de su predominio”⁷, o sea, un conjunto de creencias, valores y técnicas compartidos por una comunidad científica.

Un paradigma debe ser capaz de asimilar anomalías, propiedad de la que proviene el desarrollo acumulativo de la ciencia. Si el paradigma preponderante,

⁷ Cortés Morató, Jordi - Martínez Riu, Antoni. (1996). *Diccionario de filosofía*. Barcelona, Herder.



pierde la capacidad de asimilar anomalías, es que ha llegado el momento de un cambio de paradigma.

Es importante poner de relieve un cambio legislativo que se dio en nuestro país, focalizado precisamente en el concurso ideal, esto es: la migración de la discusión de la unidad de acción hacia la discusión de la unidad de hecho.

Frente a la realidad judicial que muestra una diversidad de criterios para nada uniforme y en general erráticos en la solución del concurso ideal, y a la diversidad de interpretaciones doctrinarias (en la misma teoría de la unidad de hecho coexisten posturas distintas, tales como la unidad de resolución, la inseparabilidad de las lesiones, fallos judiciales que se adaptan más bien a la teoría de unidad de acción, etc.), es razonable afirmar que en nuestro país no hubo efectivamente un cambio de paradigma o sustento científico para esta cuestión del concurso ideal.

En consecuencia, parece también razonable preguntarse si los distintos puntos de vista; *unidad de acción* o *unidad de hecho*, responden sustancialmente paradigmas distintos.

Es así que concluimos que, el esquema causal es un paradigma distinto del final que lo supera; y mientras no se comprenda cabalmente esta cuestión conceptual, es imposible llegar científicamente, a un acuerdo sobre el contenido semántico del concurso ideal del artículo 54 del Código.

Cuando la doctrina de nuestro país enrolada en la supuestamente superadora teoría de la “unidad de hecho” emprendió la tarea de intentar explicar el concurso ideal a partir del análisis de los resultados de la conducta, como, por ejemplo, el *efecto real* o la *inseparabilidad de lesiones*; o un análisis de la culpabilidad –en el positivismo jurídico– a partir del llamado por SOLER, el *exceso de dolo*, se utilizó una metodología equivocada, al buscar en los efectos conocidos (tipos penales aplicables), cuáles serían las características del fenómeno que causó tales efectos.

Es decir, conociendo las varias lesiones causadas por una conducta única en su aspecto material, se intentó explicar si tales lesiones se debían a un solo hecho o a varios; dejando de lado que el *hecho único* que es la causa de tales efectos, debió ser el único objeto a definir, lo que no se logró.



En realidad, advertimos que lo directo hubiera sido conocer y definir el fenómeno en el mundo empírico (el *hecho* cometido), y recién determinar jurídicamente si ese fenómeno que desbarató dos bienes jurídicos, encuadra o no, como concurso ideal.

No debe dejarse de lado que el concurso ideal es el reflejo legislativo de lo que ha sucedido en la realidad. En otras palabras, si un sujeto accionó materialmente una única vez y se producen dos resultados penalmente relevantes, se debe analizar cómo encuadrar jurídicamente cada uno de esos resultados. Como lo veremos, la cuestión pasa por el análisis del hecho tomándolo como un problema inverso, o como un problema directo.

La cuestión del problema inverso

En los problemas inversos propios de las ciencias naturales, una vez conocido un fenómeno, se debe averiguar su causa. La resolución de un problema inverso involucra síntesis, o razonamiento regresivo, sea de conclusiones a premisas o de efectos a causas. Ejemplo, la ciencia médica y en general las ciencias fácticas; en las que se intenta conocer la causa de un determinado fenómeno⁸; tal como puede suceder en la medicina, cuando un paciente se presenta con fiebre, y con ese dato, se intenta conocer su causa. Puede haber varias causas o no conocerse ninguna, porque en un problema inverso, o hay más de una solución, o ninguna.

En los problemas directos propios de las ciencias sociales, la búsqueda de una solución consiste en predecir los efectos de una acción humana; lo cual involucra análisis o razonamiento progresivo, de causa a efectos. Por ejemplo, conocido el tipo penal del homicidio (la causa), predecimos qué pena corresponderá (el efecto). En el problema directo hay siempre una sola solución. En las ciencias sociales se resuelven problemas directos: dado un efecto, la causa será única.

Por cierto, que también hasta ahora, y en general, es indudable que la doctrina analizó el concurso ideal como *problema inverso*, sobre todo a partir del

⁸ Según Kant: un fenómeno es el objeto de la experiencia sensible.



artículo 54; metodología ésta a partir de la cual, el problema planteado puede ofrecer varias soluciones o ninguna, pero es imposible que tenga una única solución; ello así, porque intentar definir al *hecho* del artículo 54 (causa del concurso ideal) a partir de los resultados (efectos), es plantear la cuestión en la forma de problema inverso. Lo que ocurrió, es que se llegó a múltiples soluciones –lo cual no es una solución– si observamos las diversas sub-teorías de la teoría de la “unidad de hecho” y la variedad de criterios en la jurisprudencia.

Hemos podido advertir que nuestros doctrinarios enrolados en la teoría de la “unidad de hecho” tropezaron con lo escurridizo de la solución de un problema inverso, al explicar el concurso ideal haciendo hincapié en los efectos, resultados o lesiones como punto de discusión tendiente a resolver el concurso, cuando, lo lógico es convertir el problema inverso en problema directo, atacando el estudio de la conducta o acción, para lograr con ello una estipulación acorde al paradigma actual (preponderante) que permita decidir cuándo tal conducta es única.

La cuestión que ha quedado latente, es la diversidad de criterios para aprehender el concepto de *hecho*, posiblemente porque se lo trató de definir a partir de lo que puede entenderse de la pluralidad de resultados en el artículo 54, cuando en realidad la interpretación del artículo 54 dependerá de lo que entendamos por *hecho* como fenómeno merecedor de imputación; que, en nuestro caso, el *hecho* del artículo 54 es, y debe ser, la acción final, o sea, acción con una voluntad dotada del propósito de realizar el tipo objetivo.

El problema parece residir en que, para el concepto de acción puramente causal se produce una disyuntiva: el concurso ideal plantea una unidad delictiva para cualquier caso de unidad de acción y así debe aceptarse porque es una disposición general de la ley, no obstante ello, la doctrina que lo interpreta y lo critica afirma que en ciertos casos (v.gr. el caso del explosivo) no es admisible el concurso ideal porque sería injusto por la desmesurada amplitud de la redacción del artículo 54.

Es posible que el problema no haya sido la “injusticia” planteada por el concurso ideal de acuerdo a esta teoría, sino una cuestión de falla lógica en el planteo del problema.



La falta de lógica que aparece en esta cuestión proviene de lo siguiente: el concurso ideal fue formulado en épocas en que se entendía a la acción como un elemento del delito con efecto puramente mecánico causal, en la que importaba solamente su aspecto exterior; y posteriormente a ello, se advirtió una cuestión que apareció como coyuntural poniendo en crisis la teoría imperante del concurso ideal: varios delitos “causados” por movimiento corporal único (el explosivo que mata a más de uno).

La doctrina, antes de migrar hacia el término “hecho”, trató de explicar estos delitos de acción única y varios resultados queridos como verdaderos casos de concurso real; y en lugar de interpretar la acción de otra forma (en su contenido final), se apeló a la explicación desde la culpabilidad, con lo que no se resolvió el problema de falta de lógica existente.

Cabe entonces, una reflexión: la “incorrección” de la teoría de la unidad de acción, posiblemente no se debía a su propia base: la acción, sino que ésta, en el derecho penal no debe consistir en un mero acontecimiento o fenómeno natural, sino en una conducta con sentido, dotada de voluntad plena; e integrante a su vez, del tipo.

La disyuntiva entonces, es: la teoría de unidad de acción es incorrecta, o lo incorrecto es un concepto de acción puramente causal.

Parece ser entonces, que lo que hubo que reformular para quitar la falla lógica, fue, en definitiva, un concepto de acción superador de la estructura fijada por el sistema mecánico causal, propio del positivismo jurídico.

La unidad de conducta en el concurso ideal

Es aceptado que el concurso ideal en el que hay una sola acción en lo material responde a una hipótesis de delito único, pero, aun así, no se puede negar la existencia de por lo menos dos tipos penales en su función descriptiva, y con ello, dos bienes jurídicos lesionados.

En la realidad de un concurso ideal hay dos hechos típicos atribuidos causalmente al autor, pero imputamos sólo uno. Con ello y con lo que veremos,



negamos que el concurso ideal se resuelva “*a contrario sensu*” del concurso real, como la mayoría de la doctrina y jurisprudencia lo sostiene.

El concurso ideal es concurso desde el momento en que el agente lesionó efectivamente dos bienes jurídicos cuyas tipificaciones son conjuntamente aplicables, pero lo denominamos “ideal” y lo consideramos un único delito (imputación única), como consecuencia de que, al ser realizados esos hechos típicos mediante un solo obrar en lo material (*un hecho*) que tuvo como resultado jurídico una sola acción imputable (el delito que el autor se propuso), más la mera causación del otro tipo penal (sin el dolo necesario para imputársele). Por ello, la solución legal del artículo 54: solo la pena del más grave.

El problema es de interpretación: ponderar la conducta histórica y los tipos que confluyen, para concluir si para una doble imputación se está atribuyendo dolo para ambos tipos penales realizados, o será una única imputación. Por ello, el concurso ideal existe siempre y cuando, el *hecho* querido y realizado por el autor, cayó en otra sanción penal (solo la causó). Este imperativo prevalece por su naturaleza garantista, sobre las derivaciones que cualquiera de las teorías pueda pretender por imperativo de sus presupuestos (acción, hecho, efecto, tipo, sentido, etc.). La teoría del concurso ideal es el desarrollo de un principio garantista de interpretación, antes que una institución conceptualmente autónoma”⁹. Agregamos que, sin dudas que la base del problema está en determinar con precisión, cuándo el dato empírico y jurídico (la acción) es única.

El hecho en la fórmula del concurso ideal

Hemos podido concluir con que el término *hecho* contemplado en el texto del concurso ideal, alude necesariamente a un único objeto producto de la voluntad del hombre, un único hacer voluntario, al cual, el derecho penal le asigna de modo efectivo, más de una desvaloración (más de una sanción penal - más de un tipo penal). Tales tipos son efectivamente realizados en su aspecto objetivo.

⁹ De la Rúa, Jorge. (1997). Derecho penal argentino. Parte general, 2ª edición, pág. 962 Buenos Aires, Depalma.



El objeto múltiplemente desvalorado producto de la voluntad, admite sin mayores dificultades diferentes denominaciones equivalentes a *hecho*, tales como: acción, conducta, obrar, comportamiento, etc. En lo que sí encontramos dificultad, es en aceptar que el hecho del artículo 54 pueda ser tomado como sinónimo de delito, porque es inaceptable que un delito pueda caer o representar otros delitos, salvo, claro está, que se aceptare –pensamos que incorrectamente– que es delito (un delito) la totalidad de los tipos involucrados en un concurso ideal.

De acuerdo con ello, *un hecho* en el artículo 54 no puede ser otra cosa que un obrar humano, fenómeno éste con características especiales en la consideración del derecho penal. Esto es así, porque a ese obrar humano que el legislador denominó “hecho”, presenta, en lo que nos interesa, un doble contenido:

(a) la *conducta*, que es el fenómeno mismo en su pura materialidad (acto, actuación, obrar, modo de obrar, etc.), y,

(b) la *acción*, que, con una estructura más compleja, está representada por una conducta dotada de algún propósito relevante frente al interés jurídico. Tal propósito o intención puede ser el dolo consistente en el querer realizar el tipo objetivo, o la culpa resultante de la voluntad de introducir un riesgo no tolerado.

Un concurso ideal no está generado por el doble resultado, doble tipicidad o pluralidad de lesiones, pues tal circunstancia está también en el concurso real. Lo que genera el concurso ideal, es algún especial comportamiento humano doblemente tipificado, pero que, reparte total o parcialmente el tipo objetivo en cada lesión causada, cumpliéndose el tipo subjetivo para una sola de ellas, lo cual impide imputar como delito ambos resultados lesivos.

Por ende, en el *hecho* del artículo 54, que es causante de una doble valoración y de los tipos penales realizados, uno solo de los tipos ha sido realizado con la intención o propósito de consumir su tipo objetivo y el otro no. Podremos decir en las palabras de la ley, que *el hecho* material con realización del tipo subjetivo ha caído en otra sanción penal porque *causó* otra lesión, pero de esta segunda no podemos predicar que ha sido *cometida* al carecer del dolo



necesario en el tipo subjetivo. En base a ello, el mentado *hecho* es una conducta que en el aspecto anímico es abarcativa de una sola *acción*. También se afirma que: “[...] la tarea de determinar cuándo existe una acción y cuándo existen varias, es un problema troncal que interesa no solo al concurso y su regulación, sino que tiene claras implicancias constitucionales, pues se hallan en juego además del principio de legalidad en varios sentidos, el *non bis in ídem* entre otros¹⁰.

Por lo tanto, en el concurso ideal tenemos un *hecho* en el sentido de conducta en el aspecto material (tipo objetivo) que, integrado jurídicamente con el tipo subjetivo hace al sujeto responsable penalmente de un solo delito; pero, esa misma conducta del mundo empírico “ha caído” en otra “sanción penal” respecto a la cual no puede haber imputación debido a que solamente la ha *causado*, mas no la ha *cometido*; sin tener en consideración que intervenga para esta configuración ninguna circunstancia ajena al hecho, o que se pueda decir que las lesiones son inseparables, pues ambas cuestiones ajenas a la teoría del delito carecen de relevancia jurídica.

Por cierto que, estamos prestando toda la atención a la acción dolosa (o culposa) del autor, preocupación que está presente también en el juzgamiento de cualquier caso común de delito único.

En definitiva, el concurso ideal es cualquier caso en que se interpretó que el autor es responsable penalmente por la realización de un tipo doloso antijurídica y culpablemente, y la misma conducta consumativa, de modo total o parcial, ha lesionado sin proponérselo, otro bien jurídico penalmente relevante. Es decir, nos encontramos con que a un único obrar humano se le puede endilgar dos consecuencias jurídicas: a) la comisión de un delito y b) la mera atribución causal de lesión a un bien jurídico distinto al del delito cometido, con el lógico e ineludible resultado de unidad delictiva por la vía del concurso ideal.

No hay casos específicos de concurso ideal.

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2002). *Política y Dogmática jurídico penal*, en “Crisis y Legitimación de la Política Criminal, del Derecho Penal y Procesal Penal”, pág. 856. Córdoba, Advocatus.



El caso del explosivo. En esta situación el sujeto arroja un explosivo (un solo hecho material) para matar a un ministro. El sujeto sabe que el ministro está junto a tres amigos. Es concurso real, porque cada una de las muertes ha sido causada y querida. Un solo obrar en lo mecánico causal, pero cuatro delitos (cuatro homicidios), cada uno de ellos con el respectivo tipo subjetivo doloso. Ello surge de considerar que hubo dolo directo de matar al ministro, y dolo indirecto de matar a los tres amigos.

El caso del abuso sexual. Este es uno de los ejemplos clásicos en la doctrina, en el que el sujeto abusa sexualmente de una persona a la vista de terceros, con lo cual ha caído en dos sanciones del Código Penal: el abuso del artículo 119 y la exhibición obscena del 129. Nuestros autores dicen que es un ejemplo típico de concurso ideal, pero desde diferentes perspectivas, teorías y sub-teorías. Lo cierto es que, como lo veremos, puede ser tanto concurso ideal como real.

Los escenarios pueden ser dos:

a) El sujeto abusa sexualmente en una habitación con la ventana cerrada y no advierte que un viento abrió la ventana, con lo cual el abuso quedó a la vista de terceros. Es concurso ideal porque ese hecho material del abuso fue una acción dolosa, y a su vez, ese hecho material cayó en otra sanción penal (la exhibición obscena) como una mera causación sin el dolo requerido para imputárselo. Ergo, una de las sanciones penales (abuso sexual) es el único delito a imputar, mientras que la otra sanción penal en la que su conducta material *ha caído*, no se la podemos imputar por ausencia del necesario dolo. La ley, por simple política criminal específica que se aplicará la pena más grave, es decir, la del tipo penal que fije la pena más grave.

b) El mismo suceso anterior, pero el sujeto dejó voluntariamente abierta la ventana porque quiso que su acción pueda ser vista por terceros. Es un concurso real, porque ya no hay un hecho material que haya caído en más de una sanción penal, sino que ambas sanciones penales —ambas tipicidades— han sido causadas y queridas. Ambas son dolosas.



Como conclusión, podemos afirmar que no existen casos típicos de concurso ideal, pues cualquier ejemplo que se considere, dependerá del dolo: si hubo dolo para uno de los tipos penales y el otro fue simplemente causado; o si hubo dolo para ambos tipos penales, en que se imputará ambos delitos.

IV. CONCURSO REAL

La concurrencia real en el Código

Esta verdadera concurrencia delictual no es otra cosa que un supuesto en el que convergen, por ser realizadas por el mismo sujeto más de una conducta delictiva, cada una de ellas imputables penalmente sujeto como acciones suyas, penalmente relevantes.

Por cierto, que hay un presupuesto necesario para la concurrencia delictiva, y es la pluralidad de conductas (varios hechos, según el artículo 55), o sea, pluralidad de acciones típicas, ya que sostenemos que cada delito es una conducta con su acción.

El artículo 55 que define el concurso real, determina los casos en que hay pluralidad delictiva especificando sus notas características, para lo cual impone como condición que estén concurriendo varios hechos independientes.

Con ello aparecen dos exigencias: que los *hechos* a juzgar en un proceso sean varios, y que sean independientes. Tanto el sustantivo “hecho”, como el adjetivo “independiente”, por cierto que, como se verá, tienen relevante significado en este contexto.

Para la existencia de un concurso real de delitos debe existir una pluralidad de conductas; o, si se quiere, pluralidad de acciones netamente definidas y desconectadas –generalmente en lo material y siempre en lo jurídico– unas de otras (por ello, independientes).

Es frecuentemente analizado el supuesto del explosivo accionado voluntariamente con el que se mata dolosamente a varias personas; caso en el cual, de modo prácticamente uniforme se concluye en que se trata de un concurso real. Respecto a esta solución que según nuestra interpretación es la apropiada, resulta conflictivo adecuarla al texto de “varios hechos



independientes” si se entiende la independencia de los hechos como derivación de conductas independientes por estar separadas física o materialmente; y más dificultosa aún resulta la *independencia*, si se la relaciona a los respectivos resultados, siendo lo común en estos casos de concurrencia el erróneo método de computar los resultados.

Lo esencial en la cuestión, al tener que decidir si se trata de hechos independientes, estriba en el análisis jurídico que debele que existe pluralidad jurídica de acción, es decir, que jurídicamente estemos en presencia de varias acciones con relevancia penal, aunque en lo puramente empírico, pueda ser único el accionar.

Esta regla –unidad o pluralidad jurídica de acción– es la que fundamenta que el caso del explosivo ya comentado constituya concurso real pues, no obstante que la conducta como fenómeno material es una, hay más de una acción en lo jurídico.

La independencia de los hechos

Es poco lo que se ha dicho respecto a la independencia de los hechos del artículo 55. El caso de unidad de conducta en su aspecto puramente material y dos tipicidades, puede admitir dos conclusiones: o imputar a título de concurso ideal o imputar como concurso real. Con ello, la unidad de conducta o acción en su aspecto puramente causal poco o nada aporta por el momento. Si los dos delitos cometidos con una acción material son independientes, nada impide que el concurso sea real, pero, ¿qué sucede si no puede considerarse que sean independientes?

Debemos entonces determinar con el mayor rigor posible el significado de la adjetivación a título de *independientes* atribuido por la ley a los *hechos* concurrentes. Según la interpretación a que se llegue, pueden o no presentarse inconvenientes o disyuntivas en el Sistema. Por ejemplo, no estamos de acuerdo con un sector de la doctrina que explica que el concurso ideal del artículo 54 C.P. admite por implicancia del artículo 55 alguna *dependencia* entre los tipos en que se “ha caído”; y también se debe establecer qué circunstancia permite admitir a dos hechos (delitos) como independientes, y, si es necesario y suficiente que la



consumación de esos delitos independientes se produzca mediante acciones distintas, desconectadas temporal y espacialmente entre sí. Lo cierto es que, el significado que buscamos debe surgir de la misma frase, de la propia situación o en el contexto en que el signo “independientes” es utilizado.

Pensamos que cuando el legislador indicó que los hechos señalados en el artículo 55 deben ser *independientes*, simplemente quiso indicar que un delito atribuido a un sujeto, será enjuiciado en el mismo proceso junto con otro delito atribuido al mismo sujeto; y se individualizará la pena según esas reglas, si cada uno de los delitos *carece de toda vinculación estructural* con el otro.

Con ello se han puesto de manifiesto por lo menos dos preguntas: en el caso de un sujeto autor de dos delitos, exactamente, ¿qué queremos indicar cuando decimos que uno de los delitos no dependió del otro delito? y, cuando se emplea el término *hecho*: ¿qué queremos significar al decir que un hecho no dependió de otro hecho?

Delitos independientes

La independencia de un delito respecto otro es una adjetivación de contenido obvio y ostensible cuando los delitos son, cada uno, obra de delincuentes distintos y sin conexión entre ellos. Este aserto debe descartarse porque no se relaciona al interrogante de esta cuestión, además de indicar un sinsentido y una afirmación innegable, puesto que siempre y por definición la concurrencia delictiva hace referencia a un único autor.

También se puede predicar la independencia sin ningún problema cuando un sujeto cometió dos hechos en momentos y lugares distintos, y la única conexión o relación entre esos hechos, es que pertenecen a ese único autor como obra suya, sin que exista otra modalidad de enlace posible. Esta situación representa el caso más sencillo y común de reiteración y de pluralidad delictiva, pero resulta elemental en demasía y aporta poco para despejar la incertidumbre.

A partir de la exigencia básica propia del concurso de delitos, que requiere singularidad en el autor, un delito debe derivarse forzosamente de la conducta desplegada por el sujeto al menos en la apreciación natural de esa conducta.



Cuando hay dos delitos y decimos que son independientes, posiblemente el análisis de las respectivas conductas no sea conducente para despejar totalmente el interrogante con los elementos que tenemos hasta el momento.

Previo a continuar con este análisis respecto al *hecho*, debemos verificar si la cualidad de independencia puede aplicarse también a las acciones; es decir, si es correcto hablar de una acción independiente de otra, o que una acción dependa de otra. Lo cierto parece ser, que cuando una acción depende de otra, se requiere la existencia de la acción que le sirve de causa fuente o que le es complementaria. En tal caso, desde el derecho penal no se tratará de acciones sino de simples actos sucesivos constitutivos de una acción, o de acciones concomitantes constitutivas en conjunto, de una acción. Pero, ello dependerá, y mucho, de lo que se entienda por acción en este contexto.

Ejemplo 1.- Este primer supuesto nos lleva ver a un sujeto cortar la cadena de la que pende una campana en la fachada de una casa, y apoderarse de la campana (cometió *un robo*). Su acción de robar estuvo constituida por una primera acción de forzar dañando la cosa ajena, y una segunda de apoderamiento. Conforme la modalidad del hecho, la segunda acción necesitó de la primera.

Ejemplo 2.- El segundo caso puede graficarse en el sujeto que, viendo que hay dos bolsos dentro de un automóvil con los cristales de la ventana abiertos, con la mano primero sacó uno, e inmediatamente sacó el otro (cometió un hurto al apoderarse de los dos bolsos de la víctima). Su acción de hurtar estuvo compuesta por dos actos sucesivos.

En ambos ejemplos vemos que cada delito se corresponde con una acción típica. Una vez realizada esa acción, a los efectos de la teoría del delito y del análisis del tipo, pierde todo interés la cantidad de actos necesarios para realizarla; de modo tal que, tampoco interesa esa clase de dependencia o independencia que puede presentarse en los actos realizados.

Dicho esto, cuando tenemos dos acciones ya sea tan solo en su aspecto natural, ya sea en el aspecto jurídico; frente a las especificaciones del concurso real, la eventual independencia de una respecto a la otra responderá



exactamente al mismo criterio de independencia aplicado para los delitos correspondientes.

Tomando el conocido caso del explosivo con el cual, voluntariamente se mata a dos personas es generalizada su inclusión en el concurso real, no obstante, la patente e indiscutible realidad de la ejecución realizada con una sola acción como fenómeno del mundo natural. En este ejemplo y mediante diferentes criterios a veces inconciliables, se rechaza la idea de que pueda subsumirse como concurso ideal. Así, aún por exclusión y aunque no consideremos que sea un método correcto, es interpretado como concurso real.

Si en este caso del explosivo concluimos que es concurso real, el motivo para tal decisión es que entendemos que nos encontramos con *dos delitos independientes* (dos homicidios). En este punto, por exigencia metodológica los denominamos *delitos* y no *hechos*, valiéndonos de la unánime conformidad en que ambos términos funcionan en el caso como sinónimos, o, al menos, con idéntico efecto jurídico.

Es que, en el contexto del artículo 55, los objetos (hechos) concurrentes son delitos. No surge del texto de ese artículo la hipótesis tal que, en algún caso particular, esos objetos designados como *hechos*, puedan ser otra cosa que delitos.

Aceptando la hipótesis de que el caso en estudio del explosivo, es una especie de la clase “concurso real”, entonces debe compartir los mismos criterios definitorios que todos los otros casos también de concurso real.

Continuando con el análisis de la independencia de los delitos, parece ser que el predicado de independientes es compatible con la acción única, tomada ésta como fenómeno puramente material.

En la concepción causal, la acción está representada por un resultado que es la consecuencia causal de un acto voluntario, en el cual, la voluntad está desprovista de su contenido. Es el mero querer (voluntad fisiológica) de realizar el movimiento necesario que consumará el delito, por ejemplo, “querer apretar el gatillo” de un arma de fuego, sin interesar en este aspecto, el motivo o finalidad que tuvo el sujeto.



Pero, se acepta en lo que aquí nos interesa, que la acción es “querer apretar el gatillo del arma *para matar*”, con lo cual el dolo está en la acción como tipo subjetivo. Caracterizada de esta forma, la acción se adecua con exactitud al tipo del artículo 79 del Código Penal sin admitir confusión con otros tipos que también indican resultados de muerte, como por ejemplo el homicidio culposo y el homicidio preterintencional.

Hechos independientes

En el concurso real, lo dicho para los delitos es de igual aplicación cuando utilizamos la denominación legal “hechos”. No aparecen en esta concurrencia delictiva dificultades para aceptar que los *hechos* independientes pueden ser designado como *delitos* independientes. Ello así, dado que la propia definición del concurso real del artículo 55, requiere la concurrencia de *varios hechos independientes*, que no son otra cosa que conductas punibles independientes, o, si se quiere, delitos independientes.

Continuando con el análisis de este punto, y específicamente con el ejemplo ya tratado del explosivo con el cual se mata dolosamente a dos personas, es un concurso real sólo entendiendo que los hechos de los artículos 55 y 56 son delitos, porque son acciones o conductas y no *meras tipicidades*.

Con ello hemos computado el número de acciones penalmente relevantes y no el número de resultados, pues, aunque coincidan, computar los resultados no es correcto porque habría que negar el delito continuado y el concurso ideal.

Es de aclarar que cuando nos referimos a las *meras tipicidades*, debe entenderse que son meras tipicidades en el sentido de valoraciones jurídicas de la acción, como lo que ocurre en la unidad delictiva del concurso ideal, ya que, de otra forma, si los tipos en cuestión pudieran contarse, computarse, la delictuosidad del concurso ideal sería plural, con imputación múltiple de los resultados al agente.

Para admitir que en el ejemplo del explosivo detonado dolosamente para matar a dos personas no se trata simplemente de dos tipicidades o valoraciones como en el concurso ideal, sino de dos acciones; el camino correcto parece ser



el de la acción dolosa (propia del tipo complejo), lo que llevará a aceptar que para cada homicidio corresponderá su propia conducta y su propia acción dolosa, con lo cual computamos dos acciones aunque en lo material sólo podemos ver un obrar, que en este caso podremos llamar sin inconvenientes, *conducta* o *acto*.

Carrara fue claro en la caracterización de los dos delitos que deben ser castigados a título de concurso real. Afirmó que los dos delitos, cuando surgen como independientes uno del otro, “cada uno de ellos se le imputa íntegramente al culpable, como si el otro no existiese”¹¹. Con esta apreciación el maestro toscano muestra con meridiana claridad el alcance del predicado de *independiente*, pues en cualquier caso concreto de concurso real, siempre encontraremos que de los varios hechos que el agente se propuso ejecutar, si uno de ellos hubiera quedado en tentativa impune, o en meros actos preparatorios, ninguna influencia podrá tener en los otros delitos efectivamente cometidos o tentados.

Así, en el caso que nos ocupa del explosivo, si tomamos como ejemplo que la explosión estuvo dirigida a provocar a distancia la voladura de una lancha, pueden darse dos hipótesis:

(a) Que el sujeto sólo quiso matar al conductor, pero asimismo advirtió que para esa navegación recogió a un pasajero, la doctrina unánime dirá –y estamos de acuerdo– que hubo dos homicidios dolosos, el del conductor a título de dolo directo, y el del pasajero a título de dolo indirecto. En este caso no hay duda de que se trata de concurso real, sobre todo al decidir que hubo dos homicidios en los que la acción dolosa tuvo dos naturalezas distintas, y va de suyo que para decidir que hubo dos homicidios cada uno con su propia especie de dolo, se deberá computar forzosamente dos acciones, aunque hayan sido viables a partir de un solo *obrar*.

Es de tener en cuenta que el único *obrar* fue la modalidad empleada en lo empírico sin influencia en la teoría del delito y menos aun en el tipo penal,

¹¹ Carrara Francesco. (1996). *Programa de derecho criminal*. §1238. Santa Fe de Bogotá, Temis.



alejando también de la posibilidad de encuadrar esos hechos en concurso ideal;
o

(b) Que el sujeto quiso matar a ambos tripulantes consumando dos homicidios, esta vez ambos con dolo directo por haber elegido esa modalidad en la forma de un único *acto*. Por cierto que se trata también de concurso real.

Por otro lado, en ambas hipótesis podemos decir con CARRARA que, cada homicidio se le imputa al autor como si el otro no existiese; tan solo con suponer que el pasajero de la embarcación, luego de abordar hubiera decidido continuar a nado de tal manera que cuando se produjo la explosión él no estaba en la lancha desde varios minutos antes de la explosión; con lo que deberemos computar solamente un homicidio y nada más, porque en tal caso, respecto al que no estuvo en el momento de la explosión ni siquiera puede haber tentativa de homicidio; puesto que respecto a este último, no estuvo presente el comienzo de ejecución necesario para la realización de la tentativa.

El problema del delito de medio a fin

Cuando un delito es el medio necesario para cometer otro, lo que en la doctrina española se ha dado en llamar *concurso medial*; tenemos que la acción es doble, como doble es la infracción, constituyendo un concurso real (dos hechos independientes). Vemos que de manera alguna se puede predicar que esos delitos sean dependientes no obstante que el segundo delito, de algún modo dependió del primero (cometer violación de domicilio para cometer una agresión sexual). La independencia de los hechos en el concurso real no proviene de considerar tales hechos como delitos sino como acciones, pues, en este contexto, respecto a las acciones es dable predicar alguna independencia, ya que, aún en el delito relacionado a otro por la circunstancia de medio a fin, en cada uno de ellos se verifica perfectamente el tipo objetivo, como el tipo subjetivo doloso.

La circunstancia de que se cometa un delito para lograr la comisión de otro, es simplemente la modalidad elegida por el sujeto, y ello no puede tener influencia en la concurrencia de delitos como tal, sino tal vez, como criterio o parámetro a los fines de la individualización de la pena.