

MIGUEL ÁNGEL ARCE AGGEO

CONCURSO DE DELITOS EN MATERIA PENAL

Prólogo del Dr. RICARDO JUAN CAVALLERO



BUENOS AIRES
1996

ISBN 950-679-188-0

© Copyright by *EDITORIAL UNIVERSIDAD S.R.L.*
Talcahuano 287 - Buenos Aires

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos reservados.
IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO

Siempre resulta estimulante presentar la primera obra de un autor joven. En este caso me gratifica muy especialmente dedicar estas palabras de presentación al valioso aporte, a la —por cierto, no muy rica en monografías— dogmática jurídico-penal nacional que realiza Miguel Ángel Arce Aggeo, quien viene colaborando desde hace varios años activa y eficazmente con nuestra tarea docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Cuando desde diversos ángulos y con creciente insistencia tiéndese a poner en entredicho la dogmática, cabe dar la bienvenida a trabajos como éste, que a partir de los postulados del Código Penal argentino elaboran una doctrina que debiera contribuir a hacer más previsible la decisión de los tribunales en puntos generalmente abandonados al arbitrio de una praxis vacilante y contradictoria. Como todo trabajo dogmático, el de Arce Aggeo constituye seguramente un aporte a la seguridad jurídica, empujando el valor del Estado de Derecho.

Pues bien, el presente trabajo tiene el mérito liminar de poner sobre la mesa de debate cuestiones que encierran, además de valor doctrinario, gran trascendencia práctica, planteándolas con precisión y claridad, con lo cual ya encuentra su justificación, ya que cuando las preguntas están bien formuladas facilitan el sistema de respuestas.

Y en cuanto a las respuestas, más allá de las coincidencias o divergencias que merezcan, debe admitirse que la labor del autor exhibe una buena dosis de sereno razonamiento, imprescindible para abordar un tema que

presenta características de complejidad infrecuentes dentro de la parte general del derecho penal, como es la problemática del concurso de delitos.

La difícil interpretación de la existencia o inexistencia de pluralidad delictiva constituye la parte medular de la obra, a fin de arribar a la elaboración de reglas idóneas para solucionar casos.

Luego de efectuar una referencia en relación a las denominadas hipótesis concursales, el autor aborda los institutos del concurso aparente, el concurso real, el delito continuado y el problemático concurso ideal.

Y es precisamente el supuesto del art. 54 del Código Penal el que plantea mayores dificultades. Como bien se describe en la obra, hasta hoy ninguna de las teorías elaboradas para conceptualizar la denominada unidad de acción ha llegado a buen puerto.

La solución aparece, para el autor, a partir del análisis de la relación existente entre los ámbitos pretípico y típico, por cuanto la finalidad del agente determinará, juntamente con la materialización del dolo correspondiente, la existencia de la unidad de acción, dado que se concluye que la unidad de hecho emergerá de la unidad de resolución final, la que coincidirá sin excepción con el dolo del agente.

Vale aquí la acertada cita de Hans Welzel: "...Creemos que lo apuntado guarda total similitud con lo expuesto por nosotros en cuanto a que al dolo lo conduce la voluntad, mal ésta puede ser única en el análisis de nuestro tema concursal, si aquél desvalora de manera múltiple..."

No parece dudoso, en tal sentido, que, como afirma el autor, finalidad y voluntad sean las dos caras de una misma moneda, en cuanto una quiere el resultado y la otra su realización en concreto. De modo tal que si el dolo conduce a la conducta, difícilmente ésta pueda ser única y aquél múltiple.

Pero como quien se dispone a leer este libro estará ansioso de ingresar en sus páginas, es tiempo de cerrar esta presentación con un juicio positivo acerca del esfuerzo realizado por Arce Aggeo para ofrecer un panorama claro y actual de la problemática de la pluralidad delictiva, que, a no dudarlo, constituirá un instrumento invaluable a la hora de enfrentar la solución de los casos concretos.

RICARDO JUAN CAVALLERO

ÍNDICE

PRÓLOGO DEL DR. RICARDO JUAN CAVALLERO	7
--	---

PARTE PRIMERA

LINEAMIENTOS DEL CONCURSO

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. Hipótesis concursales	21
2. Principios concursales básicos	22
a) Cada delito debe ser penado: "Quot delicta tot poenae" ...	22
b) Imposibilidad de punir más de una vez por el mismo delito: "Non bis in idem"	24

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL CONCURSO.

ELEMENTOS ANALÍTICOS. EL HECHO

1. Antecedentes históricos. Proyecto de 1891	25
2. Hecho como sinónimo de conducta	26
3. División analítica de la conducta. Su necesidad en la teoría concursal. Indivisibilidad a nivel óptico	26
4. Modalidad del método analítico en el estudio del hecho	27
5. Estratos analíticos del hecho	27
6. Falta de alguno de los elementos analíticos	29

CAPÍTULO III

HECHO Y CONDUCTA EN LA TEORÍA DEL CONCURSO

1. Hechos humanos voluntarios	31
2. Conducta	32
3. Estructura de la conducta en la teoría del concurso	33
4. Origen de los conceptos de unidad y pluralidad de hechos ...	35

CAPÍTULO IV

UNIDAD DE HECHO A PARTIR DE LA UNIDAD
DE RESULTADO

1. ¿Puede partirse de la unidad de resultado para determinar la unidad de hecho?	37
2. Relevancia del resultado	38
3. Esquema de injusto objetivo-subjetivo como factor de exclusión de las teorías concursales objetivas. Conteo de resultados	39
4. Síntesis en cuanto a la relevancia del resultado en el concurso de delitos	40

CAPÍTULO V

ALCANCE DEL TÉRMINO "ACCIÓN"

1. Definición de "acción". Su diferencia con la conducta o el hecho	43
2. Coexistencia entre la unidad de acción y la pluralidad de conductas o hechos	44

CAPÍTULO VI

TIPO PENAL EN LA TEORÍA DEL CONCURSO

1. Concepto	47
2. Definición	49
3. Clasificación tradicional	49
4. Figuras simples y figuras complejas	49
5. Figuras unisubsistentes y plurisubsistentes	50

PARTE SEGUNDA

EL CONCURSO IDEAL

CAPÍTULO VII

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS TEORÍAS
FUNDAMENTADORAS DEL CONCURSO IDEAL

1. Teoría del medio-fin. Carrara	53
Crítica	55

2. Teoría fundamentadora de la unidad de conducta o de hecho con pluralidad de encuadre sobre la base de la unidad de acción	55
a) Origen	55
b) Teoría de Capocelli	57
c) Teoría de von Liszt	58
3. Teoría de la unidad de hecho	61
a) Concepto y origen	61
b) Teoría de Impallomeni	61
c) Teoría de von Buri	63
d) Crítica de Masucci	64
e) Codificación	68
4. Teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas	72
a) Concepto y origen	72
b) Alimena y la denominada regla del exceso de dolo	73

CAPÍTULO VIII

EVOLUCIÓN HISTÓRICA NACIONAL CON RESPECTO A LA UNIDAD DE ACCIÓN

1. Evolución legislativa argentina. Proyecto Tejedor	75
2. Código de 1886	75
3. El Proyecto de 1891	76
4. Doctrina nacional	77
Posición de Zaffaroni con respecto a la unidad de movimiento	83

CAPÍTULO IX

MODERNAS TEORÍAS FUNDAMENTADORAS DEL CONCURSO IDEAL

1. Teoría concursal que basa la unidad de hecho o de conducta en la denominada concepción natural de la vida	85
2. Crítica en mérito a la función esencial del ámbito típico ...	87
3. Solución propuesta por H. H. Jescheck para determinar la unidad de hecho	88
4. Combinación de la teoría basada en la concepción natural de la vida y de la unidad típica de acción. Johannes Wessels	89
5. Concepción de la unidad de acción basada en los factores final y normativo. Hans Welzel	90
6. Comentario	92

7. Postura de Reinhart Maurach	100
a) Concepto	100
b) Unidad de acción	103
8. Teoría de Puppe. Crítica de Sanz Morán	105

CAPÍTULO X

INSUFICIENCIA DEL DATO ÓNTICO COMO FACTOR DETERMINANTE DE PLURALIDAD

1. Situación actual	111
2. Unidad y pluralidad de delitos	112

PARTE TERCERA

EL CONCURSO REAL

CAPÍTULO XI

MÉTODO DE ANÁLISIS Y DETERMINACIÓN DE LA PLURALIDAD DE HECHOS

1. Relaciones concursales	117
a) Elementos constitutivos	117
b) Concepto	117
c) Tipos concurrentes dolosos	119
d) Tipos concurrentes culposos	119
e) Aplicación de las relaciones en el caso concreto	120
2. Coexistencia de figuras dolosas y culposas	121
Concurrencia doble. Dolo y culpa	121
3. Relación existente entre la conducta, la finalidad y la acción	125
a) Concordancia entre la finalidad y el hecho o conducta ..	125
b) Discordancia entre la acción y el hecho o conducta	125

CAPÍTULO XII

FIGURAS DOLOSAS

1. Modalidad concursal. Comportamiento	127
2. Fundamento de proporcionalidad	128
3. Pluralidad de hechos y unidad de acción en la concurrencia de delitos dolosos. Casos de unidad temporal y de unidad de movimiento mecánico	129

4. Síntesis	130
5. ¿Puede la unidad de movimiento determinar por sí misma la unidad de hecho?	131

CAPÍTULO XIII

INSUFICIENCIA DE LA CONSIDERACIÓN
DE LOS EFECTOS CONCOMITANTES POSIBLES,
COMO PARTE DEL RESULTADO TOTAL Y COMO FACTOR
DETERMINANTE DE LA MULTIPLICIDAD
DE FINALIDADES

1. Relación medio-fin como consecuencia de la consideración de los elementos concomitantes. Robo y lesiones. Solución de nuestro Código Penal	135
2. El encuadre típico potencial	136
3. Determinación de un efecto concomitante como encuadre típico potencial	138
4. Unidad de factor final	139
Su importancia a fin de fundar el denominado concurso ideal	139
5. La insuficiencia del dato óptico a fin de determinar la unidad de hecho	139
6. Unidad de hecho en la concurrencia de delitos culposos	141

CAPÍTULO XIV

CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE CONCURSO
DE FIGURAS DOLOSAS Y CULPOSAS

1. Concepto	143
2. Supuestos	143
3. Ámbito continente de los tipos culposos	145
4. Concurrencia de figuras culposas	149
a) Modalidad	149
b) Deber de cuidado y unidad de hecho	150
c) Casos de concurso ideal. Jurisprudencia	152

PARTE CUARTA
EL CONCURSO APARENTE DE LEYES

CAPÍTULO XV
EL CONCURSO APARENTE

1.	Definición	157
2.	Incidencia de las relaciones típicas en el denominado concurso ideal	160

CAPÍTULO XVI
LAS RELACIONES TÍPICAS

1.	Concepto y definición	163
2.	La relación de especialidad	168
	a) Definición	168
	b) Aplicación	170
3.	La relación de subsidiariedad	171
	a) Definición	171
	b) Aplicación y supuestos	171
	c) Especialidad contingente (subsidiariedad)	173
4.	La relación de consunción	175
	a) Definición	175
	b) Hecho acompañante típico	176

CAPÍTULO XVII
UNIDAD TÍPICA DE ACCIÓN

1.	Concepto	179
2.	Unidad típica de conducta propia. Supuestos	179
3.	Unidad típica de conducta impropia o unidad natural de conducta. Supuestos	181
4.	Diferencia entre la pluralidad de acciones sólo determinables como conducta única por medio de la interacción del tipo legal y del concurso aparente	182
	Concepto	182
5.	Diferencia entre la pluralidad de hechos o conductas absorbidas por un único tipo (concurso ideal a la inversa) y el concurso aparente de tipos	183
6.	Ámbito continente de los tipos penales. Distinción con los supuestos de concursos aparentes	183
	a) Concepto	183
	b) Modalidades	184

7. Pluralidad de conductas o hechos que son rezeptados por una única figura típica. Concurso ideal a la inversa	185
Definición	185

PARTE QUINTA

EL DELITO CONTINUADO

CAPÍTULO XVIII

EL DELITO CONTINUADO

1. Concepto. Teoría de la ficción	191
2. Fundamento	191
3. El delito continuado y la unidad de hecho	193
4. Teoría de los hechos dependientes. Tipo único	193
5. Criterios distintivos del delito continuado	196
a) Unidad de dolo	196
b) Pluralidad de acciones homogéneas	197
c) Unidad de lesión jurídica	197
6. Jurisprudencia	197

PARTE SEXTA

CASOS PARTICULARES DE RELACIONES ENTRE FIGURAS

CAPÍTULO XIX

CASOS PARTICULARES DE RELACIONES ENTRE FIGURAS

1. Relación entre la figura de estafa y la de uso de documento falso	201
2. Relación entre la figura de estafa y la falsificación de documentos	202
3. Relación existente entre la figura de hurto simple y la violación de domicilio simple. Arts. 162 y 150 del Código Penal	204
4. Relación existente entre las figuras de robo y lesiones	210

PARTE PRIMERA
LINEAMIENTOS DEL CONCURSO

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. Hipótesis concursales.

Denominamos de este modo a aquellas situaciones que se generan al tratar la apreciación cuantitativa de los delitos ¹.

Las hipótesis posibles a analizar son básicamente cuatro, a saber:

a) Delito único por efecto del tipo aplicado (unidad típica de acción, concurso ideal a la inversa).

b) Delito único por efecto de una relación existente entre los tipos concurrentes que hacen que los mismos se excluyan (casos de unidad de ley, concurso aparente de leyes).

Todos estos supuestos se caracterizan por presentarse en apariencia como un concurso cuando en realidad existe un solo delito por circunstancias emergentes del nivel típico, sea debido al ámbito continente de la figura a aplicar o por la mediación de una relación entre tipos que incide mediante un factor de exclusión en la determinación de la aplicación de una figura por sobre la otra.

Los supuestos *a* y *b* se extraen por elaboración doctrinal y jurisprudencial, puesto que no tienen regulación normativa.

c) Pluralidad de delitos por existir pluralidad de hechos independientes con encuadramientos típicos correspondientes y proporcionales, hipótesis ésta denominada concurso real o material de leyes (art. 55 del Cód. Penal).

d) Unidad de delito por modalidad especial en su forma de efectivización. Pluralidad de hechos no independientes con encuadramientos típicos correspondientes y proporcionales.

¹ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino*, Parte General, t. II, pág. 289, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

Pero dicha independencia no es ni jurídica ni óptica sino sólo modal. A este supuesto se lo denomina delito continuado; su creación es jurisprudencial, no teniendo sustento normativo específico.

2. Principios concursales básicos.

Es necesario, a fin de determinar la existencia de pluralidad de delitos, tener en cuenta dos parámetros que servirán de guía a fin de llegar a la conclusión planteada.

Así, la conclusión de pluralidad se derivará de la aceptación y aplicación al caso concreto de estas dos premisas, por un lado la aceptación consensual de la aplicabilidad de pena en concreto a cada delito, aplicando la correspondiente sanción a cada uno de ellos; de manera tal que dicha premisa se traduzca en definitiva en un principio en concreto; a saber: todo delito debe tener una pena.

Por otro lado, importará también tener como parámetro de garantía individual el impedimento por parte de los tribunales de proceder a la aplicación de más de una pena por cada delito, garantía ésta que se traducirá en el segundo principio concursal; a saber: no podrá penarse un solo delito más de una vez.

De esta manera ambos principios marcan el camino y trazan los límites por donde nos debemos conducir al momento de juzgar la existencia de pluralidad y consecuentemente resolver acorde a ello.

Podemos afirmar de esta manera que el camino de la pluralidad delictiva tiene dos límites a los cuales atender a fin de no desviarse de él, concluyendo entonces que ante la posibilidad concreta de pluralidad se deberá penar cada uno de los delitos cometidos cuidando de no aplicar más de una pena a cada uno de ellos.

Dicha fórmula se constituye en la síntesis de los dos principios concursales básicos que a continuación desarrollaremos.

a) Cada delito debe ser penado: “*Quot delicta tot poenae*”.

La comisión de un delito importa como consecuencia una pena; en este sentido podemos afirmar que siempre que el

sujeto activo cometa más de un delito, merecerá más de una pena.

Afirmaba Carlos Tejedor al respecto: "Es un principio de filosofía y justicia que cada delito tenga su expiación. *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt*"².

Se desprende de lo dicho que como principio ningún delito puede quedar impune, salvo casos especiales en donde no se manifiesten las condiciones necesarias para llevar adelante la operatividad de la coerción penal; claro que entendemos que esta problemática se refiere a la aplicación de la pena en concreto y no en el sentido de merecimiento de pena, de manera tal que cuando nos ocupamos de la punibilidad lo hacemos a tenor de nuestro tema concursal en el sentido de "merecimiento", pues en este sentido sólo se puede concebir a la punibilidad dentro de la teoría del delito.

Si nos refiriésemos a la aplicación en concreto, ya nos encontraríamos fuera del campo de la teoría del delito para entrar en el de la teoría de la pena, al cual el concurso como estructura permanece ajeno.

En este punto es importante efectuar una distinción que es la siguiente: Cuando decimos que cada delito debe ser penado nos estamos refiriendo a la punibilidad como "merecimiento de penalidad"; de manera que si nos preguntásemos si debe haber aplicación de pena en un caso concreto, dicha pregunta quedará respondida con la afirmación de que hay un delito³.

En este sentido, como merecimiento de pena afirmamos que ningún delito debe quedar impune, desarrollando con tal principio uno de los lineamientos básicos que debe llevar ínsita toda teoría concursal.

Pero a veces, dada efectivamente una conducta, típica, antijurídica y culpable, la punibilidad es inoperante no obstante ser merecida debido a motivos que excluyen la operatividad de la coerción penal.

Esta problemática pertenece a la teoría de la pena o teoría de la coerción penal, a la cual recurrimos en el presente con motivo de aplicar la pena en el caso concreto de hipótesis

² Carlos Tejedor, *Curso de Derecho Criminal. Primera Parte. Leyes de fondo*, págs. 108 y 109, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1871.

³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. V, pág. 18, Ediar, Buenos Aires, 1988.

concursoales, pero no como merecimiento sino como operatividad de la misma.

b) Imposibilidad de punir más de una vez por el mismo delito: "Non bis in idem".

Si bien acordamos que cada delito debe ser penado, ello no implica que se castigue por hechos no cometidos, es decir que se castigan todos los delitos cometidos pero no más de una vez.

Como afirmase Soler, "...a cada hecho del cual se pueda decir que es un delito, debe seguir una pena (*quot delicta tot poenae*), pero no debe castigarse más de una vez el mismo hecho (*non bis in idem*)"⁴.

Puede observarse a través del presente cómo algunas teorías que pretendían concebir la unidad de hecho o conducta sobre la base de la determinación de la unidad de acción o conteo de resultados violaron de manera manifiesta el principio *non bis in idem* en el caso concreto.

⁴ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 288, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL CONCURSO. ELEMENTOS ANALÍTICOS. EL HECHO

1. Antecedentes históricos. Proyecto de 1891.

Los hechos humanos voluntarios se denominan “conductas”, como afirma Zaffaroni, y es imprescindible realizar un análisis circunstanciado de ellas, a fin de determinar en qué casos nos encontramos ante más de una conducta, acontecimiento éste de gravitación esencial para la temática del concurso.

Ante todo, sostendremos que deben considerarse como de igual significado y contenido los términos “hecho” y “conducta”.

El término “hecho” es utilizado por el Cód. Penal en los arts. 54 y 55 y tiene su origen en el Proyecto de 1891, donde el mismo aparece en el art. 78, que decía: “Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fije pena mayor. Si un hecho estuviese diferentemente reprimido por una disposición general y por una disposición especial, se aplicará la última”.

También el art. 79 comenzaba diciendo: “Si varios hechos, aunque cada uno de ellos tomado aisladamente fuere punible, son de tal modo conexos que deban ser considerados como una sola acción continua, se aplicará la disposición legal que fije la pena mayor...”.

Finalmente, los arts. 80 y 81 se referían a supuestos de concurrencia de “varios hechos independientes”.

La fuente más importante de dichos artículos era el Código holandés, en sus arts. 55 a 61.

2. Hecho como sinónimo de conducta.

Cabe aclarar que en el Código Penal no siempre la palabra "hecho" ha de considerarse sinónimo de conducta, puesto que si bien reconocemos esta modalidad del concepto dentro del esquema de los arts. 54 y 55, el "momento del hecho" al que se refiere el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal puede no constituir siquiera conducta, desde que ese inciso alude también al estado de inconsciencia, en donde no existe voluntad⁵.

3. División analítica de la conducta. Su necesidad en la teoría concursal. Indivisibilidad a nivel óptico.

Siguiendo con el estudio iniciado, dentro de la conducta a nivel analítico encontramos dos aspectos; uno denominado objetivo y que responde a la "actividad" del sujeto y otro subjetivo que apunta a la voluntad.

Ambos aspectos conforman la conducta y sólo son escindibles mediante la aplicación de un estudio analítico sobre la misma.

Dicho estudio es de fundamental importancia dentro de la teoría del concurso, desde que el aspecto objetivo que atañe a la actividad exteriorizada y que en el presente trabajo llamamos "acción", ha sido tomado como factor determinante de pluralidad en numerosas teorías, producto de confundir dicho concepto con la finalidad.

En realidad, a nivel óptico no hay división, elementos o partes de la conducta, sino que hay una conducta como totalidad; en este sentido, afirma Zaffaroni: "A nivel teórico (cuando estudiamos una conducta, cuando teorizamos sobre ella, cuando «analizamos», esto es, cuando estamos en el plano ontológico) es cuando podemos distinguir una intensidad y una exterioridad, una voluntad y una manifestación, pero este nivel analítico no lo podemos extremar a tal medida de considerarse con total independencia ambos aspectos"⁶.

⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 53, Ediar, Buenos Aires, 1988.

⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 75, Ediar, Buenos Aires, 1981.

Si bien concordamos con que esta independencia no puede extremarse, sí afirmamos que es preciso efectuar una división ilustrativa mediante un procedimiento analítico y ontológico, a fin de demostrar que cuando se trate de saber si existe o no pluralidad de conductas será erróneo basarla en el aspecto objetivo, ya que la referida pluralidad será el resultado de considerar la existencia de varias conductas autónomas, para lo cual el elemento objetivo será de escasa utilidad, desde que la esencia de la individualidad en la conducta radica en su finalidad encaminada hacia la consecución de un resultado.

4. Modalidad del método analítico en el estudio del hecho.

Debemos aclarar entonces que el presente estudio de la conducta no apunta a ella como elemento analítico del delito de la forma en que se trata en la teoría general del delito, sino que nos ocuparemos específicamente de determinar si existe más de una conducta, para lo cual no nos bastará ésta —dada su insuficiencia a nivel óptico— para fundar certeramente la pluralidad referida, sino que también recurriremos al tipo.

Tampoco nos alcanzará el estudio realizado en la teoría general, sino que deberemos recurrir a un método específico y analítico.

Conforme a lo enunciado, el estudio a realizar podría ser:

a) Pretípico: en el sentido de que si bien trataremos la conducta de forma escindida de los demás elementos del delito, será menester reconocer las relaciones particulares que median entre la misma y la tipicidad al solo fin de determinar la existencia de pluralidad.

b) Analítico: porque, como ya afirmáramos, dividiremos la conducta en dos aspectos para facilitar su estudio y la comprensión de errores evidenciados por otras teorías, pero reconociendo y sosteniendo que la conducta en sí misma es inescindible.

5. Estratos analíticos del hecho.

Siguiendo estas pautas de investigación, tendremos:

a) Aspecto objetivo, referido a la manifestación de la voluntad, a la exteriorización del hecho, al que denominaremos

“unidad fáctica de conducta”, entendiéndolo por esta denominación “U.F.C.” la acción propiamente dicha, que definimos además como el mero movimiento corpóreo y el trabajo físico-locomotor que tal accionar conlleva; por ejemplo, el movimiento muscular productor del golpe de puño que lesiona a “X”. Este aspecto se refiere a la exteriorización de la conducta y se manifestará sólo a partir del nivel típico en los delitos de omisión.

Como podemos observar, la U.F.C. prescinde de la finalidad del sujeto activo pues nos referimos mediante él a la sola manifestación de voluntad y no a la voluntad misma.

Con respecto a la causalidad y al resultado se debe tener en cuenta que los mismos no integran la conducta, sino que la acompañan, siendo entonces un problema de tipicidad y no de conducta⁷.

Tanto el resultado como el nexo causal están fuera de la acción, que sí es integrante de la conducta.

Cabe aclarar que si bien la causalidad y el resultado acompañan en todo momento a la conducta, a nivel típico no siempre tienen relevancia.

En este sentido podemos afirmar que el nexo causal y el resultado son elementos contingentes de los tipos penales, dado que hay figuras en las que el legislador no los individualiza como relevantes, por ejemplo, en los delitos de pura actividad.

Siendo entonces la U.F.C. sinónimo de acción, nos podemos dar perfecta cuenta de que con una sola acción o U.F.C. puede producirse un resultado o varios, no dependiendo en absoluto la materialización de un posible concurso de la existencia de algunos de estos elementos.

b) El segundo aspecto analítico de la conducta está constituido por el elemento volitivo, al que también podríamos denominar subjetivo, y que llamaremos “unidad de resolución final” (U.R.F.), por medio de la cual un individuo determina y dirige su conducta a la conformación de un evento individualizado y querido.

La U.R.F. puede presentarse de dos maneras según la tipificación a la cual preceda, a saber:

- 1) U.R.F. voluntaria, intencional.
- 2) U.R.F. imprudente o negligente.

⁷ Franz Liszt, *Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts*, pág. 28, 1922; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 79, Ediar, Buenos Aires, 1981.

En el supuesto 1, la conducta apunta su objetivo final a la materialización de un tipo doloso; en el supuesto 2, la conducta se dirige a un objetivo final que tiene como aspecto relevante la violación de un deber de cuidado, con oportunidad de efectuarse por parte del sujeto activo la denominada selección de medios.

6. Falta de alguno de los elementos analíticos.

Nuevamente aclaramos que ónticamente la U.F.C. y la U.R.F. son inescindibles, pero analíticamente hemos desarrollado cómo ambos aspectos integran la conducta en su totalidad. Ya enunciamos que el fin perseguido al ultimar la presente división responde a motivos académicos con respecto a la concepción de la teoría concursal.

Si imagináramos hipotéticamente la falta o supresión de alguno de los dos aspectos, nos daríamos cuenta de la gravitación que posee cada uno de ellos en la estructura del hecho o conducta.

Pero, sin embargo, también notamos una cierta preeminencia de la U.R.F., por cuanto ella es la que le otorga contenido al aspecto restante, ya que da sentido a la mera manifestación mecánica, pudiendo identificar de esta manera como constitutivo de la conducta a aquel movimiento que tenga contenido voluntario, lo que significará, sin lugar a dudas, finalidad.

Si sólo contásemos con el aspecto subjetivo de la conducta, esto es U.F.C., ella jamás se hubiese exteriorizado, no habría salido del fuero interno del individuo y por lo tanto no sería ni individualizable ni, por supuesto, punible, puesto que nos encontraríamos ante una manifestación interna correspondiente al pensamiento del sujeto, quedando fuera del ámbito jurídico-penal de manera palmaria atento a lo prescripto por el principio estatuido en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Si, a la inversa, sólo contáramos con el aspecto objetivo —acción—, nos encontraríamos ante un caso de ausencia de conducta o falta de conducta por algunas de las causas de exclusión elaboradas; por ejemplo, involuntariedad, fuerza física irresistible (art. 34, inc. 2º, párrafo 1º, e inc. 1º, en referencia al estado de inconsciencia).

CAPÍTULO III

HECHO Y CONDUCTA EN LA TEORÍA DEL CONCURSO

Genéricamente, podríamos definir la palabra “hecho” diciendo que se trata de todo suceso o acontecimiento que se produce en el mundo circundante; los hechos pueden clasificarse en naturales y humanos. Tanto unos como otros tienen una consecuencia jurídica posible dentro del mundo del derecho, ya sea como un mero acontecer natural, los primeros, o con la intervención humana, los segundos.

Los hechos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios. En los hechos humanos involuntarios, el autor sólo “obra”, no se conduce⁸. Por lo tanto, en ellos es inexistente la conducta, pues hay ausencia de voluntad en el agente, ya que éste actúa o bien en estado de inconsciencia, o como un mero medio mecánico en la provocación del evento (involuntariedad del art. 34, inc. 1º, por hallarse en estado de inconsciencia, e inc. 2º, párrafo 1º, por actuar bajo fuerza física irresistible); en ambos casos, la conducta es inexistente, no querida, no hay voluntad, no existe finalidad.

En los hechos humanos voluntarios el autor se “conduce”, por lo tanto hay conducta, y como consecuencia de ello actúa voluntariamente, con lo cual existe finalidad.

1. Hechos humanos voluntarios.

Nos ocuparemos de los hechos humanos voluntarios por constituir éstos la denominada conducta, elemento analítico de singular importancia para la elaboración de una teoría del

⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 53, Ediar, 1981.

concurso desde que el factor determinante de pluralidad debe radicar en la relación conducta-tipo, con lo cual aparece como elemento de primordial relevancia.

Entendemos que es a esta concepción de "hecho como conducta", a la que se refiere nuestro Código en los arts. 54 y 55; al concepto "hecho" así definido, como conducta, lo concebiremos constitutivamente desde una orientación finalista, desde que no existirá conducta ni voluntad si no existe finalidad; entendiendo la efectivización de esta conducta por medio del nexo final, como reemplazante del nexo causal, evitando así la ilimitabilidad que llevaba ínsita este último.

Es decir que cuando aludimos al término "hecho" nos estamos refiriendo simplemente a la conducta.

Concebiremos entonces al hecho también como ejercicio de una actividad final, entendida ésta a modo de anticipación biocibernética del resultado, esto es, dividiéndola en las etapas funcionales correspondientes, las cuales se estructuran a partir de los siguientes pasos:

- 1) el autor se propone un fin determinado;
- 2) selecciona los medios para llevarlo a cabo;
- 3) pone en marcha la causalidad.

Concluyendo, hemos definido al hecho como conducta, y a ésta como ejercicio de una actividad final, con lo cual hemos precisado uno de los conceptos básicos a tomar en cuenta para la elaboración de una teoría concursal.

2. Conducta.

Es necesario definir desde un comienzo en qué concepción doctrinal de la acción nos ubicaremos, más aún en el estudio de la teoría del concurso, donde dicho elemento analítico reviste importancia mayúscula.

En dicho sentido, diremos que sostendremos una concepción finalista de la acción, entendiéndola como ejercicio de actividad final⁹.

La finalidad a la cual nos referimos implica voluntad, pues no es concebible una voluntad sin contenido, sin dirección, porque la voluntad siempre implicará voluntad de

⁹ Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 12ª ed., Ed. Jurídica de Chile, pág. 53, Chile, 1987.

algo, lo que significa que siempre tendrá un contenido, que es en definitiva una finalidad.

Propugnamos, por lo tanto, un concepto de voluntad realista, desde que sólo desde el plano idealista puede concebirse una voluntad sin finalidad; de esta manera, la estructura de la acción en que nos enrolamos responde a un concepto óntico-ontológico de la misma, que se fundamentará en la imposibilidad de la concepción del objeto por parte del pensamiento. Los objetos "son", con prescindencia de que haya un sujeto que los piense o los valore¹⁰.

Ello significará manejarnos con un concepto prejurídico de acción; la acción "es" más allá del derecho, ya que el mismo no la crea; no existirá entonces un concepto jurídico-penal de acción.

Denominaremos a los hechos humanos voluntarios¹¹ y dejaremos el concepto de acción para la descripción del mero acontecer fáctico del que luego nos ocuparemos.

Concebida la conducta, como afirmáramos, desde un punto de vista realista, diremos que la misma como ámbito pretípico no se distingue de la conducta humana tal cual la conocemos en la realidad.

3. Estructura de la conducta en la teoría del concurso.

La estructura de esta conducta puede analizarse en tres niveles; esto significa conceptualizarla como anticipación biocibernética de la siguiente manera:

- 1) el sujeto se propone la realización de un fin;
- 2) elige los medios para llevarlo a cabo;
- 3) pone en marcha la causalidad.

En toda conducta habrá una anticipación biocibernética del resultado y es aquí donde es necesario precisar algunos conceptos.

A nivel de la teoría general podemos afirmar, y de hecho sostendremos, que la conducta tendrá existencia y "será" más

¹⁰ Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, pág. 24, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1976; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., pág. 341, Ediar, Buenos Aires, 1990.

¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., pág. 275, Ediar, Buenos Aires, 1990.

allá del ámbito jurídico, pero a nivel de teoría concursal, es decir cuando no nos preguntamos si hay conducta sino si hay más de una conducta, la prohibición (ámbito típico) será relevante de manera relacional, con lo cual los elementos a tomar para resolver tal entuerto no se limitarán sólo al ámbito pretípico sino que alcanzarán también al típico.

Dicho fenómeno debe su existencia a la especial estructura que los institutos concursales presentan, debido a que no puede concebirse una pluralidad de conductas prescindiendo de lo jurídico, ya que el mismo concurso en sí relaciona un elemento analítico prejurídico, conducta, con otro jurídico, tipo; de manera tal que es difícil manejarse con las definiciones a nivel estructural de tipo o conducta, que son las que maneja la teoría general.

Aquí se deben manejar las definiciones a nivel concursal, es decir, elaborar la teoría sobre la base del análisis de la relación existente entre la conducta y el encuadre correspondiente.

Ello no significa que las conductas que conformen un concurso, por ejemplo, real, sean concebidas ontológicamente o idealmente, ya que cada una de ellas será en sí misma un concepto prejurídico.

Pero a modo de método para deslindar su posible pluralidad es necesario averiguar si nos hallamos ante un concurso, para lo cual no analizaremos la existencia de la conducta en sí, tarea ésta reservada a la teoría general, sino que estudiaremos las estructuras que cada una de ellas conforman cuando concurren de manera plural; para ello recurriremos no sólo a la conducta sino también a otro elemento que la teoría concursal contiene, la tipicidad.

Puede concebirse la conducta aisladamente a nivel prejurídico, pero no podemos hacer lo propio cuando no la analizamos individualmente, sino en relación, análisis determinado por los mismos arts. 54 y 55 del Cód. Penal.

A lo largo del presente trabajo se observará lo difícil que resulta encontrar una unidad de conducta por medio de una unidad de movimiento (acción), o a través de los denominados "conteo de resultados", "separabilidad de las lesiones", "relación medio-fin", resultando imposible elaborar una teoría que nos indique unidad de conducta partiendo de la misma para constituirla.

4. Origen de los conceptos de unidad y pluralidad de hechos.

La teoría del concurso presenta como principal dato configurante los conceptos de unidad y de pluralidad de acciones.

Las bases de la evolución histórica fueron elaboradas por J. C. Koch, quien dividió el denominado *concursum simultaneum* (unidad de acción) del supuesto *concursum successivum* (pluralidad de acciones) y los distinguió del *concursum continuatum* (acción continua)¹².

La distinción entre concurso real e ideal es también receptada con frecuencia por los códigos penales alemanes del siglo XIX, pasando luego al Código del Imperio Alemán (RStGB) de 1871 a través del Código Penal Prusiano (StGB) de 1851¹³.

¹² J. C. Koch, *Institutiones Juris Criminalis*, & 24, 9ª ed., 1791, citado por Hans Heinrich Jescheck, en *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 995, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

¹³ Goldammer, *Materialien*, t. I, págs. 447 y ss., citado por Hans Heinrich Jescheck en *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 995, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

CAPÍTULO IV

UNIDAD DE HECHO A PARTIR DE LA UNIDAD DE RESULTADO

1. ¿Puede partirse de la unidad de resultado para determinar la unidad de hecho?

La pregunta clave en este tema a la cual debemos responder es: ¿puede partirse de la unidad de resultado para determinar la unidad de hecho?

Creemos que la respuesta debe ser negativa, pues el criterio para determinar la unidad o pluralidad de delitos no radica en el número de resultados, sino que este número es una consecuencia material y causal, que guarda proporción (por ser elemento contingente de la tipicidad) con las conductas realizadas en los casos de concurrencia de tipos dolosos entre sí, efecto éste que puede llevar a confusión y que es necesario precisar.

En los delitos dolosos, cada conducta requiere una finalidad, la que tiende a la consecución de un determinado resultado, que puede inclusive no concretarse o no ser relevante (por ejemplo, los delitos de pura actividad), para lo cual se seleccionan los medios necesarios y, por último, el sujeto activo pone en marcha la causalidad con miras a la obtención definitiva de ese resultado.

Ahora bien, lo que sucede es que en estos casos el número de conductas será proporcional al de resultados si éstos se efectivizan.

Esto está dado por el hecho de que no pueden existir, en la hipótesis de mención, más resultados relevantes que los tenidos en mira en la finalidad del agente.

Y si éstos acontecieran, no serán relevantes penalmente, ya que no se puede atribuir un resultado que el sujeto activo ni siquiera consideró, ya que su finalidad no apuntaba a la

concreción del mismo. Efectuamos este análisis siempre dentro del esquema de concurrencia de delitos dolosos, que son los que presentan esta particularidad de correspondencia.

Debemos concluir, entonces, que en estos casos los resultados equidistan en forma proporcional con las conductas llevadas a cabo por el actor. Pero esto no permite afirmar que tomando como base el conteo de resultados podamos sostener que existe más de una conducta o hecho; dado que en ciertos casos esta equivalencia no se manifiesta (casos de concurso ideal y en los delitos de pura actividad), pues en éstos se produce una multiplicidad de resultados, no obstante existir unidad de conducta (o directamente falta un resultado).

2. Relevancia del resultado.

Afirmaremos, además, que si bien el método para establecer la existencia de pluralidad delictiva no puede radicar en el simple conteo del número de resultados a fin de determinar conductas plurales, éstos tampoco pueden ser ignorados totalmente.

Dicho elemento tendrá relevancia a fin de determinar el tipo llamado a encuadrar la conducta en el caso concreto.

Así es como la función del resultado cobra mayor relevancia a nivel típico, junto con los otros elementos que integran el tipo objetivo.

La escasa relevancia que se otorga por parte de la doctrina al resultado a nivel pretípico es justificable por cuanto, si se analiza el resultado dentro de la conducta, la utilidad teórica obtenible es nula y de escasa utilidad para el derecho penal; así, con referencia al nivel típico afirma Zaffaroni: "El derecho no puede desconocer jamás que toda conducta está circunstanciada y que como tal, a nivel material, invariablemente tiene un resultado físico. No obstante apenas en el nivel típico las circunstancias y los resultados cobran importancia..."¹⁴.

El presente estudio aclarará a lo largo de su exposición la relevancia del resultado dentro de la teoría del concurso,

¹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 54, Ediar, Buenos Aires, 1981.

así como también la multiplicidad de los mencionados en los casos de concurrencia de figuras culposas cuando éstas concurren simultáneamente pero reconociendo una única violación a un deber de cuidado, o sea que dichos resultados tendrán como factor generador una única conducta.

Concluimos, entonces, que si bien el resultado en algunos casos guarda relación proporcional con la conducta, no puede ser considerado como factor determinante de pluralidad.

La referida proporcionalidad no será consecuencia del resultado, sino del tipo que aquél integra como elemento en su aspecto objetivo, y tan sólo en los casos de concurrencia de tipos dolosos y culposos en las condiciones ya estipuladas.

Este fenómeno no es dable sólo con el resultado sino también con cualquier otro elemento integrante del aspecto objetivo del tipo penal.

3. Esquema de injusto objetivo-subjetivo como factor de exclusión de las teorías concursales objetivas. Conteo de resultados.

Nuestra posición es diametralmente opuesta a la teoría de la “unidad de hecho”, que en rigor es una postura que deriva en la operativa del conteo de resultados como factor determinante de la existencia o no de pluralidad delictiva.

Ello no es más que un resabio, aún existente, de las teorías que consideraban al injusto penal de manera totalmente objetiva, postura ésta que daba fundamento a las teorías concursales de aquel entonces y que dadas las nuevas estructuras elaboradas a partir del descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo comienza a concebirse un esquema de injusto objetivo-subjetivo, que termina por dar nacimiento a una teoría del tipo complejo, esto es, estructurarlo de manera bipartita mediante un aspecto objetivo y otro subjetivo, incluyendo dolo y culpa dentro de este último.

Esta evolución, así como la que sufre la acción desde su concepción causal-mecánica a su concepción finalista son las que dejarán ampliamente descolocadas a las teorías concursales basadas en el sistema conocido como “conteo de resultados”.

Es en este esquema de la teoría del delito, concebido conforme al concepto subjetivo-objetivo, en el cual nos basaremos

para elaborar la presente, dándole al elemento subjetivo (finalidad en la conducta; dolo y culpa en el tipo) y al acontecer interno del autor toda la relevancia que poseen.

Resulta asimismo coherente la atención al aspecto subjetivo de la conducta, por cuanto debe seguirse como guía a nivel de la teoría general del delito el disvalor de la acción por sobre el del resultado. "Pues disvalor de la acción menciona un juicio sobre la acción como unidad psicofísica. El aspecto físico de la acción, el movimiento corporal, es, por cierto, una parte integrante necesaria del objeto sobre el cual recae el juicio de disvalor. Pero lo que se debe desaprobare es el movimiento corporal sólo en tanto y en cuanto está intencionalmente incluido en una relación que ha de desembocar en una situación de hecho valorada negativamente. Él está sometido a un juicio de disvalor no como tal, sino por las intenciones que lo conducen y acompañan"¹⁵.

No cabe duda, a partir de la cita traída al presente, de que el objeto de la valoración de la conducta está dado por la intención que conduce y acompaña al hecho.

De esta manera la intención—que es la que en definitiva conduce a la voluntad final— es la que da verdadero sentido al movimiento corporal-causal, y por lo tanto en nuestro estudio es el elemento que determinará la guía sobre la cual se conduce la pluralidad del hecho.

4. Síntesis en cuanto a la relevancia del resultado en el concurso de delitos.

Analizaremos este elemento subjetivo por medio de la finalidad que se plasma en la conducta como elemento estructural de la misma; de manera análoga, ocurrirá lo propio dentro del tipo concebido de modo complejo por medio del aspecto subjetivo. Sintetizando:

- a) el resultado es una alteración del mundo exterior que afecta a un bien jurídico tutelado de manera directa;
- b) a nivel pretípico, el resultado, si bien existe, no tiene relevancia teórica ni práctica;

¹⁵ Eberhard Struensee, *Dolo, tentativa y delito putativo*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Ed. Hammurabi, pág. 47, Buenos Aires, 1992.

c) a nivel típico, forma parte del aspecto objetivo del tipo penal, como un elemento constitutivo más de la figura junto con el nexo causal y otros elementos objetivos;

d) en la concurrencia de figuras dolosas, o de figuras culposas donde la violación al deber de cuidado correspondiente sea proporcional a los tipos llamados a concurrir, los resultados guardan relación proporcional con las conductas, siempre que éstos sean relevantes a nivel típico (no se trata, por ejemplo, de un delito de pura actividad);

e) en la concurrencia de figuras culposas entre sí, donde la violación al deber de cuidado correspondiente sea única a pesar de un encuadramiento múltiple, no existirá relación proporcional entre la conducta y el resultado;

f) el factor determinante de la existencia de pluralidad delictiva se basará en la relación existente entre conducta-tipo y no entre conducta-resultado;

g) entonces, el resultado no es un elemento relevante a tener en cuenta con respecto a la teoría del concurso.

CAPÍTULO V

ALCANCE DEL TÉRMINO “ACCIÓN”

1. Definición de “acción”. Su diferencia con la conducta o el hecho.

Evidentemente, si las finalidades son varias, varias serán las conductas que correspondan a cada una de ellas, incluyendo su correspondiente “acción”, elemento éste que puede ser variable y no necesariamente proporcional a la conducta ni tampoco, por lógica consecuencia, al tipo individualizador de aquélla.

En este punto radica el inconveniente con que se ha tropezado varias veces en las teorías concursales elaboradas, por confundir la “acción”, despojada de la finalidad y no proporcional con el tipo llamado a concurrir, con la conducta que incluye la acción más su finalidad, creando de esta manera un gran equívoco.

El concepto de acción se introduce en este trabajo a fin de poder dar una denominación coherente y práctica al acontecer físico, que si bien incluye la conducta no la determina ni mucho menos la individualiza.

La acción así precisada es un elemento que por sí mismo no puede individualizar los fines ni el número de encuadres típicos, y por lo tanto nunca podrá determinar por sí sola si existe o no un concurso de delitos, a diferencia de la finalidad que el sujeto activo exterioriza conformando la conducta, que en sí determina los tipos llamados a concurrir en la mayoría de los casos, salvo en los delitos culposos cuya violación al deber de cuidado es única y encuadra en varios tipos.

Esta exteriorización se complementa a nivel típico por medio del encuadre de cada una de esas conductas y nos dará un acabado aspecto acerca de la existencia o no de concurrencia de delitos.

Cabe reiterar, entonces, que cuando nos hallamos ante una pluralidad de conductas dolosas con sus correspondientes finalidades, corresponderá a cada una de ellas un determinado tipo, que, de excluirse entre sí, es decir, si no media un supuesto de concurso aparente y siempre que no exista una causa de exclusión del tipo, existirá un encuadre múltiple con sus conductas correspondientes conformando así varios delitos que concurren materialmente, encontrándonos ante una hipótesis de concurso real.

En los delitos dolosos y en los culposos ya individualizados, la pluralidad de tipos determina siempre la pluralidad de conductas; pero la pluralidad de conductas no siempre determina la pluralidad de tipos, pues éstos pueden no excluirse en sus relaciones recíprocas; es decir que puede existir concurso aparente de tipos, unidad de conductas por efecto del tipo o concurso ideal a la inversa.

2. Coexistencia entre la unidad de acción y la pluralidad de conductas o hechos.

A fin de evitar confusiones, es importante analizar el funcionamiento del elemento "acción" dentro de la conducta, para no caer en el error de tomar como única a esta última, sobre la base de una manifestación única de aquélla.

Igual error se manifestaría si ante la pluralidad de "acción" consideráramos constituida la pluralidad de conductas finales, lo que implicaría pluralidad de hechos.

En innumerables casos la acción meramente mecánica y causal puede presentarse físicamente como única, y no obstante ello la voluntad del autor ser múltiple, con lo cual la conducta será múltiple.

Por ejemplo: "A" acciona un arma automática y produce voluntariamente, mediante una única ráfaga, la muerte de "Z" y de "Y".

Comenzamos a analizar el evento mediante un estudio analítico del hecho, encontrando en el caso mencionado una finalidad múltiple determinada por la voluntad de matar a "Z" por un lado, y la voluntad de hacer lo propio con "Y".

A ambas finalidades corresponden dos conductas que son difíciles de deslindar cuando apreciamos el hecho fácticamente, pues temporalmente casi no existirá una división apreciable por

el observador, ya que con un "solo movimiento", esto es, con una acción, se lleva a cabo una doble finalidad y se consuman dos muertes.

Pero el "solo movimiento" o acción si bien integra la conducta no la completa totalmente; dicho elemento ni siquiera es relevante a nivel pretípico en todos los casos; por ejemplo, no lo es en la omisión.

Por lo tanto, concluimos que el movimiento en sí mismo no es conducta, aunque la integra.

Un movimiento indica la existencia de una acción, no de una conducta, y ello sólo si se da dentro de un continente fáctico autosuficiente para integrar una unidad; es decir que la acción es una exteriorización fáctica que si bien es necesaria en los delitos de comisión para materializar objetivamente la conducta, no es el único elemento integrante de ella (1ª relación).

No debe confundirnos entonces el análisis de la posible unidad que puede llevar ínsita la acción; sino que debemos considerarla como un elemento fáctico, como una parte objetiva integrante del aspecto meramente físico de la conducta, que si bien la integra, no la completa ni nada nos indica acerca de su contenido.

Sólo se complementará e integrará el hecho o la conducta cuando agreguemos a su estudio la voluntad encaminada a la consecución de un fin buscado y querido por el sujeto activo.

La voluntad será, en definitiva, el elemento a tomar en cuenta para determinar la pluralidad de hechos, a la inversa de la acción, que al igual que el resultado y el nexos causal son integrantes del acontecer fáctico, mecánico y físico del hecho y por lo tanto de innecesaria consideración a nivel pretípico, no sólo en el estudio de la conducta en sí sino en el análisis, en lo que concierne a su posible pluralidad.

CAPÍTULO VI

TIPO PENAL EN LA TEORÍA DEL CONCURSO

1. Concepto.

Luego de haber estudiado la importancia que a nivel concursal contiene el elemento analítico tipo penal y el tema de la tipicidad, será menester introducirnos de manera breve al estudio de su estructura, a fin de poder precisar su funcionamiento dentro del marco de nuestro esquema teórico.

No nos extenderemos en la exposición con respecto a la evolución dogmática que el tipo penal ha experimentado a lo largo del tiempo desde su concepción efectuada por E. von Beling en 1906, a quien le debemos el mérito de haber fijado el concepto técnico de tipo penal vigente en su obra *Die Lehre von Verbrechen*¹⁶.

Sólo nos ocuparemos de estudiar los elementos que abarca, a fin de determinar el ámbito continente de cada tipo penal, tema, éste, de interés primordial para nuestro trabajo.

Con respecto a la naturaleza de dichos elementos, diremos nuevamente que fueron concebidos dentro del esquema del autor citado, de manera objetiva, y que respondían esencialmente al esquema estructural genérico de injusto objetivo y culpabilidad subjetiva, esquema que se rompería más tarde con Frank, a partir de la elaboración que dicho autor efectuara mediante la teoría normativa de la culpabilidad en 1907, por medio de la incorporación de elementos objetivos a la misma, lo que demostraría que la concepción de la culpabilidad no era tan “subjetiva” como se la había concebido hasta ese momento¹⁷.

¹⁶ E. von Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906.

¹⁷ R. von Frank, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Auflage 18, Tübingen, 1931.

Análogo tratamiento se realizará, pero a la inversa, con el tipo penal al descubrirse los “elementos subjetivos del tipo” que demostraron que el injusto no es totalmente objetivo, aunque tanto el dolo como la culpa permanecerán en la culpabilidad; esta posición, denominada neoclásica, fue sostenida por Edmund Mezger¹⁸.

La evolución plena del sistema llegará de la mano de Hans Welzel¹⁹ mediante la revolucionaria concepción de la acción final, a la que arribará perfeccionando las teorías del tipo complejo elaboradas por Helmuth von Weber y Alexander Graf Zu Dohna.

Tanto Weber como Graf Zu Dohna²⁰ concebían al tipo de manera compleja; la diferencia radicaba en que el primero sostenía una posición bipartita del delito, pensando así que la tipicidad implicaba antijuridicidad, postura conocida con el nombre de “teoría de los elementos negativos del tipo”, cuya esencia radica en la exclusión de la tipicidad llevada a cabo por medio de causas de justificación, desde que éstas serán en definitiva causas de atipicidad.

Para el segundo autor, la antijuridicidad recaerá como juicio sobre el aspecto objetivo del tipo, y la culpabilidad sobre el subjetivo.

Welzel terminará la elaboración del concepto de tipo complejo mediante un esquema abarcativo del mismo; la antijuridicidad y la culpabilidad recaerán tanto sobre el aspecto objetivo como sobre el subjetivo, criterio éste denominado tripartito. Además, llevará el dolo al tipo subjetivo, dejando en la culpabilidad la capacidad de comprensión de la antijuridicidad, sosteniendo la independencia de esta última como elemento analítico.

En nuestra teoría concursal utilizaremos la última concepción formulada, es decir que concebiremos al tipo como

¹⁸ Edmund Mezger, *Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas Editor, México, 1990.

¹⁹ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Auflage 11, Berlín, 1969; *Derecho Penal alemán*, 12ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

²⁰ Alexander Graf Zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre, La estructura de la teoría del delito*, 3ª ed., 1947; Helmuth von Weber, *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Principios del Derecho Penal alemán*, 2ª ed., 1948.

una estructura compleja, compuesto de manera tripartita mediante un aspecto subjetivo y otro objetivo.

2. Definición.

Podemos definir al tipo penal como la descripción de una conducta, prohibida por una norma; en este sentido, podemos afirmar que el tipo penal es también el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma, conforme a la definición dada por Enrique Bacigalupo ²¹.

Zaffaroni nos suministra una definición minuciosa del tipo penal, considerándolo como “un instrumento legal, lógicamente necesario, de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene como función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes” (por estar penalmente prohibidas) ²².

3. Clasificación tradicional.

La clasificación tradicional que puede tener incidencia sobre la teoría concursal se limitará a aquellas en donde más de un hecho pueda ser comprendido por una misma figura.

4. Figuras simples y figuras complejas.

Son simples aquellas figuras en las cuales la lesión jurídica será única, como, por ejemplo, el homicidio simple del art. 79 del Cód. Penal o el robo simple del art. 164 del mismo Código.

Son complejas aquellas figuras que unifican más de una infracción, que se encuentran individualmente también tipificadas, y cuya función da como resultado el nacimiento de una nueva figura, que será de gravedad superior a las que la componen tomadas aisladamente, por ejemplo, el latrocinio descrito en el art. 165 del Cód. Penal.

²¹ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

²² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pág. 371, Ediar, Buenos Aires, 1990.

La importancia de esta clasificación es la exclusión de la posibilidad de conformación de concursos ideales en caso de mediar un delito complejo; conforme a esta postura se encuentra Sebastián Soler.

5. Figuras unisubsistentes y plurisubsistentes.

Se denomina unisubsistente a aquella figura que requiere para su materialización sólo la realización de un hecho; por ejemplo, la violación tipificada en el art. 119 del Cód. Penal, el robo del art. 164, el homicidio del art. 79, etc.

Son plurisubsistentes aquellas figuras que requieren para su materialización la ejecución de más de un hecho; por ejemplo, el art. 208, sobre ejercicio ilegal de la medicina.

Dicha clasificación reviste gran importancia desde que no deben confundirse las figuras plurisubsistentes con los concursos reales, puesto que aquellos tipos son un supuesto más de concurso aparente por mediar concurso ideal a la inversa.

PARTE SEGUNDA
EL CONCURSO IDEAL

CAPÍTULO VII

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS TEORÍAS FUNDAMENTADORAS DEL CONCURSO IDEAL

Trataremos de efectuar seguidamente una revisión de la trayectoria evolutiva que se desarrollara con referencia a la tesis que sostiene la posibilidad de la existencia de unidad de hecho con pluralidad de encuadres, supuesto éste conocido en la doctrina como concurso ideal o formal de delitos.

1. Teoría del medio-fin. Carrara.

Las doctrinas que mayor difusión tuvieron durante el pasado siglo basaron la imposición de una única pena, no obstante la aplicación de varias figuras a un mismo caso, en los supuestos de existencia de una relación de medio-fin entre los delitos cometidos²³.

Tal fue la primera elaboración teórica utilizada a fin de poder determinar la pluralidad de encuadres con unidad de hecho. Dicha concepción basaba la referida unidad en lo que se denominó “conexión medio-fin”; dicha modalidad entiende la unidad de hechos como efectiva a pesar de la pluralidad delictiva en los casos donde el fin del autor, considerado éste como fin último, es en definitiva el que prevalece sobre los demás encuadres y fines que puedan efectivizarse con ocasión del mismo, esto es, hacer depender la unidad de hecho, a pesar de la multiplicidad típica, de la “unidad de fin del autor”.

²³ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 290, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983; Francesco Carrara, *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, 5ª ed., caps. 165 y ss., Lucca, 1877, o su traducción: *Programa de Derecho Criminal*, caps. 165 y ss., págs. 125 a 129, Ed. Temis, Bogotá, 1988; Ricardo Núñez, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. II, pág. 208, M. Lerner Editora, Córdoba, 1988.

De manera tal que dicha unidad se materializa por medio de lo que podríamos denominar cadena de hechos delictivos, en donde cada uno de ellos sirve como medio para la consecución del otro al cual apunta el fin último del agente (sujeto activo).

Con lo cual existiría un solo hecho, el determinado por el fin último querido por el autor, y varios tipos integrados por el correspondiente encuadramiento del fin último más los que sirvieron de medio. Ejemplo de la aplicación de tal teoría sería tomar como casos de unidad de hecho los siguientes supuestos: matar para robar; falsificar documentos para penetrar en una dependencia pública y cobrar indebidamente una suma de dinero; secuestrar para extorsionar.

Esta postura es claramente sostenida por Carrara cuando, en el capítulo 166 de su *Programa...*, dice: "En primer lugar, y ésta es una regla indefectible, debe distinguirse si la violación de varios derechos fue realizada para servir a diversos fines del culpable, independientes el uno del otro, o si el reo no tendía más que a un solo fin, por el cual violaba un derecho, y se valía de la violación del otro derecho como medio para alcanzar aquel fin"²⁴.

Pues, a pesar de las varias violaciones al derecho, el sujeto activo: "*non tendeva che ad un solo fine pel quale violava un diritto, e della violazione dell'altro diritto se valeva como mezzo per giungere a quella*"²⁵.

Lo propio se verifica por parte del maestro de Pisa cuando en el capítulo 52 de la obra citada afirma que los delitos simples son los que lesionan un solo derecho y los complejos más de un derecho, ya sea por mera concomitancia (como si un arma disparada contra uno hiere también a otro) o por conexión de medio-fin, en cuanto un delito se haya cometido para facilitar la ejecución de otro delito ("*in quanto un diritto si a sí commesso por agevolare la esecuzione di altro diritto*")²⁶.

²⁴ Francesco Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, 5ª ed., cap. 166, Lucca, 1877 o su traducción, *Programa de Derecho Criminal*, t. I, cap. 166, pág. 125, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

²⁵ Conforme obra citada en nota 24.

²⁶ Francesco Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, 5ª ed., cap. 52, Lucca, 1877, o su traducción: *Programa de Derecho Criminal*, t. I, cap. 52, pág. 61, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

Crítica.

Podemos criticar esta teoría en virtud de varias consecuencias negativas que la misma trae aparejadas, pues importa una benignidad extrema al crearse una relación de absorción inexistente, basada en la referida relación medio-fin, cuando dicha relación no puede más que provenir del juego armónico en el que las figuras se hallan inmersas, es decir, de las relaciones típicas propiamente dichas.

Por otro lado, la solución que la teoría del medio-fin nos brinda es claramente violatoria de uno de los principios concursales básicos, cual es el *quot delicta tot poenae* (cada delito debe tener una pena), de manera que ningún delito debe quedar impune.

Generalmente, tales concurrencias, que sin duda revisiten el carácter de concurso real o material, dan lugar a la sanción de figuras complejas, que poseen mayor pena que sus tipos constitutivos; un claro ejemplo del supuesto lo aporta nuestro Cód. Penal en su art. 165, y también el art. 13 de la ley 23.737.

Además, un claro fundamento crítico desde el punto de vista dogmático se impone en virtud de que tal posición no tiene cabida en nuestro Código Penal, conforme a la doctrina nacional mayoritaria. No obstante ello, fue seguida en varias ocasiones por nuestros tribunales²⁷.

2. Teoría fundamentadora de la unidad de conducta o de hecho con pluralidad de encuadre sobre la base de la unidad de acción.

a) Origen.

Abandonada la teoría que basa la pluralidad de encuadres con unidad de conducta en la relación medio-fin, se optó por restringir aún más los supuestos de concursos ideales con motivo de las críticas que analizáramos precedentemente.

²⁷ CS, "Mereu", "L.L.", t. 14, pág. 92, fallo 6727, con nota de Sebastián Soler.

Es así como se empieza a concebir la teoría conocida con el nombre de "unidad de acción"; mediante ella lo que se imputa a un sujeto son sus acciones, por lo tanto aun existiendo un encuadramiento múltiple, si en el caso se hubiere efectuado una sola acción no podrá existir más que una imputación.

De esta manera se trataron de corregir los abusos que la teoría precedente manifestaba, pues, por más que el fin último sea la concreción de una determinada figura, las que le han servido de medio no resultan absorbidas por aquéllas, puesto que existirá más de una acción, la que se lleva a cabo para realizar el delito-medio y la que servirá para concretar el delito-fin, materializándose así un claro supuesto de concurso real determinado por la existencia de una pluralidad de encuadres y por su correspondiente pluralidad de acciones.

En el ejemplo que se ha expuesto, es decir, aquel que mata para robar, la teoría de la unidad de acción permitiría deslindar dos acciones diferentes; por un lado, la acción de la sustracción autónoma e independiente y, por el otro, el homicidio cometido para facilitar el robo, existiendo además para cada una de estas acciones un encuadre correspondiente, configurándose así un supuesto de concurso real. De esta manera se evita la supuesta absorción con la que se daba sustento a la teoría del medio-fin; con respecto a este ejemplo cabe aclarar que en algunos códigos, entre los que se incluye el nuestro, existe una figura especial que se dedica al supuesto, como los arts. 165 y 80, inc. 7°.

Como podemos observar, el aspecto objetivo en la teoría de la acción o del acto es totalmente abarcativo de la conducta, quedando la finalidad del agente relegada a un grado de insignificancia notorio.

Núñez la define afirmando: "...cuando con una acción se producen varias violaciones de la ley penal, existe un solo delito. En el ámbito de esta tesis, la acción se equipara al acto de comisión o de abstención de obrar, vale decir, a la conducta humana en su aspecto subjetivo-material"²⁸.

²⁸ Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. II, págs. 205 y 206, M. Lerner Editora, Córdoba, 1988.

Soler se refiere a ella diciendo que "...lo que se le imputa a un sujeto son sus acciones; así, cuando no hay más que una acción no puede haber más de una imputación, aunque esa sola y misma acción caiga bajo más de una descripción legal"²⁹.

Como podemos apreciar, la teoría en cuestión encuentra su fundamento principal en el aspecto objetivo de la conducta, otorgándole una relevancia plena a las circunstancias fácticas y a los resultados verificados, por sobre la finalidad del sujeto activo.

Es por tal motivo que podríamos clasificar a la teoría de la unidad de acto o de acción como una teoría plenamente objetiva y diametralmente opuesta a la teoría del medio-fin, en la cual lo subjetivo abarcaba toda la conducta creando supuestos concursos ideales sobre la base de la sola finalidad del sujeto activo.

El resultado práctico de la teoría de la unidad de acto o de acción no tardó en evidenciar sus falencias, que radicaron principalmente en la excesiva complejidad al definir y precisar el término "acción".

b) Teoría de Capocelli.

Entre los autores clásicos que se plegaron a esta teoría encontramos a Capocelli, quien da como supuesto de concurso ideal el caso de quien dispara un arcabuz e hiere o mata a varias personas, o de quien incendia una casa y produce varias muertes. Para este autor, éstos son supuestos de concursos ideales, "...porque, además de existir una sola resolución es aplicable el principio de que un solo delito puede resultar de la pluralidad de actos, pero de un solo acto no puede resultar la pluralidad de los delitos"³⁰.

Según Capocelli, existirían múltiples resultados en orden a la realidad, pero el querer criminoso se ha manifestado en un momento único, existiendo en consecuencia una única acción imputable al culpable³¹.

²⁹ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 291, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

³⁰ Transcripto por Masucci, citando a Capocelli, *Concorso di reati e di pene*, pág. 408, en *Digesto Italiano*, t. VIII, Parte Prima, Turín, 1895; citado por Ricardo C. Núñez, en *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. II, pág. 206, M. Lerner Editora, Córdoba, 1988.

³¹ Ídem nota anterior.

El criterio que basa en la unidad de acción con pluralidad de encuadre los supuestos de concurso ideal fue seguido por el Código Toscano de 1853, que en el art. 81, enunciando la acción con el término "hecho" disponía que "si una acción puede constituir varios títulos de delito, siempre debe referirse al que esté amenazado con la pena más grave, y esta pena, cuando no esté absolutamente determinada, se aumenta dentro de sus límites legales, por otras violaciones de la ley cometidas con el mismo hecho".

No tardaron en presentarse dificultades interpretativas para los tribunales toscanos, sin duda emergentes de la imprecisión del término "acción" en lo que se refiere a la determinación de su unidad o pluralidad.

En este sentido, la dificultad de precisar (afirmar) la existencia de una acción única, y el esfuerzo interpretativo que dicho trabajo supuso, terminaron por fundar la pretendida unidad en un criterio objetivo extremo de corte netamente causalista, ya que así se concebían los supuestos de concurso ideal conforme a la elaboración jurisprudencial del pasado siglo: "...todo lo que el hombre hace y opera en un mismo contexto (fáctico) bajo la influencia de una voluntad libre, se componga ella de uno solo como de varios hechos; represente un hecho simple o un hecho complejo"³².

La interpretación correctiva no pudo evitar los defectos que la tesis sustentaba desde su creación, confiriendo esta interpretación de la unidad de acción una amplitud exagerada a los supuestos de concurso ideal, y padeciendo en definitiva de los mismos defectos de la teoría que innova.

c) Teoría de von Liszt ³³.

Dentro de esta misma corriente hay autores que pretenden estructurar una tesis correctora a partir de una interpretación

³² Puccioni, *Il Codice Penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, t. II, Pistoia, Tipográfica Cino, pág. 263; transcripción de Ricardo Núñez en "El hecho único" como base del concurso ideal, "L.L.", t. 68, pág. 219.

³³ Franz von Liszt y Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, auflage 26, Berlín, 1932; Franz von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20ª edición alemana llevada a cabo por Luis Jiménez de Asúa, t. III, Madrid, 1917, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, reimpresión de la edición de Berlín de 1905, Berlín, 1970.

del concepto de “unidad de acción”, en el sentido de “unidad del acto voluntario”, desembocando mediante esta concepción en la determinación de la unidad de acción a pesar de la pluralidad delictiva, si existiese, por ejemplo, una sola imprudencia o negligencia que encuadrara en más de un tipo legal.

En cambio, existirían varias acciones cuando, aunque haya una unidad de actuación externa, ella produzca varios resultados independientes y voluntarios.

Esta concepción manifestada por von Liszt acentúa sin duda el aspecto subjetivo de la acción, con lo cual innova y limita en buena manera la teoría básica de la unidad de acto o acción.

Es posible que todas estas concepciones, que fundamentan en su totalidad la unidad de acción en lo objetivo, atendiendo sólo a las circunstancias fácticas de la misma (Capocelli y Arabia), o por el criterio eminentemente subjetivista (tesis de von Liszt), se deban en definitiva a la todavía primitiva conformación de tal elemento analítico del delito que se sostenía por aquel entonces, pues el mismo no se hallaba desarrollado plenamente sino que se mantenía dentro del marco de la denominada concepción causalista de la acción.

En este sentido, la acción respondía a un criterio causal-mecanicista, con lo cual no era difícil concebir una unidad de acto sobre la base de un criterio que podríamos denominar actualmente con acierto fáctico-objetivo y esencialmente idealista, que pretendía afirmar que quien arroja una bomba y mata a varias personas efectúa una sola acción a la cual corresponderá una pluralidad de encuadres.

Tan acentuado era el criterio fáctico-objetivo de tal postura que podríamos reemplazar, sin alterar la esencia de la misma, la palabra “acción” por “movimiento”, que es el elemento que realmente se tiene en cuenta en la teoría de la unidad de acto o acción, como criterio rector de pluralidad.

La crítica a tal criterio es amplísima, comenzando por indicar la imposibilidad de determinar una unidad de acción partiendo de la misma, ya que es imposible tratar de determinar si una “acción” concebida de manera causal-objetiva es plural o única, dado que depende de cómo se la conciba idealmente; en este sentido, toda “acción” puede dividirse en infinitos segmentos y cada uno de ellos puede ser tomado como unidad.

Imaginemos con un ejemplo lo antedicho: si quisiéramos analizar cuántas acciones se emplean para llevar a cabo una simple maniobra defraudatoria, podemos afirmar que tan sólo una, defraudar; o bien, dos, inducir a error mediante ardid y obtener una disposición patrimonial indebida; o quizá más, si dividimos cada una de las acciones que componen la materialización del ardid; por ejemplo, si se llevó a cabo mediante varias negociaciones, de manera tal que nos damos perfecta cuenta de que la división sería numéricamente infinita.

Hay tantas acciones así concebidas como unidades autónomas en que dividamos el evento.

Tal criterio resultó ineficaz, debiendo recurrirse para complementarlo a otras creaciones tan “ideales” y “causales” como la expuesta; es así como se trató de separar la acción del acto, dándole a aquélla una cualidad abarcativa y continente del acto; según esta postura podría haber pluralidad de actos, pero no obstante ello pertenecer todos a una misma acción.

Ese criterio correctivo adolece de mayores defectos que la teoría que pretende corregir, ya que lo único que hace es denominar de manera diferente cada una de las unidades autónomas e ideales a las que nos refiriéramos, creando de esta manera un criterio vago e impreciso, pues mediante el análisis efectuado *ut supra* observamos que cada uno de estos “actos” pueden a su vez ser integrados por otros “actos”, convirtiéndose así a cada uno de éstos en acciones.

Todo dependería, en definitiva, de la evaluación analítica e ideal que el intérprete haga del evento genérico, con lo cual el principio concursal del *non bis in idem* se ve seriamente conculcado, toda vez que se podría concebir como múltiple una conducta única, dependiendo esta decisión de lo que el magistrado crea que es acto o acción.

Surge con palmaria evidencia que la teoría de la unidad de acción es tan ciega, causal e ilimitable como la teoría que sustenta similar criterio para concebirla estructuralmente dentro de un marco objetivo-causal-mecanicista, conocida con el nombre de *conditio sine qua non* y que dominó la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Berlín por la influencia de von Buri a fines del siglo pasado.

Ella adolecía de los mismos defectos que la teoría de la unidad de acto o acción, pues ambas son ilimitables, imposibles de deslindar, creándose para subsanar tales defectos,

teorías limitadoras y correctoras que no llegaron, en su gran mayoría, a soluciones precisas y efectivas.

3. Teoría de la unidad de hecho.

a) Concepto y origen.

Las imprecisiones y entuertos interpretativos que la teoría de la unidad de acción llevaba ínsitos, desembocaron finalmente en la elaboración de nuevas posturas, que se alejaron tanto del objetivismo planteado por la teoría citada anteriormente así como también de las concepciones que buscaban la unidad delictiva de manera eminentemente subjetivista.

Citaremos en este sentido a tres autores de relevancia, creadores de teorías sustentadoras del criterio de unidad de hecho.

b) Teoría de Impallomeni.

Impallomeni critica la teoría del fin último como criterio unificador, diferenciando lo que denominó intención criminosa del fin último, advirtiendo que hay que cuidarse de no confundir el "impulso criminoso" con el "fin último".

Si bien reconoce que a una intención criminosa corresponde un fin criminoso, hay que distinguir el fin mediato del inmediato, pues la causa impulsiva del crimen recae sobre el fin mediato o último. La siguiente cita del autor aclara tal criterio: "De tal modo, se ha confundido el impulso criminoso con el fin delictuoso. Es exacto decir que a una intención corresponde un *fin criminoso*; pero para que el fin criminoso no se confunda con la causa impulsiva del delito, es necesario distinguir el *fin mediato* del *fin inmediato*; el fin mediato y último es aquel que representa la causa impulsiva del delito. No es necesario que la intención o el propósito criminoso sea el mismo motivo determinante; hay proposición delictuosa toda vez que alguien se determina a actuar para obtener un efecto antijurídico dado, aunque esto no constituya la satisfacción que se ha propuesto con su acción"³⁴.

³⁴ Impallomeni, *Istituzioni di Diritto Penale. Opera postuma a cura da Vincenzo Lanza*, págs. 442 y 443, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Turín, 1908.

No escapará al enfoque crítico de quienes concebimos la conducta dentro de un criterio finalista lo improbable que resulta sustentar una división de finalidades sin su correlato "fin criminoso" para cada una de ellas.

Si la intención criminoso apunta tan sólo al fin inmediato, el fin mediato no tiene relevancia alguna, pues no cuenta con la voluntad constitutiva que debe llevar ínsita como finalidad toda conducta, y si esta finalidad fuese relevante nos encontraríamos ante más de una conducta.

En definitiva creemos, en contradicción con Impallomeni, que siempre que la mira final delictuosa de una conducta sea única, le corresponderá una sola intención criminoso, dado que, si se pluralizan las voluntades criminosas, no hay duda de que sucede lo propio con cada una de las finalidades que llevarán ínsitas cada una de esas intenciones criminosas; en contra se expresa Impallomeni: "...pero no es igualmente verdadero que haya una sola intención criminoso siempre que la mira final (delictuosa) de la acción sea única", párrafo éste que es citado por Núñez, aclarando dicho autor que para Impallomeni el fin último del delincuente no representa la intención delictuosa, y por lo tanto su unidad no puede tomarse como criterio científico a fin de sostener el denominado concurso ideal³⁵.

De lo cual se infiere que la crítica que efectuáramos más arriba cobra nuevamente vigor al notarse la clara imposibilidad de una pluralidad referente a la culpabilidad cuando la mira final de la conducta sea única.

Tal criterio contradice de manera frontal la concepción moderna del elemento analítico "culpabilidad", siempre que ésta implique el correspondiente juicio de reprochabilidad mediante el cual se determina si podía ser exigible al autor del injusto el haber actuado de manera diferente a la que lo hizo, claro está, motivándose en la norma.

Por lo tanto, no es dable concebir una estructura que sustente una multiplicidad de juicios de reprochabilidad cuando la conducta final que motivó el injusto correspondiente es única.

Seguramente, la concepción de Impallomeni se amoldaba a las interpretaciones con las que se definían los elementos

³⁵ Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. II, pág. 208, M. Lerner Editora, Córdoba, 1988.

analíticos en cuestión en aquellos años; actualmente tales concepciones teóricas resultan inaplicables a la luz de las nuevas elaboraciones doctrinales acerca de los elementos analíticos del delito dentro del marco de una estructura basada en un esquema de injusto objetivo-subjetivo y de culpabilidad objetiva-subjetiva.

c) Teoría de von Buri ³⁶.

Von Buri determina el concepto de "intención criminosa" sobre la base de la modificación del mundo externo causada por la conducta, conforme a la concepción causal mecanicista de la acción; es lógica la postura de determinar la pluralidad delictiva atendiendo a la multiplicidad de resultados. En este sentido, la problemática de la pluralidad de hecho en la cuestión se reduce a lo que denominaremos en el presente caso conteo de resultados.

Según este autor, cuando el resultado es único, la acción criminosa (culpabilidad, para Impallomeni) será única y habrá un solo delito ³⁷.

Ejemplificando, el autor afirma: "Único es el delito en el caso de una acción que al mismo tiempo produce un estupro violento y un incesto, porque siendo única la modificación que ella produce en el mundo exterior (el acceso carnal), única es la determinación del culpable", pero hay pluralidad de delitos. Si con un único disparo de fusil se mata o lesiona a varias personas de manera voluntaria, en este caso los resultados son múltiples ³⁸.

Resulta ilustrativa al respecto la crítica efectuada por Jescheck a la doctrina en cuestión, cuando afirma: "La vieja distinción atenta al número de los resultados producidos se halla hoy abandonada, porque una pluralidad de resultados,

³⁶ M. von Buri, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, reimpresión de la edición de 1879, Frankfurt Main, 1968; *Concurso ideal*, en "Cuaderno de los Institutos de la Universidad de Córdoba", n° 77, pág. 99, 1963.

³⁷ Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. II, págs. 209 y 210, M. Lerner Editora, Córdoba, 1988; cita a Masucci, *Concorso di reati e di pene*, pág. 409, n^{ros}. 45 y 46, y a Alimena, *Del concorso di reati e di pene*, en *Enciclopedia Pessina*, t. V, pág. 451, Milano, 1904; Herrera, *La reforma penal*, págs. 581 y 582, n° 349.

³⁸ Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. II, págs. 209 y 210, M. Lerner Editora, Córdoba, 1988.

aun cuando éstos supongan la lesión a bienes jurídicos altamente personales, puede haber sido ocasionada por una única manifestación de voluntad y en tal caso sólo debe estimarse concurrente una acción³⁹.

Este criterio no es compartido por Impallomeni, quien, aplicando su doctrina al ejemplo de von Buri, afirma que dos son las lesiones causadas: la violación en el derecho familiar y la violación del derecho de pudicicia.

Pero sí habría aparentemente un solo delito por existir un solo efecto real en el incesto con escándalo público cometido por mujer casada o en la comisión del estupro con escándalo público, dado que en estos casos el objeto real de la voluntad es sólo el contacto sexual; aunque se hayan violado dos bienes jurídicos tutelados: uno, el que se respete el orden de las familias y por el cual resultan ofendidos los ciudadanos en general, y otro que se refiere a la exclusividad del marido en el contacto sexual de su esposa.

d) Crítica de Masucci.

La crítica empleada por Masucci aclara la teoría de Impallomeni, quien reduce la teoría del referido autor a concebir la unidad de determinación delictiva basada en la unidad de fin inmediato. Unidad que existirá cuando el agente se propone un solo efecto real, término éste que Impallomeni acuña en virtud del concepto de objetividad material de la acción formulado por Carrara, que contemplaba la acción del hombre como un mero movimiento de su cuerpo que se ejerce sobre cualquier materialidad.

La crítica de Masucci apunta a afirmar la imposibilidad de precisar la unidad de determinación delictiva sobre la base de la unidad de fin inmediato del sujeto activo.

Fundamenta tal postura afirmando que, no obstante existir tal unidad de finalidad inmediata, el agente pudo haber querido producir todas las lesiones, que el hecho de llevar adelante la consecución del citado fin ha provocado.

Volviendo al ejemplo del estupro violento consumado con incitación al escándalo público o del incesto con escándalo

³⁹ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 966, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

público cometido por mujer casada, para Masucci habría en cada uno de estos casos dos conductas. Pues, para él, son igualmente voluntarias la ofensa ocasionada al bien jurídico "honestidad" del sujeto pasivo, por un lado, y la lesión al bien jurídico "moralidad" por el otro, siendo estos bienes, por su naturaleza, perfectamente separables.

En el segundo caso, serán perfectamente separables el bien jurídico que tutela el respeto por el orden de las familias y la exclusividad del marido en el contacto sexual de su esposa.

Como podemos observar, ambos bienes también son separables; y si ambos bienes fueron voluntariamente violados por el culpable, debe haber entonces más de una determinación criminosa; por lo tanto, habrá más de una conducta, ya que el sujeto activo "...no sólo ha querido lo que ha hecho, sino que lo ha querido hacer precisamente en las condiciones en las cuales lo ha hecho..."⁴⁰.

Veremos luego que la crítica incisiva elaborada por Masucci terminará por dar nacimiento a la teoría que se conoce con la denominación de "separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas".

Sin embargo, algunos autores persisten en llamarlas teorías de la unidad de culpabilidad (Núñez), denominación ésta que incluiría la teoría de Impallomeni, que, como afirmáramos, entiende la unidad de acción basada en la unidad de intención criminosa, separándola de la finalidad inmediata que puede ser múltiple a pesar de la unidad de intención.

La referida denominación también comprenderá la postura de von Buri y la crítica de Masucci, esto es, la teoría de la unidad basada en el conteo de resultados y la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas, respectivamente.

En realidad, preferimos denominar a la teoría de von Buri e Impallomeni teoría de la unidad de hecho⁴¹ y no de unidad de culpabilidad, como la denominan algunos autores.

Rechazamos de plano esta última denominación utilizada por Núñez, por discrepar, como ya vimos, acerca de la

⁴⁰ Masucci, *Concorso di reati e di pene*, pág. 411, citado por Ricardo C. Núñez, en *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., pág. 214, M. Lerner Editora, Córdoba, 1988.

⁴¹ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino*, t. II, págs. 294 y ss., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

relevancia existente entre las teorías elaboradas por los autores citados y el elemento analítico en cuestión.

Muy por el contrario, ambas posturas no representan más que una simple evolución, poco innovadora en su esencia, de las teorías de la unidad de acción.

Dicha elaboración es llevada a cabo, en el caso de von Buri, por medio de una especial consideración del resultado como elemento determinante de pluralidad, al cual incluye dentro de la acción, conformando con ella el denominado "hecho".

Análoga situación se produce con la teoría de Impallomeni, que pasa a considerar la acción atendiendo a su "finalidad criminoso", creando una división ideal analítica en su esencia entre fin mediato y fin inmediato, de manera tal que aun existiendo varias acciones (fines mediatos), éstas pueden ser constitutivas de un solo "hecho", si el fin criminoso es único.

Observamos que para estos autores los supuestos de concurso ideal fueron ejemplificados mediante la aplicación de las teorías de mención, en cuya implementación siguieron un criterio extremo puramente mecanicista; así es como se considera al estupro violento con incitación al escándalo público como supuesta hipótesis de concurso ideal.

Para Impallomeni, como vimos, hay un solo "efecto real", en este caso "ejecución carnal violenta"; éste es el verdadero objeto del ilícito, la finalidad inmediata, el fin criminoso del delito. Aunque con esa "única actividad" y esa "única resolución delictiva" se haya violado más de un bien jurídico tutelado.

Resulta similar la resolución del estupro violento con incesto para von Buri, que mediante su hipótesis de basar la unidad de hecho en el denominado "conteo de resultados", esto es, como vimos, buscar la unidad de determinación criminoso a partir de las modificaciones que el individuo produce en el mundo exterior, encuentra en el caso una única modificación en ese mundo circundante, dada por el acceso carnal, que es el único resultado que desplaza al incesto del caso, por no contar este último con una manifestación externa ni con un resultado material.

Ambas posturas pecan de idealistas; en este sentido podemos afirmar que los dos autores llegan a idénticos resultados por medio de vías interpretativas distintas, pero con fundamentos filosófico-jurídicos similares.

Tan ideal es crear una supuesta escisión de finalidades (mediata e inmediata) o de causa impulsiva del delito-fin criminoso, atribuyendo sólo a una de ellas la capacidad de multiplicar la conducta, como llegar a esta misma conclusión partiendo de la base del análisis mecánico causal que implica el sistema del conteo de resultados o individualización de las modificaciones producidas en el mundo exterior.

No es correcto afirmar que en el estupro violento con incitación al escándalo público de Impallomeni exista una sola conducta sobre la base de que existe un solo "efecto real", ya que, como vimos, resulta imposible tratar de sustentar una división de finalidades atribuyendo sólo a una de ellas el fin criminoso, pues son igualmente voluntarias tanto la ofensa ocasionada al honor de la víctima cuanto la inferida a la moral pública.

En definitiva, tanto el escándalo público como el estupro violento son dos conductas diferentes, cada una con su respectiva finalidad; ambas contienen, utilizando la teoría de Impallomeni, la denominada "unidad de resolución", lesionando, además, bienes jurídicos diferentes, con lo cual las conductas serán dos y no una, con el doble encuadre correspondiente.

Ahora bien, si este supuesto se planteara de otra manera en lo que concierne a la finalidad del sujeto, esto es, si su voluntad y conocimiento tendieran sólo a la configuración del estupro, la figura del escándalo público caería a nivel típico, pero no por estar incluida dentro de un supuesto concurso ideal, sino porque no existe voluntad de llevar adelante el fin propuesto, o porque falta el conocimiento de los elementos objetivos del tipo por parte del autor; en lo que atañe a la figura del escándalo público, por supuesto que la finalidad seguirá intangible, pues como elemento constitutivo de la conducta posee la característica de ser un concepto "prejurídico" con lo cual toda conducta puede quedar fuera del ordenamiento jurídico sin que ello afecte su estructura.

En definitiva, sólo mediante un furioso idealismo podemos afirmar que, en el ejemplo, una sola conducta, el acceso carnal, lesiona dos bienes tutelados, libertad sexual y orden público, cuando en realidad existen dos conductas, el estupro por un lado y el escándalo público por el otro, con sus respectivas lesiones a dos bienes jurídicos tutelados, conformándose así un supuesto de concurso real.

e) Codificación.

La Corte de Casación de Florencia estableció en su decisión del 18 de noviembre de 1854 la inoperancia de la tesis que sostiene la teoría de la unidad de acción, por medio de una nueva interpretación del art. 81 del Código Toscano de 1853.

Esa variante se debió a la evidente ineficacia de dicha teoría cuando se aplicaba a casos en los cuales la acción se manifestaba en forma compleja.

De esta manera se limita la interpretación del art. 81 "al solo caso de una sola y única acción constitutiva en sí misma de varios títulos de delito", y es así como finalmente se sustituye el concepto de unidad de acción por el de unidad de hecho, para lo cual se utiliza como sustento teórico el criterio de la unidad de efecto real de Impallomeni sin detenerse a analizar las críticas que sobre el mismo efectuara incisivamente Masucci.

Dicha inteligencia se plasma en principio por parte del ministro Zanardelli en el art. 73 de su Proyecto: "El culpable de un hecho, que constituye varios títulos de delitos, está sujeto en la pena establecida para el delito más grave".

Dicho Proyecto fue el antecedente del art. 78 del Código Penal italiano de 1889-1891, que decía: "Aquel que con un mismo hecho viola diversas disposiciones legales, es castigado según la disposición que establece la pena más grave", y acerca del cual expresaba el vicepresidente relator de la Comisión de la Cámara de Diputados: "Queda así de manifiesto cómo la unidad de pena depende de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real criminoso causado, no ya de la unidad de la acción subjetiva, la cual puede ser causa de un solo evento, de un solo resultado, como de varios eventos o resultados criminosos del mismo modo que varias acciones"⁴².

Una concepción tal debe considerarse la que más se adecua a los principios generales del derecho penal, ya que no puede existir unidad de delito si la pluralidad de lesiones jurídicas es acompañada por una pluralidad de resoluciones delictuosas,

⁴² Relazione della Commissione della Camera dei Deputati, composta dai deputati P. S. Manzini (presidente), T. Villa (vicepresidente relatore) sul progetto del Codice Penale presentato alla Camera dei Deputati da S.E. Il Ministro de Grazia e Giustizia G. Zanardelli, seguita dalla proposte, voti osservazioni della Commissione e di varii deputati, Unione Tipografico Editrice, 1888, n^{os}. XCVII y XCVIII, págs. 112 y ss.

sino solamente si varias lesiones jurídicas son el producto de una resolución delictuosa, esto es, si son acompañadas por un solo elemento moral del delito.

“Ahora bien, la unidad de hecho criminoso, si bien contiene varias violaciones de derecho revela un solo fin y, por esto, una sola determinación criminoso; en tanto que varios hechos, aun cuando sean conexos por el vínculo de medio a fin, siempre son de por sí objeto de otros tantos fines especiales del agente y, por esto, índice de varias determinaciones delictuosas”⁴³.

Soler afirmaba, refiriéndose a la teoría de la unidad de acción, que las dificultades determinaron un cambio en la definición legal del concurso ideal y es por ello que el Código italiano de 1891 en vez de referirse a la unidad de acción hizo alusión a la unidad de hecho.

Dice, además, el autor citado que el art. 54 del Cód. Penal argentino proviene directamente de esa corriente legislativa.

También cita al vicepresidente relator del Proyecto, diputado Villa, párrafo que transcribiremos dada su importancia: “Los proyectos precedentes estaban concebidos en términos iguales a los del Código Toscano, pues lo mismo que éste hacían depender la unidad de pena de la unidad de acción. Pero con la fórmula del actual Proyecto se ha suprimido toda clase de dudas, ya que a la palabra acción se la ha sustituido por la de hecho...”. Es evidente la inclinación por la teoría de Impallomeni cuando el diputado afirma: “Queda así de manifiesto cómo la unidad de pena depende de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real criminoso causado, no ya de la unidad de la acción subjetiva, la que puede ser causa de un solo evento, de un solo resultado, como de varios resultados criminosos, del mismo modo que varias acciones...”⁴⁴.

Son manifiestas la indefinición y la vaguedad reinantes en la concepción del patrón de unidad, pues no queda claro el contenido de la denominada “unidad de efecto real criminoso causado” o “resolución delictuosa única”, que sin duda, creemos, hace referencia al “fin inmediato” de Impallomeni, concepto éste que, como ya vimos, no sólo creaba una división inexistente en la finalidad del sujeto, sino que había sido desvirtuado ciertamente por Masucci: “Una concepción tal debe juzgarse la más

⁴³ Ídem nota anterior.

⁴⁴ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino, Parte General*, t. II, pág. 294, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

conforme con los principios generales del derecho penal, ya que no puede subsistir unidad de delito donde a la pluralidad de lesiones jurídicas se acompañe una pluralidad de resoluciones delictuosas, sino solamente donde varias lesiones jurídicas sean el producto de una sola resolución delictuosa, ello es, sean acompañadas por un solo elemento moral del delito⁴⁵.

En nuestro medio, Fontán Balestra afirma también que el art. 54 se basa "...sobre la unidad de hecho... habiendo sido descartada la interpretación que pretende fundar la norma aludida en la unidad de acción... En el texto del art. 54 del Código Penal argentino están expresamente indicados dos elementos constitutivos del concurso ideal: a) la unidad de hecho; b) pluralidad de encuadramientos. La ley dice: cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal..."⁴⁶.

Agrega el autor referido que dicha opinión es compartida por la doctrina y la jurisprudencia nacionales⁴⁷. Define, además, al hecho según la acepción de la Real Academia Española, afirmando que "hecho no sólo es la actividad o hacer humano, sino también el haberse ya verificado enteramente o consumado una cosa"⁴⁸.

En otras palabras, el hecho sería, para este autor, comprensivo de la acción más el resultado. Como podemos observar, no solamente no identifica al hecho con la conducta, sino que además incluye al resultado dentro de aquélla, cuando el resultado es un elemento del tipo objetivo que pertenece a un ámbito diferente, esto es, el típico.

Si identificamos al resultado como elemento del hecho, y éste a su vez nos determina —como es lógico para estas posturas— pluralidad, se cometerá el error en algunos casos de pluralizar una conducta cuya finalidad es única pero con múltiples resultados; por ejemplo, transformar en concurso

⁴⁵ Alimena, *Del concorso di reati e di pene*, en *Enciclopedia Pessina*, t. V, pág. 491, Milán, 1904.

⁴⁶ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. III, pág. 44, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

⁴⁷ Conforme a la jurisprudencia que destaca la teoría de la unidad de hecho; fallo 47.445 del Superior Tribunal de Misiones, "L.L.", t. 105; fallo 44.089 del Superior Tribunal de Misiones, "L.L.", t. 96, pág. 321; en igual sentido, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "J.A.", t. 1948-II, pág. 202; también fallo 39.610, "L.L.", t. 84, pág. 346.

⁴⁸ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. III, pág. 44, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

real una única finalidad de violación a un deber de cuidado que se encuadra en más de un tipo.

Sin embargo, afirma Fontán Balestra: “El concurso ideal del art. 54 queda, pues, reducido al caso de unidad de hecho, entendiendo por tal también unidad de resultado que pueda ser objeto de más de un encuadramiento legal”; en nuestro esquema ello es imposible, pues el resultado es un elemento del tipo⁴⁹.

El mencionado autor asigna relevancia también a la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas, pero como elemento que siempre debe aplicarse a la unidad de hecho como factor determinante de la unidad de resolución, con la cual mantiene una estructura de “hecho” apropiada para determinar su unidad mediante conteo (teoría de la unidad de hecho de von Buri). Pero, por otro lado, también se pliega a la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas en la determinación de la unidad de resolución aplicando el esquema de Alimena-Masucci.

Sintetizando, lo que en realidad se ha efectuado con esta teoría es un simple cambio de términos, es decir, la adopción de la expresión “hecho” en lugar de “acción”. “Con ese cambio de términos, y la adopción de la expresión «hecho» en vez de «acción», se entendió eludir el problema y la incertidumbre señalados”⁵⁰.

Esta transformación se debió a que mediante ella se puede evitar que una pluralidad de intenciones, ejecutables mediante una acción única, se juzguen como un delito único; *a contrario sensu*, evitar que una multiplicidad de acciones con una única resolución criminal puedan ser juzgadas como varios delitos.

Sin duda, el concepto de unidad de hecho se aclara por medio de la unidad de resolución, sólo que de allí en más el problema radica en la siguiente pregunta: ¿cuándo hay unidad de resolución?

⁴⁹ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., t. III, pág. 46, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

⁵⁰ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 295, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

4. Teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas.

a) Concepto y origen.

Masucci consideraba que el concepto de unidad de determinación criminosa no se basaba sólo en la unidad de fin inmediato del autor, pues éste, según él, podía haber querido producir todas las lesiones jurídicas que implicaba el hecho de llevar adelante ese fin.

Tomando el ejemplo de Impallomeni (estupro violento con incitación al escándalo público), afirmaba que: "Si la incitación al escándalo público es por sí misma un delito, quien en lugar público atenta violentamente contra el honor de una muchacha, sabiendo que de este modo también ofende la moralidad pública, ¿no quiere la doble lesión jurídica que por su acción produce?".

Al determinar atentar contra el honor de la víctima también acepta violar otro derecho distinto, el que protege la moralidad pública.

Siendo ambas lesiones separables, es lógico concluir que quiso las dos, con lo cual su determinación criminosa fue doble, y esta doble consecuencia ha sido distintamente querida por el culpable; de manera tal que se puede inferir, a modo de regla, que no sólo ha querido lo que ha hecho, sino que lo ha querido hacer previamente en las condiciones en las cuales lo ha hecho.

Es así como Masucci, en su crítica a Impallomeni, reemplaza la determinación de la unidad de hecho, sobre la base del efecto real criminoso, por la de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas ocasionadas por la acción única.

Así evitaba un posible concurso ideal, en caso de que alguien con la sola acción de envenenar, mate a todos los comensales, pues el sujeto activo pudo optar entre matar a todos separadamente o no matar a todos, con lo cual, si los mató a todos con esa modalidad, significa que ésa fue su voluntad⁵¹.

Pero si existe inseparabilidad de dichas lesiones podrá existir unidad de hecho; esto sucederá en los casos en que la acción sea única por existir especiales cualidades personales de la víctima o del culpable, o por la naturaleza especial de

⁵¹ Masucci, *Concorso di reati e di pene*, pág. 412, n° 49.

las relaciones personales que existen entre el culpable y la víctima.

Resulta ilustrativo para la teoría el ejemplo que nos brinda Soler con respecto a la separabilidad de bienes, cuando hace referencia a la defraudación mediante falsedad inserta en escritura pública, pues, para el jurista, son perfectamente separables los bienes propiedad y fe pública, concepto con el que concordamos.

Por lo tanto, en este supuesto mediará concurso real; en cambio, cuando se lleve adelante la maniobra ardidosa por medio de una falsedad inserta en instrumento privado, “no es dable admitir la autonomía de la protección de la fe pública”, en el sentido de que en definitiva una estafa es en sí también una violación a la confianza. Ahora bien, como éstos no son bienes separables, existirá un supuesto de concurso ideal.

Creemos, sin embargo, a partir de la teoría elaborada en el presente, que lo que media entre ambas figuras es una relación entre tipos dando lugar a la materialización de una hipótesis de concurso aparente, bajo la modalidad de subsidiariedad tácita.

b) Alimena y la denominada regla del exceso de dolo.

Alimena perfecciona la postura de Masucci, creando una regla empírica que se denominó “regla del exceso de dolo”, precisando de esta manera los conceptos de separabilidad e inseparabilidad de las lesiones, puesto que la referida inseparabilidad se dará cuando “baste con querer una lesión para causar necesariamente las otras. En tales casos no decimos al reo: responde de un solo delito, porque si hubiere querido dos cosas no habría producido un efecto mayor, y si hubiere querido una sola, no habría producido un efecto menor”⁵².

Hasta aquí hemos efectuado un breve análisis de las teorías fundamentadoras del concurso ideal; seguidamente, y antes de continuar con la evolución de las posturas descritas, veremos cómo se desarrollaba el tema con respecto a nuestra doctrina.

⁵² Alimena, *Del concorso di reati*, pág. 467.



CAPÍTULO VIII

EVOLUCIÓN HISTÓRICA NACIONAL CON RESPECTO A LA UNIDAD DE ACCIÓN

1. Evolución legislativa argentina. Proyecto Tejedor.

En el ámbito legislativo nacional, las diversas posturas esbozadas sufren una transformación importante que abarca desde la denominada teoría de la unidad de acción hasta la de la unidad de hecho.

El art. 176 del Código Tejedor rezaba: “Hay reiteración cuando se encuentran reunidos en un mismo malhechor, dos o más crímenes no castigados todavía y que deben ser juzgados en un solo proceso, y por el mismo tribunal”.

Luego establecía, por medio del art. 178, supuestos de posibles concursos ideales y de delitos continuados: “Si el crimen se comete muchas veces contra la misma cosa o persona, las diferentes acciones con que se haya continuado no se considerarán sino como una sola; pero si el mismo culpable comete muchos crímenes al mismo tiempo y por una misma acción, se le aplicará la pena correspondiente al crimen mayor”.

No cabe duda de que el criterio de unificación seguido por Carlos Tejedor era el de la *unidad de acción*.

2. Código de 1886.

El Código de 1886 regulaba los supuestos concursales de la siguiente manera:

Artículo 86: “Si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa, se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancia agravante”.

Artículo 87: “Si el mismo culpable, con ocasión de la ejecución del delito que se propone cometer, perpetrare otros, se le aplicará la pena del más grave y los otros se considerarán circunstancia agravante”.

3. El Proyecto de 1891.

La tendencia hacia la teoría de la unidad de hecho parece tener un primer impulso legislativo a partir del Proyecto de 1891.

Los artículos pertinentes de dicho Proyecto decían:

Artículo 78: “Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se le aplicará solamente la que fije pena mayor. Si un hecho estuviere diferentemente reprimido por una disposición general y por una disposición especial, se aplicará la última”.

La conformación del concurso ideal se asemeja mucho a la actual, tanto en su estructura como en su penalidad.

Se especificaba de manera notoria la concurrencia de figuras entre las cuales mediaba relación típica de especialidad, aclarando la sistemática de mención, lo que demuestra de manera palmaria la influencia decisiva que la teoría del concurso aparente trajo sobre el concurso ideal.

El art. 79 decía: “Si varios hechos, aunque cada uno de ellos tomados aisladamente fueren previsibles, son de tal modo conexos que deban ser considerados como una sola acción continua, se aplicará la disposición legal que aplique la pena mayor”.

Se regulaban de esta manera los supuestos de delitos continuados, haciendo depender su materialización por medio de la “conexidad”.

La conexidad se determinaba por medio de una única acción, que presentaba la modalidad de ser continua.

Los arts. 80 y 81 legislaban los supuestos de varios hechos independientes de la misma manera que el vigente art. 55 del Cód. Penal.

Las disposiciones mencionadas son receptadas por el proyecto de 1906, pasando al de 1916 (arts. 58 a 62), y finalmente mediante los arts. 54 a 58, al Proyecto de 1917.

La fuente de los arts. 78, 71 y 80 parece ser el Código holandés (arts. 55 a 61), y tanto en la doctrina como en la

jurisprudencia holandesas, a partir de la sanción del Código de 1881, ha habido discrepancias acerca del alcance del término "hecho".

Al respecto, afirma Zaffaroni: "Las disposiciones que se citan como fuentes de los arts. 78 y 81 del Proyecto de 1891, fuentes directas de nuestros textos vigentes, son los arts. 55 y 57 del Código holandés y 65 del Código belga". El art. 55 del Código holandés prevé: "Cuando varias disposiciones de la ley penal son aplicables al mismo hecho, no se aplicará más que una, y en caso de diferencia, la que establezca la pena principal. Si existiere una ley penal especial para un hecho al que fuere aplicable una disposición general, sólo se aplicará la especial"⁵³.

El art. 57 del Código holandés dice: "Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como tantos actos independientes, y constituyendo varias infracciones castigadas con penas de la misma naturaleza, no se impondrá más que una sola pena. El *maximum* de esta pena será la suma de las penas más elevadas establecidas para estos hechos, pero sin que se eleve a más de un tercio sobre el *maximum* de la mayor".

Es de gran importancia el comentario que efectúa Zaffaroni en este punto cuando, refiriéndose a las normas citadas, dice: "Como puede verse, en modo alguno se impone en estos textos que cada resultado sea un delito"⁵⁴.

Desvirtúa así la opinión que afirma erradamente que en el Proyecto de 1891 cada resultado equivale a un hecho.

4. Doctrina nacional.

En un principio se aplicó la teoría de la unidad de acción, y luego la del resultado para retornar finalmente a la teoría de la unidad de acción, por los inconvenientes manifiestos con que la teoría de la unidad de resultado contaba.

En general, gran parte de la doctrina nacional ha sostenido el criterio sustentado por la teoría de la "unidad de hecho", pero reconociendo su insuficiencia y recurriendo entonces, a fin de

⁵³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 520, Ediar, Buenos Aires, 1988.

⁵⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 521, Ediar, Buenos Aires, 1988.

complementarla a la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas; esta suerte de dualismo es apoyado por parte de la doctrina nacional⁵⁵.

Soler evoluciona en su posición, que inicia con un trabajo en la "Revista de Derecho", órgano del Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba, al que llamó *Concurso ideal*⁵⁶. Luego, en 1929, vuelve sobre el tema en *Concurso de delitos*⁵⁷.

En un principio el maestro adhirió a la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas en su *Derecho Penal argentino*, 1ª edición de 1940, para luego variar a una posición de abolición del concurso ideal en su apreciación crítica de las teorías fundamentadoras del mismo en el Proyecto de 1960.

Núñez trae a la doctrina nacional el concepto natural de "hecho", que "...no se determina por la unidad del acto típico, sino por el quehacer objetivo del autor y que alude a la unidad de lo que el delincuente ha realizado o hecho en el mundo real"⁵⁸.

La unidad de hecho frente a varios actos del autor se determinará por la unidad de contexto que viola un bien jurídico.

En definitiva, la posición de Núñez también deriva hacia la postura del conteo de resultados.

Para el profesor de Córdoba, la unidad de hecho "...alude a la unidad de resultado material... de lo que el hombre ha

⁵⁵ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 47, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980; José Manuel Núñez, *La aplicación del art. 54 del Código Penal cuando el hurto concurre con la violación de domicilio*, nota a fallo C.C.C., 27/3/42, "L.L.", t. 27, pág. 128; Gavier, *Aplicación de la ley y concurso de leyes*, "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año 5, nºs 3 y 4, págs. 11 y 55, nota 33; Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, págs. 226 y ss., M. Lerner Editora, Córdoba, 1989; O. González Roura, *Derecho Penal*, t. II, nº 144; Julio Herrera, *La reforma penal*, 1911, nº 353; Eusebio Gómez, *Tratado de Derecho Penal*, 1939, t. I, nº 240; Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, nº 327.

⁵⁶ Sebastián Soler, *Concurso ideal*, "Revista de Derecho", órgano del Colegio de Abogados de la ciudad de Córdoba, nº 1, octubre-diciembre de 1928, pág. 39.

⁵⁷ Sebastián Soler, *Concurso de delitos*, nota a fallo C.C.C., 4/4/39, "J.A.", t. 66, pág. 276.

⁵⁸ Juan José Ávila, *Algunas ideas sobre el problema del concurso ideal*, "L.L.", t. 126, págs. 1127 a 1167.

hecho en el mundo externo material...”, es decir, “la unidad de hacer objetivo del delincuente, que viola más de una disposición penal, porque alguna circunstancia suya multiplica sus repercusiones delictivas y conduce a más de una calificación jurídica...”⁵⁹.

El mismo autor sostiene que “la unidad de resultado material le basta a Núñez para afirmar que hubo resolución unitaria”⁶⁰.

En síntesis, creemos que la posición de Núñez escapa a la teoría de la unidad natural del hecho, siendo en definitiva una teoría de conteo de resultados.

Zaffaroni se adhiere a la teoría de la unidad de acción, reconociendo que existe una insuficiencia del concepto de conducta como carácter genérico del delito, determinante de su unidad.

Parte de la base de que para determinar si hay más de un delito debemos averiguar si hay conductas plurales, advirtiendo que el número de resultados nada dice sobre ello.

Su concepto de unidad de acción no es el fisiológico, si bien para él un solo movimiento puede ser una conducta.

Creemos que la teoría de la unidad de hecho se basa sin duda en una concepción de la conducta de corte netamente causal, desde que la somete a un método analítico (Impallomeni), que desvirtúa en buena medida su contenido óntico buscando escisiones dentro de la misma finalidad y otorgando de manera arbitraria sólo a parte de ella la particularidad de ser elemento rector de pluralidad o bien reduciendo la problemática de la unidad de conducta al mero sistema de conteo de resultados (variante de von Buri).

En nuestro medio, por tanto, se ha empleado el criterio de la unidad de resultado como criterio rector, elemento éste que para dichos autores se ubica en la conducta junto con el nexo causal como integrante de la misma⁶¹, cuando en la realidad la causalidad y el resultado, a nivel pretípico, son conceptos no integrantes de la conducta, aunque vayan, como fenómenos físicos, inexorablemente unidos a ella.

⁵⁹ Juan José Ávila, *Algunas ideas sobre el problema del concurso ideal*, “L.L.”, t. 126, págs. 1127 a 1167.

⁶⁰ Ídem nota anterior.

⁶¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 76, Ediar, Buenos Aires, 1988.

Cabe aclarar, además, que dichas posturas no se receptaron plenamente en el Proyecto Zanardelli, en el cual se quiso individualizar como criterio rector a la *azione de fatto* (exterioridad), tarea en la que no se llegó a resultados satisfactorios, con lo que el criterio al cual fueron a dar los intérpretes fue bastante confuso.

Zaffaroni afirma que, en realidad, la teoría que identifica "unidad de hecho" con unidad de resultado no es italiana sino argentina.

Adherimos a esta postura, desde que la teoría-base, regida por el Proyecto Zanardelli, fue la de Impallomeni, que aunque otorga una relevancia al resultado a nivel pretípico, no lo convierte en elemento patrón de pluralidad, como lo considera parte de la doctrina nacional mayoritaria.

Agrega el citado autor que la doctrina italiana se percató de algo que la tesis nacional no advirtió; esto es que en el concurso ideal siempre hay una pluralidad de resultados, y citando a Bettiol en su crítica a la palabra "*fatto*" dice: "...Es una expresión no muy correcta, porque en el concurso ideal los eventos lesivos, que siempre son elementos de un '*fatto*' son plurales"⁶².

En definitiva, ni los autores del Proyecto de 1891 ni los italianos integrantes del Proyecto Zanardelli pretendieron sostener que la pluralidad de resultados equivalía a la de delitos; en este sentido, concordamos con Zaffaroni en afirmar que la teoría que sostiene la unidad de hecho a partir de la unidad de resultado no es italiana sino argentina, ya que defiende la teoría de la unidad de hecho según la corriente de von Buri y no de Impallomeni.

Esto significa la aplicación encubierta de la modalidad de la teoría del conteo de resultados, a la cual se le coloca una máscara gramatical de "unidad de hecho" para diferenciarla de la teoría de la unidad de acción.

Pero si bien es dable reconocer que la sistemática de gran parte de la doctrina nacional se basa en tal teoría, no por ello puede afirmarse que ésta sea la única vía que desvirtúa al concurso ideal como tal, dado que el mismo comenzó a declinar como instituto no por la influencia del positivismo, como teoría

⁶² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 522, Ediar, Buenos Aires, 1988.

esencialmente idealista, sino que debió su fracaso a estudios que coincidieron temporalmente con dicha filosofía ideal, mecánica y causal, estudios éstos efectuados por Erns von Beling, autor que centra su objeto de investigación sobre lo que fue su principal aporte a la ciencia penal, el descubrimiento del tipo penal⁶³.

Y será por vía del análisis de las relaciones entre las figuras y el consecuente concurso aparente, donde el concurso ideal encontrará su inaplicabilidad casi total como instituto al perder su poder pragmático de aplicación a casos concretos, acontecimiento que lleva a su principal crítico en nuestro medio, Sebastián Soler, a afirmar: "Entre el concurso real y el concurso aparente no habría lugar para una forma intermedia, para el concurso ideal o formal. La teoría del concurso de leyes, al adquirir desarrollo, ha mostrado la insuficiencia y el empirismo de la teoría del concurso ideal y al mismo tiempo la razón de las dificultades con que ésta ha tropezado"⁶⁴.

El gran ataque efectuado al instituto del concurso ideal no se agota entonces en los postulados de la doctrina positivista, si bien comienza con ella.

Pensamos que la crítica efectuada por Soler es certera y precisa aunque incompleta, ya que la misma basa la ineficacia del concurso ideal solamente en dos puntos: *a*) el ámbito de relación entre las figuras (concurso aparente), y *b*) la ineficacia de las teorías unificadoras de la conducta.

Una moderna crítica del instituto citado debe basarse en:

a) análisis de los supuestos de concurso aparente de leyes;

b) teoría unificadora de la conducta, teniéndola en cuenta desde un punto de vista realista y concibiéndola desde una perspectiva de estudio óptico-ontológico;

c) innegable interrelación de los ámbitos "pretípico-típico", a nivel de teoría concursal;

d) destacada intervención de la finalidad como patrón multiplicador de la conducta;

⁶³ E. von Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

⁶⁴ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, págs. 299 a 301, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

e) ineficacia de la acción mecánico-causal-ideal como factor determinante de la unidad de hecho o de conducta.

El empleo sistemático de estos puntos representa la virtual inexistencia del instituto en análisis, quedando reducida su aplicación formal, nominativa, a algunas hipótesis de concurrencia de figuras culposas que se analizan en el presente trabajo y que deben su especial configuración a un problema de índole estructural, más que al ámbito de acción del denominado concurso ideal.

Así como analizamos una evolución legislativa del concurso y del delito continuado que se inicia con el esquema de la unidad de acción para terminar con el esquema de la unidad de hecho en el Proyecto de Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo, que es elevado por la comisión de 1891, también existió a partir de la puesta en vigencia del Código Penal el 29 de abril de 1922 una evolución doctrinaria acerca del concepto de "unidad de hecho", lo cual demostró la anarquía conceptual imperante acerca del término legislado.

Es decir que el concepto de "unidad de acción" es criticado y reemplazado durante la evolución legislativa que el instituto sufriera desde Tejedor a Moreno, pero una vez legislado el esquema responde a la teoría de la "unidad de hecho", teoría ésta que analizamos puntualmente en el presente trabajo poniendo en evidencia sus falencias.

La doctrina será la encargada de ir precisando el término a fin de darle sustento dogmático coherente y lo hará acudiendo a otras teorías, por ejemplo a la del "medio-fin" o a la de la "separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas", creando así, en torno al concepto de "hecho", las más variadas definiciones conceptuales y dogmáticas.

Creemos que debe admitirse una evolución acerca de la concepción dogmática de la "unidad de hecho", ya que siendo para nosotros el término "hecho" sinónimo de conducta, evolución que dicho elemento ha sufrido a través del tiempo desde su concepción mecánico-causal hasta su concepción final tal como hoy la conocemos, ha incidido sin lugar a dudas sobre la problemática de su unidad.

En este sentido podemos afirmar que una moderna teoría acerca de la determinación de la unidad de hecho debe tener en cuenta el factor final como voluntad que tiende al

logro de un resultado determinado, y no partir del resultado para multiplicar la conducta, desde que dentro del esquema actual de la teoría del delito (injusto objetivo-subjetivo y culpabilidad objetivo-subjetiva) el resultado es contingente mientras que la conducta es permanente.

Posición de Zaffaroni con respecto a la unidad de movimiento.

Acertadamente, Zaffaroni plantea una postura —con la que casi concordamos plenamente en su concepción básica— que se encuentra cimentada en el siguiente esquema:

- 1) concepción óptica del hecho;
- 2) unidad de resolución final como factor determinante de unidad;
- 3) incidencia del factor normativo, al que denominamos ámbito típico.

No aceptamos, sin embargo, otra determinación de unidad de hecho que no tenga como sustento la trilogía de elementos apuntados.

Es decir que al analizar un hecho determinado sólo podremos determinar su unidad a partir de la comprobación de los elementos enunciados. Y no será concebible ninguna pluralidad si faltase alguno de ellos, sin que esto signifique ausencia de conducta.

La unidad será entonces concebida a partir de la finalidad única, o no será unidad.

Podremos afirmar que existe pluralidad de hechos sólo si óptica, final y normativamente existe una pluralidad de factores, pero no atendiendo a uno solo de ellos sino a los tres en su conjunto.

Ópticamente, quizá varios movimientos parezcan constituir una finalidad, pero puede suceder que no tiendan a ello, con lo cual, *a contrario sensu*, determinar en ciertos casos una unidad de hecho a partir de una unidad de movimiento respeta lo óptico pero puede desvirtuar la finalidad.

Cuando arrojo una bomba a mis tres enemigos, ópticamente el movimiento es único, el acontecer causal es único, existe una unidad fisiológica, lo que le permite afirmar a Zaffaroni que en

estos casos existe una "unidad fisiológica o biológica" y, por lo tanto, unidad de hecho⁶⁵.

Aplicando nuestro esquema, si bien afirmamos que ónticamente existe un movimiento, la conducta es múltiple, pues la finalidad no es unívoca sino multívoca o plural.

Ello significa que los tres factores citados no se encuentran equiparados a nivel concursal; cuando pretendemos averiguar si una conducta es única o plural, el factor de incidencia no es el óntico sino el final, que es más específico aún, sin que esto signifique concebir a la conducta de manera ideal, desde que respetamos tanto su realidad que acudimos a su factor estructural esencial, que es la finalidad, para averiguar si hay o no pluralidad.

En el caso dado, la existencia o inexistencia de concurso real o ideal no puede depender del hecho de que mate a mis enemigos por separado, supuesto éste de concurso real, o de que espere o provoque su encuentro para poder terminar con sus vidas mediante "un solo movimiento", con lo cual las consecuencias de dicho delito serían menos gravosas por mediar concurso ideal.

Las circunstancias fácticas no pueden modificar la finalidad pues pertenecen al tipo y no a la conducta.

Sólo mediante una concepción mecánico-biológico-causal mecánica podremos afirmar que "siempre que exista un movimiento habrá un solo delito".

Toda conducta tendrá como componente un aspecto objetivo que le dará exteriorización e individualidad en el mundo circundante, pero quedará vacua si no tiene un contenido que estará dado por la finalidad; de ello resultará que sólo ésta, como contenido de la conducta, podrá determinar su pluralidad, lo que no significa que ante la comprobación de dicha pluralidad ya exista de por sí concurso real o delito continuado, pues ello se corroborará luego de someter esa pluralidad al ámbito típico normativo, dado que puede mediar concurso ideal a la inversa, concurso aparente o unidad de conducta por incidencia del tipo.

⁶⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pág. 543, apart. 433, Ediar, Buenos Aires, 1990.

CAPÍTULO IX

MODERNAS TEORÍAS FUNDAMENTADORAS DEL CONCURSO IDEAL

1. Teoría concursal que basa la unidad de hecho o de conducta en la denominada concepción natural de la vida.

Fracasado el criterio de la unidad natural de acción a causa de la problemática que suscitaba su aplicación y delimitación, así como también su remiendo ideal de la unidad de hecho, la doctrina y la jurisprudencia alemanas comienzan a fundar la unidad de conducta en relación a una concepción unitaria de la voluntad sobre la base de la determinación de lo que se denominó “*situación fáctica temporo-espacialmente inescindible*”, de manera tal que dicha voluntad se sienta como una “unidad” ante el espectador imparcial⁶⁶.

Jescheck afirma que “la jurisprudencia y la doctrina dominante fundan la determinación de la unidad de acción en la concepción natural de la vida. Según ello, una pluralidad

⁶⁶ Bauman, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, 8 auflage, pág. 684, Bielefeld, 1977; Hermann Blei, con restricciones, *Die natürlliche Handlungseinheit* en “Juristische Arbeitsblätter”, pág. 95, 1973 y, crítico, sólo se fija en el número de actos de voluntad, en *Strafrecht, Allgemeiner teil*, 18 auflage, Munich, 1983; W. Stree, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21 auflage, Munich, 1982; Eduard Dreher, *Strafgeretzbuch mit Nebengeretzen und Verordnungen*, auflage 37, 1977; Dreher/Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, auflage 41, Munich, 1983; Eduard Kohlrausch, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengereten*, auflage 43, elaborada por Richard Lange, 1961; H. Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, pág. 407, Stuttgart, 1953, sólo en la unidad de resolución de la voluntad; en contra, F. Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, págs. 244 y ss., Hamburgo, 1961.

de partes componentes del curso de un suceso externamente separables constituye una unidad de acción cuando los distintos actos parciales se hallan conducidos por una resolución de voluntad unitaria y se encuentran en una conexión temporal y espacial tan estrecha que se sienten como unidad por un espectador imparcial”⁶⁷.

Siguiendo este criterio, se ha llegado a afirmar por parte del Tribunal Supremo Federal que: “Varias acciones sexuales realizadas en la presencia de, o delante de, un niño en la misma ocasión constituyen una acción unitaria”⁶⁸, “...aunque se abandone momentáneamente el dolo de hurtar concurre una sola acción cuando el hecho es proseguido una vez cesada la interrupción de la policía”⁶⁹.

“También debe estimarse unidad de acción al modificarse la elección del medio homicida cuando el autor busca enseguida realizar la decisión criminal por otra vía tras un primer fracaso inesperado...”⁷⁰.

Sin embargo, “...varias acciones abortivas practicadas en distintos momentos sobre la misma mujer no constituirían una unidad de acción”⁷¹.

Afirma con precisión Jescheck que la fórmula de la “*concepción natural de la vida*” no ofrece mayor ayuda, sino que la misma oculta las verdaderas razones de la estimación de unidad o pluralidad de acciones.

Para el autor citado, tampoco pueden existir unidades de acción sociales de carácter prejurídico, es decir que prescindan del derecho.

Afirma, además, que no puede resultar decisiva la unidad de plan del autor, ya que de una resolución criminal pueden derivarse varios actos parciales, que por razones de justicia no sería adecuado unir en una unidad de conducta, por ejemplo el hurto del arma homicida, el homicidio de la víctima y el robo de un vehículo para huir.

⁶⁷ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 996, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

⁶⁸ *Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, t. I, pag. 168.

⁶⁹ Ídem nota 68, t. IV, pág. 219.

⁷⁰ Ídem nota 68, t. X, pág. 139.

⁷¹ Ídem nota 68, t. 58, págs. 113, 116 y ss.; Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 997, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

Similar crítica formula Zaffaroni en nuestro medio a la teoría de la unidad natural, quien considera que el concepto de unidad por la natural concepción de la vida ha sido una "fórmula hueca", ya que "la jurisprudencia alemana no la usó en un sentido único, sino en varios sentidos distintos, lo que la hizo prácticamente inútil"⁷².

2. Crítica en mérito a la función esencial del ámbito típico.

Concordamos plenamente con las posturas descalificantes de la teoría de la unidad natural, por cuanto si bien aceptamos la insuficiencia del dato óntico como factor determinante de pluralidad, no obstante ser éste esencial para la conformación de la conducta, no podemos atribuir tan importante función a unidades sociales de acción que inclusive preceden al derecho.

Por el contrario, creemos que tan exclusiva facultad debe ser atendida con la intervención del tipo legal llamado a concurrir en cada caso determinado. Sólo mediante la intervención del tipo podemos darle completitud a la posible materialización de una pluralidad de hecho o de conducta.

Si efectuáramos hasta aquí una síntesis de las posturas teóricas propuestas, concluiríamos que:

1) la teoría del medio-fin no dio resultado por avasallar de mala manera el principio básico concursal *quod delicta tot poenae*;

2) la teoría de la unidad de acción no pudo dar solución a los problemas de los que adolecía la conducta a la cual se refería, ya que la misma era concebida de una manera causal-mecánico-ideal, de modo tal que la pluralidad o unidad era imposible de determinar en forma precisa;

3) la teoría de la unidad de hecho no hizo más que transformar el problema de la unidad o pluralidad de hecho o conducta, sosteniendo el mismo esquema de concepción de la conducta que su precedente, recurriendo al número de resultados como criterio rector de la problemática referida;

4) la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas se encontró ante el inconveniente de que

⁷² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 529, Ediar, Buenos Aires, 1981.

en muchos casos se podía evitar por parte del sujeto activo la violación de más de un bien jurídico tutelado si se actuaba de otra manera que era perfectamente posible;

5) la teoría de la concepción natural fue desacreditada por pretender determinar por medio de un concepto prejurídico y social la posible unidad o pluralidad de conducta o de hecho.

3. Solución propuesta por H. H. Jescheck para determinar la unidad de hecho.

Desechada por el autor mencionado la denominada teoría de la unidad por la concepción natural de la vida, el mismo afirma la imposibilidad de determinar la unidad de conducta atendiendo solamente a su manifestación externa (movimientos unitarios o resultados) demostrando así la insuficiencia de toda teoría que pretenda la búsqueda de la unidad referida, limitándose al solo análisis a nivel pretípico, esto es, sólo a la conducta en sí misma.

Da cuenta de ello cuando efectúa un análisis del ámbito continente de los tipos a fin de determinar si lo que aparentemente pareciera ser una pluralidad de conducta, no sería más que una unidad determinada por el tipo llamado a concurrir.

Así, Jescheck otorga al tipo un lugar preponderante y de suma importancia con respecto a la determinación de la pluralidad de conducta, es decir que para saber si nos hallamos ante una conducta o ante varias no podemos recurrir a la misma conducta, sino que será el factor normativo, el tipo individualizador, el que establecerá la posible existencia de pluralidad.

Se sienta así el principio que señala que para la estructuración de una correcta teoría concursal debemos tener en cuenta la improcedencia de la definición de un objeto partiendo del mismo; la insuficiencia de la conducta para definirse como tal en los casos de determinación de pluralidad aparece de manera palmaria.

Los casos en los cuales en forma individual, cada tipo, por su estructura, determina unidad, son identificados por el autor con el nombre de *unidad de acción típica* o *unidad típica de acción*⁷³; serían los que en el presente trabajo hemos

⁷³ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 998, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

denominado concurso ideal a la inversa (claro que el término acción se entiende como sinónimo de conducta o de hecho).

No obstante ello, Jescheck da aplicación genérica al concurso ideal, tanto en la concurrencia de figuras dolosas como en las culposas.

4. Combinación de la teoría basada en la concepción natural de la vida y de la unidad típica de acción. Johannes Wessels.

Si bien, como observamos, la posición predominante en la jurisprudencia alemana se inclina por la teoría de la concepción natural de la vida, la incidencia del factor normativo comienza a individualizarse por parte de la doctrina como elemento relevante dentro de la teoría concursal.

Ya vimos cómo Jescheck asigna una importancia notoria al factor típico mediante lo que se ha dado en denominar "*unidad típica de acción*", pero, sin embargo, lo formula sin extender la función típica a nivel concursal de forma genérica, de manera tal que los casos no alcanzados por la unidad típica de acción serán hipótesis de concursos ideales en los cuales la unidad de acción se determinará por medio de la teoría de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones o de la unidad natural, según el caso.

Wessels afirma que la unidad de acción se puede manifestar en dos sentidos: acción única en sentido natural y acción única en sentido jurídico.

Para dicho jurista, existe una acción en el sentido natural cuando una decisión de actuar se realiza en "una" actuación de la voluntad, por ejemplo: quien arroja un explosivo en una sala de reunión ejecuta una sola acción, aunque ésta pueda producir varias consecuencias de injusto y realizar varios tipos penales (muertes, lesiones y daños), no importando en el caso la naturaleza eminentemente personal de los bienes jurídicos lesionados, con lo cual desvirtúa certeramente la teoría de la inseparabilidad de las lesiones pero parece otorgarle al resultado un lugar preponderante en cuanto a la posibilidad de constituirse en elemento "plurificador"⁷⁴.

⁷⁴ Johannes Wessels, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 229, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

También afirma el citado autor que "...se da una acción en sentido jurídico cuando el tipo legal reúne en una unidad valorativa jurídico-social varias actuaciones naturales de voluntad (unidad típica de acción)..."⁷⁵.

Además, hace una clara referencia al ámbito normativo, en los casos en los cuales determina la unidad de acción mediante varias actividades homogéneas que se basan en una decisión unitaria de voluntad y realizan reiteradamente, en sucesión ininterrumpida, el mismo tipo penal; afirma Wessels que aquí hay una unidad de hecho determinada por el tipo, por ejemplo, el sujeto A, al entrar en el pabellón, le propina al sujeto B, uno tras otro, varios golpes, para vencer su resistencia, o los sujetos A y B sustraen, al irse del pabellón, varios objetos, armas y cosas de valor.

5. Concepción de la unidad de acción basada en los factores final y normativo. Hans Welzel.

Siguiendo la postura realista de la concepción de la acción (conducta, para nosotros), Welzel enuncia certeramente que la unidad de acción tiene como fundamento dos factores:

1) *El factor final*: caracterizado por la ejecución de la denominada "voluntad final"; todos los actos materiales físicamente separables son comprendidos en una "unidad de acción" si los mismos constituyen una "unidad orgánica, en razón de la voluntad final"⁷⁶.

2) *El factor normativo*: además de la comprobación real de la unidad de conducta, también será necesario efectuar el correspondiente "enjuiciamiento jurídico-social a través de los tipos", es decir que a la unidad orgánica determinada por la voluntad final habrá que llevarla al plano ético de desvalor social determinado por los tipos penales a fin de poder comprobar en su totalidad la unidad de acción o pluralidad de la misma.

⁷⁵ Johannes Wessels, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 229, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

⁷⁶ Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 12ª ed., pág. 308, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

El alcance de estas unidades teleológicas podrá mantener su integridad o pluralizar la conducta según la manera en la que actúe sobre ellas el enjuiciamiento social objetivo.

De manera que, aun existiendo unidad de conducta aparente por ser único el presupuesto de factor final, si el enjuiciamiento social objetivo contenido en el factor normativo no es único, es decir, si la conducta única se pluraliza mediante la aplicación al caso de varias figuras, la conducta dejará de ser única por encontrarse desvalorada más de una vez por el legislador que plasma en la norma la voluntad social objetiva.

Welzel ejemplifica diciendo: "Cuando alguien por ejemplo hurta una pistola para asesinar con ella a otro, y esto también lo realiza, abraza todos los actos aislados en un único y gran contexto final puesto por la voluntad"⁷⁷.

Mediante este sencillo caso, Welzel demuestra el poder abarcativo de las figuras con respecto al poder determinante de unidad que posee el factor normativo (al que nosotros denominamos ámbito típico y determinamos mediante lo que llamamos segunda relación), y que puede, como en el caso, unificar a través de un enjuiciamiento social único el accionar del agente (conducta del agente).

Así, según Welzel, de acuerdo al "contenido del sentido social jurídico de este contexto final, ya el hurto forma una unidad de injusto cerrada en sí misma (aunque no se ejecutara el asesinato posterior); a él se agrega el asesinato como otra unidad de injusto independiente...".

Si bien preferimos no utilizar la denominación "enjuiciamiento normativo social jurídico", dado que la desvaloración social aparece como presupuesto legal necesario, por cuanto al momento de efectivizar su labor el legislador analiza esta voluntad valorativa social de manera tal que dicho factor se sobreentiende incluido como elemento esencial del contenido valorativo social de la norma.

⁷⁷ Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 12ª ed., pág. 309, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

6. Comentario.

Es por ello que, a pesar de compartir que para obtener una teoría realista a fin de determinar la unidad o pluralidad de acción se debe partir de la elaboración analítica que se efectúa sobre el estudio de dos aspectos claves en el asunto, preferimos llamar al segundo elemento de análisis utilizando su denominación técnica más común en nuestra doctrina, tipicidad o análisis a nivel típico, como lo hacemos en el presente trabajo.

Claro que dicha postura, a la que calificamos de acertada y a la que en definitiva seguimos queda claramente sintetizada cuando Welzel, utilizando su terminología con respecto al segundo aspecto analizado, afirma: "La unidad de acción jurídico-penal se establece, así, por dos factores (al igual que la urdimbre y la trama): por la proposición de un fin voluntario y por el enjuiciamiento normativo social jurídico en razón de los tipos"⁷⁸.

Aclara, además, el citado autor que la unidad de acción no depende nunca de la unidad de resultados, ya que el objeto específico del desvalor penal es la acción. No compartimos, sin embargo, que atento a dicha afirmación quien arroje una bomba y mate veinte personas realiza una acción a pesar de lo afirmado con respecto a los resultados, desde que el supuesto puede ser resuelto por vía del concurso real sin necesidad de pasar por el conteo de resultados.

La confusión de sostener que dicho ejemplo se resuelve como multiplicidad de hechos en mérito a la aplicación de la teoría del "conteo de resultados" es un error. Y dicho error se basa en sostener que el mero movimiento mecánico es factor determinante de unidad y de pluralidad delictiva, cuando esto no es así.

Los mismos autores que sostienen la resolución del ejemplo dado mediante la vía de unificación de hecho y que, por lo tanto, resuelven dicha hipótesis como concurso ideal, consideran, sin embargo y extrañamente, que a nivel pretípico.—a fin del estudio de la teoría concursal— hay que atenerse y basarse sobre

⁷⁸ Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 12ª ed., págs. 308 a 310, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

la "proposición de un fin voluntario"; pregúntese ahora el lector lo siguiente: ¿cuál es la proposición final voluntaria que posee el autor "A" con respecto a dar muerte a los otros veinte?

Inmediatamente sabemos que el fin fue directamente encaminado a obtener las veinte muertes. Pero debemos saber, además, si ese objetivo responde a múltiples finalidades, y es por ello que para responder dicha pregunta no podremos en modo alguno contentarnos con el solo aspecto pretípico, puesto que sólo sabiendo cómo se canalizan esas finalidades mediante aquella "valoración social típica" podremos determinar las finalidades y, por lo tanto, el número de hechos.

Y, en el caso, no hay duda de que "el desvalor social típico" recae sobre las veinte muertes de manera independiente, formándose así los núcleos cerrados por cada uno de los tipos con su finalidad antecedente correspondiente.

Nada tiene que ver con esto el resultado, puesto que inclusive en algunos casos puede faltar (tentativa, delitos de pura actividad), desde que en este método no se cuentan los resultados por medio de los tipos, sino que se analiza la posible pluralidad de hechos y de finalidades mediante el estudio de los ámbitos pretípico y típico a fin de determinar la cantidad de hechos.

Nótese que en innumerables hipótesis pueden existir unidad de acción (entendida como evento fáctico o movimiento meramente mecánico) y múltiples finalidades.

"A" procede a pintar el frente de la casa de su ex esposa "N" con frases injuriantes, puesto que ésta lo había abandonado tiempo antes.

En éste y en muchos ejemplos más notamos cómo a pesar de que existe una sola acción mecánica, una única unidad fisiológica puede ser llevada a cabo por un agente que tiene varias finalidades y que éstas se individualizan mediante diferentes tipos penales, de manera tal que en los ejemplos dados ambos hechos son desvalorados a través de dos calificaciones autónomas.

En el caso dado hay dos hechos individualizados por dos tipos diferentes, daño e injuria en concurso real (arts. 185, 109 y 55 del Cód. Penal).

Nuestra postura no trae como consecuencia la desaparición sino la reducción del ámbito de aplicación del concurso ideal a pocos supuestos de características muy especiales.

Cabe aclarar que en el estudio de la factibilidad de concurso ante un hecho, que comúnmente algunos tribunales llaman en nuestro medio "homicidio múltiple" —expresión completamente ajena a nuestro vocabulario dogmático y científico—, debe ser hecho atendiendo a la unificación y a la verificación del aspecto subjetivo y de la finalidad de o de los hechos, y al desvalor normativo, teniendo en cuenta a cada una de las víctimas del evento.

Así, cuando en el ejemplo académico afirmamos que "A" arroja una bomba y provoca la muerte de "B", "C" y "D", a fin de resolver el problema debemos merituar el desarrollo de o de los hechos con respecto a la muerte de "B", "C" y "D", lo que, indefectiblemente, en un comienzo, nos lleva a preguntarnos qué finalidad exteriorizó "A" con su conducta, y cómo son desvalorados uno o cada uno de estos elementos teleológicos por los tipos llamados a concurrir.

Entonces, nos damos perfecta cuenta de que la vaguedad del ejemplo académico de referencia se torna insalvable.

Tal como está redactado, podríamos concluir, según nuestra postura, que "A" quiso y llevó adelante su voluntad de matar a "B", "C" y "D", es decir que quiso directamente sus muertes individuales, aunque esto pueda resumirse en el amplio concepto "voluntad de matar", que parece único, a nuestro juicio de manera parcial.

Decimos esto porque si juzgásemos a un peligroso asesino que cobró múltiples vidas en el transcurso de un año, también podríamos afirmar al momento de juzgar que durante todo ese año tuvo "voluntad de matar", pero no cabría duda de que encuadraríamos el hecho en el art. 55 del Cód. Penal, es decir que lo individualizaríamos como caso de concurso real.

En nuestro elemental ejemplo, entonces, "A" lleva a cabo sus finalidades, que van a configurarse como múltiples mediante la ayuda que en el caso nos presta el aspecto típico, el cual no sólo nos demuestra la pluralidad de normas a aplicar acorde al desvalor social enunciado por Welzel, sino que, además, el ámbito continente de cada uno de los tipos llamados a concurrir y su aspecto subjetivo reflejan una amplia concordancia con las finalidades que lo integran y lo anteceden como voluntad realizadora del tipo.

La concordancia entre esta voluntad de realización y su hecho antecedente es evidente. Realmente, la voluntad de

realización entendida por nosotros como dolo conforma un todo inescindible con su conducta antecedente (a nivel del estudio analítico de la teoría concursal) sin que podamos concebir en estos supuestos menos finalidades que voluntades realizadoras de cada tipo.

Es decir que cada finalidad se canalizará por medio de cada una de estas voluntades por cuanto cada una de aquéllas integra a cada una de éstas.

Cada dolo poseerá su voluntad final antecedente; así lo afirma el mismo Welzel: "Del conjunto inagotable de acciones posibles de una época, el ordenamiento jurídico escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales la voluntad de realización («dolo») está dirigida a la producción de una situación o un proceso («resultado») socialmente no deseado"⁷⁹.

Creemos que lo apuntado guarda total similitud con lo expuesto por nosotros, en cuanto a que al dolo lo "conduce" la voluntad; ésta mal puede ser única en el análisis de nuestro tema concursal si aquél desvalora de manera múltiple.

Finalidad-voluntad y dolo son dos caras de una misma moneda, en cuanto una cara quiere el resultado y la otra quiere su realización en concreto.

Welzel concibe así la esencia del dolo en su concepción finalista del tipo complejo, afirmando: "Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —el momento intelectual— y por la decisión al respecto de querer realizarlo —el momento volitivo—. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configurantes de una acción típica real, forman el dolo («dolo del tipo»)".

Si el dolo conduce a la conducta, difícilmente ésta pueda ser única y aquél múltiple, desde que el desvalor social normativo (factor típico), al materializarse, transforma la conducta, hasta el momento imprecisa en cuanto a su unidad (desde el análisis dogmático, puesto que en la realización del delito su unidad o pluralidad es concebida por el autor desde el inicio de la conducta) en una "conducta típica real" según el desvalor social apuntado.

⁷⁹ Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 12ª ed., pág. 59, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

Una vez más, conviene destacar aquí la imposibilidad en cuanto a la conducta, a fin de poder determinar su propia pluralidad, sobre todo cuando existe "unidad fisiológica" o "mecánica" y pluralidad de encuadres en delitos dolosos (supuesto éste, para nosotros, de pluralidad de conducta o hecho, no obstante existir unidad de acción).

Tener la voluntad de realizar el tipo requiere antes esa voluntad, y ello implica una voluntad individual precedente.

Volviendo a nuestro ejemplo, si "A" quiere directamente la muerte de "B", "C" y "D", su voluntad no es única a partir de que quiere consecuentemente realizar tres homicidios (art. 79 del Cód. Penal) y este querer no tiene como antecedente la "voluntad de matar" sino la voluntad de matar a "B", la voluntad de matar a "C" y la voluntad de matar a "D" y en forma concordante con estas tres voluntades que lleva adelante mediante el querer efectuar los tres hechos, concreta los tres tipos de homicidio simple, cada uno con sus respectivos dolos de realización directos (así parece extraerse del caso que nos ocupa).

"A" comete tres homicidios en concurso real (arts. 79 y 55 del Cód. Penal).

Wessels concuerda asimismo con la postura señalada, en cuanto a la función del dolo por determinar la dirección de la conducta, cuando afirma: "En los delitos dolosos, el dolo del tipo determina la dirección y el fin de la acción. Como núcleo de lo injusto personal de la acción, forma la característica general del tipo subjetivo de lo injusto y la base para la imputación subjetiva del resultado típico"⁸⁰.

Sin embargo, sostiene que el ejemplo del sujeto que arroja una bomba, y mata y lesiona a varias personas comete una acción, denominándola en esta hipótesis, en forma nada casual, como "acción natural" y "acción en sentido natural". Así, el citado autor afirma: "Se da una acción en sentido natural cuando una decisión de actuar se realiza en «una» actuación de la voluntad. Una acción natural como ésta es siempre, jurídicamente, una acción...", lo cual significa que la unidad de movimiento mecánico y causal objetiva que implica el mero acto de arrojar el explosivo mantendrá su unidad jurídica.

⁸⁰ Johannes Wessels, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 67, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

Estas posturas, que aún hoy perduran en doctrina, son las que dan fundamento al cuestionado concurso ideal o formal con respecto a pluralidad de encuadramientos con participación de figuras dolosas.

No obstante, en relación a la apreciación de la opinión del destacado jurista, éste sostiene que en el caso hipotético de estudio los tipos llamados a concurrir son varios (lo que es lógico, porque no puede evitarse reconocer que el desvalor social del que habla Welzel se encuentra representado por figuras diversas que no se relacionan entre sí).

Agrega Wessels que la naturaleza eminentemente personal de los bienes jurídicos mencionados no modifica, en este caso, la existencia de una unidad de acción. Claro que no explica el porqué de este comportamiento discordante entre los aspectos típico y pretípico, cuando los mismos son, en los delitos dolosos, claramente concordantes, desde que siempre que se quiere realizar la voluntad final (dolo), se la individualiza provocando su escisión a causa del desvalor social, si éste se manifiesta como múltiple a través de los tipos llamados a concurrir.

Asimismo, este autor critica *a posteriori* la teoría de la "unidad natural" cuando la jurisprudencia germana la extiende con frecuencia a otras situaciones distintas de la del caso de la bomba homicida.

De esta manera, en su misma obra hace referencia al concepto de "unidad natural", afirmando que esta fórmula "no ofrece ningún criterio suficientemente correcto de deslinde y se expone al principio de una aplicación arbitraria...", concepto que compartimos plenamente⁸¹.

También afirma que el tribunal federal va demasiado lejos cuando dice que "es suficiente la voluntad unitaria de fuga del autor para unir en una «unidad natural de acción» actuaciones de voluntad separadas entre sí (como conducir sin registro, inferir una lesión corporal peligrosa, resistir a funcionarios de ejecución o huir después del accidente)"⁸².

De esta manera, Wessels efectúa una crítica incisiva a la teoría en danza que juzgamos acertada, puesto que la sola

⁸¹ Johannes Wessels, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 229, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

⁸² Johannes Wessels, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 231, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

voluntad unitaria no puede determinarse en el caso de los ejemplos que estamos viendo si no es con el complemento que nos brinda el aspecto normativo (desvalor social, desvalor ético-social o, técnicamente, aspecto típico).

Mezguer aclara conceptos partiendo de las siguientes preguntas: ¿cuándo existe “una y la misma acción”? (utiliza acción como sinónimo de hecho o de conducta), ¿cuándo existen varias acciones independientes?

El autor otorga a estas preguntas y a sus respuestas la esencia del tema a resolver, esto es, el de la unidad y pluralidad de acción.

Claramente excluye la concepción “natural” en cuanto a factor determinante de unidad o pluralidad de conducta cuando afirma que “no existe en el derecho penal ninguna unidad «natural» de la acción que constituya como tal, sin más, una unidad jurídica de acción”. Así se refleja cómo lo decisivo al respecto es el “acto de voluntad” (toma de decisión) del autor⁸³.

Para terminar, creemos que Jescheck, aludiendo al problema de la determinación de la unidad de hecho, es claro al afirmar que “la distinción tiene que ser decidida con arreglo únicamente al sentido de los tipos legales en cada caso vulnerado que quepa deducir mediante interpretación”⁸⁴.

El comentario que efectúa Mir Puig en la versión española del tratado de Jescheck señala una solución igual a la postulada por nosotros, aunque quizás no con idéntico fundamento; el profesor de Barcelona dice: “Así, el matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba”⁸⁵.

La vinculación entre los ámbitos típicos y pretípicos de la estructura del delito y la función “plurificadora” del dolo se evidencia por medio de Mir Puig, cuando enuncia que “...la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos”. Nótese

⁸³ Edmund Mezguer, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 333, Cárdenas Editor, México, 1990.

⁸⁴ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1006, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

⁸⁵ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1006, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

que utiliza la palabra “conducta” para denominar lo que en el presente trabajo llamamos “acción”, puesto que reservamos el término “conducta” como sinónimo de “hecho”, es decir, como primer elemento analítico de la teoría del delito (al que denominamos “conducta”)⁸⁶.

Más claro aún se ve por la teoría normativa como elemento pluralizador o unificador de conducta; el jurista español afirma: “...Pero cuando el sujeto dirige su actuación dolosamente a la consumación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su comportamiento externo tiene el sentido, tanto subjetivo como objetivo, de realización en el mundo empírico de varias causaciones, cada una de las cuales supone un hecho típico distinto, pues el hecho descripto por el tipo de resultado se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, siendo en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplea para la causación”⁸⁷.

Si bien nos parece correcta la enunciación de Mir Puig, cabe aclarar que al no agotar la explicación de la función orientadora de la determinación de pluralidad ejercida por el dolo (y con él el ámbito típico) y enunciar como factor de unidad la determinación voluntaria de obtener el resultado típico, dicho jurista no parece prescindir del resultado en su estudio, con lo cual da relevancia al mismo cuando éste es buscado voluntariamente por el autor (dolo), cuando en realidad la pluralidad se determina porque el autor quiere la realización del tipo cuando lleva adelante esa voluntad final.

Más allá del resultado, que puede o no acontecer, así el juez debe merituar la imprescindible función del ámbito típico como factor complementario a fin de determinar pluralidad de hecho, teniendo en cuenta ese querer realizar que significará determinar el dolo y su ubicación en cada uno de los tipos llamados a concurrir.

La cuestión no es preguntarse cuántos resultados se quisieron dolosamente sino cuántas voluntades se realizaron típicamente por parte del autor del evento. Con lo cual creemos que, si bien la solución de Mir Puig es la correcta, el camino que señala para llegar a ella es confuso, por cuanto por ese mismo

⁸⁶ Ídem nota anterior.

⁸⁷ Apreciación de Mir Puig, en Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, págs. 1006 y 1007.

camino también podríamos llegar a la teoría del conteo de resultados, con la que no concordamos.

7. Postura de Reinhart Maurach.

a) Concepto.

Maurach admite, con respecto a la problemática de la determinación de la unidad de acción, que existe hasta el presente una larga lucha entre las denominadas teoría de la pluralidad y teoría de la unidad en relación a la teoría del concurso, que la balanza parece inclinarse en favor de esta última.

Para él, la teoría de la pluralidad toma como punto de referencia el número de tipos realizados por el autor, siendo indiferente la cantidad de acciones; para esta teoría, una acción reclama importancia jurídico-penal sólo en cuanto ella se presenta en determinados tipos penales; por lo tanto, unidad de hecho es unidad de tipo, no de acción⁸⁸.

La teoría de la pluralidad, en sus orígenes, tiene como expositores a Binding, von Buri y Frank; este último creía que la afirmación de delito es acción, sosteniendo que al concepto de delito pertenece una acción, siendo el delito una lesión a la norma o realización del tipo: *Verbrechen ist Normverletzung oder Tatbestandsverwirklung*⁸⁹.

Por el contrario, la teoría de la unidad afirma que en el concurso ideal existe una sola acción y, en consecuencia, un solo delito, posición tomada por Liszt, quien considera que el delito es acción y una acción sólo puede ser un delito: *Verbrechen ist Handlung, eine Handlung kann nur ein Verbrechen sein*. Una sola acción no puede dar lugar a diversos delitos sino sólo a uno; nos encontraríamos entonces ante un supuesto de concurso aparente⁹⁰.

⁸⁸ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 250, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

⁸⁹ R. von Frank, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 auflage, Tübingen, 1931; M. von Buri, *Einheit und Mehrheit del Verbrechen*, reimpression de la edición de 1879, Frankfurt Main, 1968; Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1986.

⁹⁰ F. von Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, reimpression de la edición de 1905, Berlín, 1970; para Ángel José Sanz Morán, en la obra

Afirma Maurach que para encontrar una solución al problema es preciso considerar aquí el fundamento teórico-normativo subyacente en el texto, pues todo hecho punible es una lesión antinormativa de bienes jurídicos, es decir, la infracción dañosa de bienes jurídicos contra una norma por una acción humana; en virtud de ello, los hechos punibles pueden distinguirse y cuantificarse conforme al número de las acciones respectivas que presenten la cualidad de constituir en tal hecho.

A partir de este supuesto, Maurach sostiene que será la unidad de acción el elemento diferenciador entre uno o más hechos punibles; en el caso de varias lesiones de bienes jurídicos provocadas activamente, la determinación del número de los hechos punibles requiere esclarecer si estas lesiones son atribuibles a una o más acciones humanas.

De esta manera, el número de hechos punibles no será consecuencia de la efectiva cantidad de lesiones al bien jurídico tutelado, sino que se relacionará con la acción misma y con la imputación de la respectiva lesión del bien jurídico a una o más acciones.

La conclusión sería que no es el número de las lesiones de bienes jurídicos lo decisivo acerca de la cantidad de hechos punibles, sino el número de las acciones con naturaleza dañosa de bienes jurídicos⁹¹.

Ahora bien, cabe preguntarse qué entiende Maurach por acción, puesto que, como en todas las teorías sostenedoras de la posibilidad de unidad de hecho ante la concurrencia de varias lesiones a bienes jurídicos tutelados, toda debilidad de las mismas se hace presente al momento de definir la "unidad de acción".

Tal extremo se nota palmariamente ante la apreciación valorativa que Maurach daba a la problemática, cuando ex-

citada, pág. 144, el germen de la discusión lo podemos encontrar a principios del siglo XIX, en la polémica entre Kleinschrod y Savigny: para el primero, en el concurso ideal hay una sola acción, un solo dolo y un único momento temporal y en consecuencia un solo delito (ver *Systematische Entwicklung*, págs. 203 y ss.), mientras que Savigny niega que en el concurso ideal estemos ante un solo delito (*De Concursu delictorum formali*, págs. 76 y ss.).

⁹¹ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 522, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

presaba, al definir el tema: "Ahora bien, lo expuesto nos obliga a señalar qué es una acción y cuándo existe unidad o pluralidad de acciones"⁹².

Luego, haciendo una clara referencia de la inseguridad de las hipótesis de resolución de la problemática por vía de la teoría innovadora pero que acepta el concurso ideal en múltiples violaciones a bienes jurídicos, afirma: "*No cabe duda alguna de que ello supone entrar en un terreno extremadamente inseguro. Y es precisamente la inseguridad de la respuesta a dicha cuestión una de las razones de búsqueda de nuevas posibilidades para responder la pregunta acerca de la unidad o pluralidad de hechos punibles. Dado precisamente que esta cuestión así planteada no ha podido hasta ahora ser respondida convincentemente, no resulta del todo incorrecto afirmar la insuficiencia, incluso la inidoneidad de los esfuerzos desplegados por delimitar la unidad y pluralidad de hechos punibles en el sentido de los arts. 52 y 53*"⁹³.

Entendemos que esta inseguridad no es más que el producto dado por la pretendida exigencia de autonomía institucional que se pretende mediante la búsqueda de una posibilidad de aplicación del concurso ideal a supuestos de pluralidad de lesiones a bienes jurídicos.

Concordante con nuestro criterio resulta el reconocimiento de Maurach a la insuficiencia de las teorías que sostienen la unidad de acción, por supuesto ante un encuadre múltiple, lo que significa admitir que no ha podido aún sostenerse de manera firme y coherente el denominado concurso ideal.

Considera que, aun siendo complicada la problemática de resolución de pluralidad de acciones, el criterio ontológico que da la definición de conducta como el desarrollo de una actividad final —teniendo como cualidad imprescindible dicha acción la de resultar antinormativamente dañosa de un bien jurídico y, por lo tanto, también de los compendios ordenados por las normas jurídicas— puede posibilitar el camino a la determinación de la unidad de hecho ante los supuestos de pluralidad de encuadre.

⁹² Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 522, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

⁹³ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 522, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

Nuestra conclusión, en cuanto a la posibilidad de determinación de pluralidad de conducta ateniéndonos a un criterio ontológico-normativo, se ve así claramente expuesta por cuanto la conducta antinormativamente dañosa no será otra que aquella que sea receptada por un determinado tipo llamado a concurrir; lógicamente, importará para ello que dicha conducta vulnere o dañe un bien jurídico (ponga en peligro concreto o abstracto, dañe o perturbe).

Para Maurach, entonces, la limitación del concepto ontológico de acción a fin de poder determinar la pluralidad de la misma surge de manera palmaria.

Para poder lograr la determinación de la pretendida pluralidad, el autor no se priva entonces de recurrir al ámbito típico; sólo así puede establecer mediante una regla clara y más o menos precisa la pluralidad de acción.

b) Unidad de acción.

Para establecer la existencia de una unidad de acción (entendiendo la acción como sinónimo de "hecho" en el sentido del presente trabajo) es necesario atender al conjunto de la conducta dañosa de bienes jurídicos tenida en vista por el autor; es decir, el plan global, el factor final, la meta voluntariamente sentada.

De esta manera, Maurach sigue claramente los lineamientos de Welzel; se evidencia en este concepto la atención a los dos elementos rectores: por un lado, el aspecto subjetivo representado por el factor final y, por otro, la conducta lesiva de bienes jurídicos a la que podemos relacionar con la valoración normativa de dicha conducta.

Así, afirma —citando a Welzel— que a fin de extraer la unidad de acción, resulta pauta conducente atender "...al conjunto de la conducta dañosa de bienes jurídicos tenida en vista por el autor, es decir, el plan global, el factor final, la meta voluntariamente sentada"⁹⁴.

Existe una constante mención por parte de Maurach a la problemática que plantean los criterios de unidad de acción, en cuanto se determinan a través de la comprobación de una "unidad natural del hecho". Pero lo contrario nos

⁹⁴ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 527, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

llevaría a la “renuncia a una distinción entre el concurso ideal y la unidad de acción...”⁹⁵.

Su conclusión deviene del análisis crítico que efectúa a la postura de Kindhäuser, pues para este autor la unidad de acción resulta de la existencia de una convergencia fáctica de infracciones normativas⁹⁶, a la que pretende determinar considerando si el autor, sobre la base de su actuar concreto o su omisión, puede evitar o impedir de manera aislada alguna de las infracciones jurídicas específicamente normativas, mecanismo denominado “fórmula de la evitabilidad aislada”.

Maurach entiende que “la divisibilidad fáctica no puede ser fundada normativamente y, de la manera en que lo plantea Kindhäuser, la diferencia fáctica entre la unidad y la pluralidad de acciones queda sin aclarar, y con ella, también la existencia de sólo una acción como presupuesto irrenunciable del concurso ideal”⁹⁷.

La crítica se fundamenta en que Kindhäuser, por su camino, estaría llegando a la conclusión de inexistencia de concurso ideal, consecuencia lógica de la aplicación a fin de determinar la unidad de hecho de teorías que recepten el ámbito típico como elemento de pluralidad.

Nuevamente aparece en Maurach, como conclusión crítica, la elaboración reduccionista que plantea la aplicación de la teoría del conteo de resultados con el objeto de fundar el efecto plurificador de los tipos llamados a concurrir. “...No es el resultado sino la acción dañosa del bien jurídico la que conduce a la decisión acerca de la unidad o pluralidad de delitos...”⁹⁸.

Con el mismo criterio critica la postura de Wolter^{98 bis}, en relación al abandono de la perspectiva naturalista, para reemplazarla por un instituto de la “unidad normativa de la acción”⁹⁹.

⁹⁵ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 528, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

⁹⁶ Kindhäuser, *Normenverstob und naturliche Handlungseinheit*, en Rev. “Juristische Schulung”, 85-104.

⁹⁷ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 528, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

⁹⁸ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 530, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

^{98 bis} Wolter, *Naturliche Handlungseinheit, normative Sinnlichkeit und Gesamtgeschehen*, en Rev. “Der Strafverteidiger”.

⁹⁹ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 528, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

Maurach propone la solución por vía de la acción dañosa del bien jurídico; ésta será en definitiva la pauta que conducirá a la decisión acerca de la pluralidad o unidad de delitos.

“De ello se sigue como consecuencia adicional que también ante la presencia de sólo una lesión de bienes jurídicos es posible aceptar distintos delitos, cuando esta lesión constituya el producto de diversas acciones dañosas de bienes jurídicos”¹⁰⁰.

8. Teoría de Puppe. Crítica de Sanz Morán.

Dentro de las modernas teorías que sostienen el criterio de la unidad de acción como presupuesto necesario para la existencia del denominado concurso ideal, encontramos el trabajo de la autora I. Puppe¹⁰¹. El dato diferencial de su aporte radica en la posibilidad de construir una teoría del concurso prescindiendo de la consideración de la denominada “unidad de acción”. Lo primordial, como carácter diferencial entre el concurso ideal y el concurso real, es la existencia de una especial relación en el injusto de los tipos llamados a concurrir.

En el concurso ideal esta consideración se daría ante los denominados “tipos emparentados por el injusto”: *Unrechtsverwandte Tatbestände*. Así, afirma que ellos contienen o un elemento de injusto común, o una idea de injusto común, a que puede reconducirse una parte de sus características de injusto¹⁰².

Sanz Morán afirma claramente que el concepto de Puppe puede asimilarse a los supuestos de la autora del denominado “concurso aparente de leyes”; al respecto, el citado autor dice que “en virtud de ello extiende Puppe las reglas del concurso

¹⁰⁰ Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 530, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

¹⁰¹ I. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, logische Studien zur Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, Berlín, 1979; *Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, en *Goltdammer Archiv für Strafrecht*, págs. 143 a 165, 1982.

¹⁰² I. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, págs. 170 y ss., Berlín, 1979.

ideal a los denominados hechos anterior y posterior copenado y, en general, a casi todos los fenómenos que hemos incluido en el concurso de normas; éste queda reducido a la especialidad en el sentido rigurosamente lógico”¹⁰³.

La acertada crítica de Sanz Morán recae también sobre el concepto de “parentesco de injusto”, el que conduciría a la determinación, sobre la base de cada tipo, de un *numerus clausus* de tipos con los cuales aquél puede concurrir idealmente. En dicha consecuencia es donde sostiene Sanz Morán que se nota la “vaguedad e inconcreción” del criterio de Puppe¹⁰⁴.

Compartimos esta apreciación por cuanto la autora, mediante el concepto de “tipos emparentados por el injusto”, sólo logra ofrecer una lista de pautas abstractas a fin de determinar la relación existente entre los tipos, sin detenerse en el problema principal, a saber, crear pautas claras para identificar la unidad de hecho¹⁰⁵.

La crítica principal afirma que dichas reglas genéricas son prácticamente inaplicables a la realidad y provocan un total oscurecimiento de la separación entre el concurso ideal y el delito único, por un lado (cuestión aún no superada por ninguna teoría), y entre aquél y el concurso real, por otro¹⁰⁶.

Otro interesante pasaje de la crítica elaborada por Sanz Morán afirma: “Pero además dicho criterio es en todo caso insuficiente, pues el «parentesco de injusto» serviría, a lo sumo, para establecer, en abstracto, ante qué lesiones legales

¹⁰³ Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pág. 146, 1986.

¹⁰⁴ Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pág. 146, 1986.

¹⁰⁵ I. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, págs. 170 y ss., Berlín, 1979.

¹⁰⁶ Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pág. 146, 1986; Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, págs. 717 y 718, nota 18, Berlín, 1983; Werle, *Die konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, págs. 119 a 142, 1981.

es posible el concurso ideal, pero deja sin responder la cuestión ulterior de cuándo ocurre ello en concreto e incluso pervive, a tal efecto, en la concepción de Puppe, el elemento de la conexión temporal, que es completamente externo y casual”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pág. 146, 1986; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner teil*, Berlín, 1983; G. Werle, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt. Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, págs. 125 a 140, Berlín, 1981, para quien la teoría de Puppe es incompatible con el propio Código Penal alemán.

CAPÍTULO X

INSUFICIENCIA DEL DATO ÓNTICO COMO FACTOR DETERMINANTE DE PLURALIDAD

Luego de lo analizado, es claramente observable la insuficiencia del dato óntico, tomado aisladamente como factor determinante de pluralidad, desde que la concepción óntica de la conducta a nivel de la teoría general no puede en el plano de la teoría concursal bastarse a sí mismo como elemento pluralizador de hechos o de conductas.

Ello se corresponde con la insuficiencia de la concepción del término "conducta" de la teoría general del delito para analizarla completamente en la teoría del concurso.

La conducta, a nivel de la teoría general del delito, debe concebirse desde el plano real, siendo ésta autosuficiente a fin de dar acabada respuesta a la definición del propio elemento analítico "conducta". Pero no sucede lo propio en la determinación de la existencia de la posible pluralidad de esa misma conducta.

Para la determinación de pluralidad, el propio elemento analítico no será autosuficiente para complementar dicho requerimiento. Es por ello que resulta evidente que el concepto de "unidad de conducta", que corresponde a la teoría del concurso, no coincide con la concepción general de la misma que estamos habituados a precisar en la teoría general del delito.

La imposibilidad de autosuficiencia del elemento de referencia resulta indicativa de que la cuestión radica en la necesidad de tener que recurrir inexorablemente al plano jurídico para lograr la potencialidad referida.

Sólo mediante esta conjunción —plano óntico-plano jurídico— podremos determinar la existencia de hipótesis concursales de manera precisa.

Resulta ilustrativa la referencia a Welzel efectuada por Zaffaroni, cuando afirma: "De allí que diga Welzel, con razón,

que la unidad de la acción se determina atendiendo a dos factores: el final y el jurídico, es decir que la unidad de acción requiere el factor final como fundamental y primario dato óntico, pero no se contenta con el mismo”¹⁰⁸.

Es mérito importante la demostración por parte del citado autor, como aporte a la teoría concursal dentro del esquema finalista de la conducta, de la insuficiencia del dato óntico como factor determinante, *per se*, de unidad.

Pues la precisión de la delimitación indicadora de unidad de factor final es tarea que incumbe a los tipos penales; de allí que creamos que es posible extraer la contradicción que el autor de mención esboza cuando afirma que no es relevante el dolo único con respecto al factor final puesto que, como lo afirmáramos en la concurrencia de tipos dolosos, el dolo único tendrá como correlato una única conducta.

La afirmación de referencia es la que hace que Zaffaroni mantenga plenamente en vigencia los supuestos de concurso ideal en los casos descriptos, puesto que dolos múltiples y sus tipos correspondientes podrán tener como antecedente —para este autor— una única conducta, hipótesis ésta de concurso ideal o formal.

Dentro del tipo, hacemos referencia específicamente al aspecto subjetivo, individualizando al dolo dentro de éste, como elemento nuclear en cuanto al reflejo de la finalidad querida en la conducta, ahora canalizada dentro del tipo penal.

Pero en modo alguno debemos utilizar el resultado de manera aislada a fin de conocer la posible existencia de pluralidad. El tipo penal, a través del “encauzamiento” de la finalidad efectivizado por el aspecto volitivo o conativo del dolo, nos ayudará a establecer la posible existencia de pluralidad de hechos o conductas. Nada tiene que ver con esta concepción la atención causal a la determinación del número de resultados, cuestión que, por lo menos en la concurrencia de tipos dolosos, y dolosos y culposos, no puede indicar en la teoría del concurso la existencia de pluralidad de hechos o conductas, situación con la que concuerda parte de la doctrina, que sostiene que resulta

¹⁰⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 527, Ediar, Buenos Aires, 1981.

irrelevante el número de resultados a fin de determinar la pluralidad o la unidad de hecho ¹⁰⁹.

1. Situación actual.

Es palmariamente apreciable el grado de anarquía imperante en la materia a pesar de haberse excluido ya del ámbito de la jurisprudencia y la doctrina actuales las teorías que basaban la unidad de hecho utilizando como medio la unidad de resultado.

Si bien se desvirtuó el elemento "resultado" como factor determinante de pluralidad, toda teoría renovadora que no se base en el mismo como criterio rector fracasa igualmente por circunscribir la problemática sólo al ámbito pretípico, esto es, buscando la unidad o pluralidad de conducta dentro de la misma conducta, lo que equivale a tratar de individualizar a un ente partiendo del mismo ente; la identificación será imposible, sin lugar a dudas.

Como no es posible individualizar "algo" si no existe otro "algo" del cual separarlo, no existe la individualidad sin un ámbito del cual individualizar.

No podemos describir la conducta por la conducta misma, es decir, delinear el contenido del elemento partiendo del mismo elemento. Por ejemplo, saber si los golpes reiterados sobre alguien son o no integrantes de una "unidad de conducta", desde que dicha precisión no depende sólo de la finalidad sino, además, de la forma en que la misma se delimite, y esta indicación no es función de la conducta sino de la tipicidad; en este sentido, creemos que no podrá concebirse ninguna teoría concursal que no lleve ínsita esta apreciación de interrelación entre la conducta o hecho con el tipo y la tipicidad, como lo hemos expresado a partir del presente trabajo, recurriendo a un exhaustivo

¹⁰⁹ A. Köhler, *Die Grezlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, págs. 23 a 28; Munich, 1900; C. Hiller, *Über den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Konkurrenz der delicta*, en *Gerichtssaal*, 32, pág. 202 a 206, 1880; Antón Oneca, *Derecho Penal español. Parte General*, pág. 455, Madrid, 1949; Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. II, págs. 314 y 315, Barcelona, 1972; Bustos Ramírez, *Concurso ideal de delitos*, págs. 37 y 89; Santiago de Chile, 1962, también en el *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, pág. 344, Barcelona, 1984.

análisis de la relación existente entre los ámbitos pretípico y típico, en cada caso en particular.

La manifestación de dicha tarea conlleva:

a) la consideración de la finalidad como elemento estructural y esencial de la conducta o hecho, y

b) el análisis exhaustivo de cada una de las figuras llamadas a concurrir en el caso concreto, no sólo mediante el instituto del concurso aparente (estudio sistematizado de las relaciones entre las figuras a fin de dilucidar su correcta aplicación) sino también por medio del estudio individual de cada uno de los tipos para verificar la extensión de sus ámbitos continentales respectivos.

2. Unidad y pluralidad de delitos.

Para comenzar nuestra labor es necesario delinear y delimitar el objeto de estudio al que nos abocaremos.

En nuestro caso, al referirnos a la pluralidad delictiva, que es el objeto específico de investigación al cual nos dirigimos, debemos formularnos previamente dos preguntas, sobre las que sostendremos toda la teoría concursal a exponer.

Dichas preguntas esenciales son: ¿cuándo existe más de un delito? y ¿cuándo existe unidad de hecho?

Dados estos interrogantes principales, nuestro trabajo se dirigirá a intentar dar respuesta a estas dos preguntas que aún hoy siembran el desconcierto y la preocupación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, no sólo a nivel nacional sino también en el derecho comparado.

Afirmaba Sebastián Soler, en la introducción al tema de la unidad y pluralidad delictiva, que "...en una palabra, debemos aprender a aislar e individualizar cada delito, no ya como figura, sino como hecho humano, de manera que podamos contar los delitos..."¹¹⁰.

Las preguntas a las que hemos hecho referencia se interrelacionan de manera importante desde que cuando no existe más que un hecho no puede existir más que un delito único, fijándose, entonces, una premisa básica que enuncia-

¹¹⁰ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 287, & 59, apart. I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

mos diciendo que ante la unidad de hecho no puede haber más de un delito.

Pero debemos tener en cuenta que lo expresado no significa que ante una pluralidad de hechos siempre exista más de un delito (casos de unidad de ley y de concurso ideal a la inversa), desde que el hecho no puede determinar aisladamente pluralidad delictiva, pues nuestro Código Penal exige, además de la pluralidad de hechos, la pluralidad de encuadramientos, para la materialización de los supuestos de pluralidad delictiva denominados en doctrina concurso real o concurso material de leyes (art. 55 del Cód. Penal).

Claro que la conclusión a la que arribamos en mérito a la función determinante de pluralidad correspondiente al ámbito típico y a su relación con la propia finalidad, en los tipos dolosos, tendrá como consecuencia la pluralidad de delitos ante la constatación de la pluralidad de encuadramientos típicos. Nuestra concepción dogmática del concurso ideal nos permite concluir la existencia de varios delitos, no obstante existir una sola acción en el sentido fáctico pero no en el óntico y real.

El art. 54 del Cód. Penal dice: "Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal...". Debe entenderse esta exposición en su conjunto, por cuanto cada una de las sanciones debe tener como antecedente la materialización de los delitos correspondientes. Con lo cual, el supuesto del art. 54 del Cód. Penal será un caso de pluralidad delictiva.

PARTE TERCERA
EL CONCURSO REAL

CAPÍTULO XI

MÉTODO DE ANÁLISIS Y DETERMINACIÓN DE LA PLURALIDAD DE HECHOS

1. Relaciones concursales.

a) Elementos constitutivos.

Estableceremos dos relaciones básicas entre elementos, que será necesario precisar a nivel conceptual para evitar confusiones; ellas son:

Conducta: ejercicio de una actividad final.

Fin: objetivo propuesto por el ejecutor de la conducta; contenido estructural de la misma.

Acción: mero movimiento causal, físico y mecánico.

Tipo: entendido como el instrumento legal lógicamente necesario de naturaleza predominantemente descriptiva, que otorga relevancia penal a las conductas que individualiza¹¹¹.

b) Concepto.

Afirmamos ya que el fin es la consecuencia motivadora de la conducta y, por lo tanto, diremos que siempre que exista un fin, éste corresponderá a una determinada conducta, ya que aquél se encuentra ínsito como componente básico de la misma (no hay conducta sin finalidad) dando origen con esta aseveración a lo que llamaremos 1ª relación a nivel pretípico.

Denominaremos 2ª relación a nivel típico a la existente entre la conducta y el tipo o, si se quiere, entre la conducta y su encuadramiento típico, pudiendo entonces aseverar que a cada uno de los encuadres corresponde una conducta, con-

¹¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, págs. 166 y ss., Ediar, Buenos Aires, 1983.

formándose mediante la misma un supuesto de concurso material si se pluraliza dicha relación.

Volviendo a la 1ª relación, podemos afirmar que siempre en primera instancia es el “fin” y no la “acción” el que nos determinará la pluralidad de conducta.

Pero decimos en principio porque a esta comprobación a nivel pretípico debemos llevarla luego a la 2ª relación a nivel típico, para tratar de determinar si esa pluralidad de conductas tiene su correlato a nivel típico, pues en algunos casos existe una conducta unitaria que encuadra en más de un tipo, como en los casos de delitos culposos concurrentes en el supuesto de una única violación a un deber de cuidado.

Pero siempre que existan varias conductas existirá más de un encuadramiento (art. 55 del Cód. Penal, supuesto de concurso real); la excepción serán los casos de concurso ideal a la inversa y los de unidad de ley.

En cuanto a la 1ª relación, podemos afirmar que a cada uno de los fines propuestos por el agente le corresponderá una conducta.

En Alemania, la doctrina establece diferencias en cuanto a la determinación de unidad y pluralidad de delitos culposos, según se trate de tipos culposos de resultado o de simple actividad.

El tema resulta, sin embargo, complejo, a causa de la problemática que aún plantea la distinción entre la unidad y la pluralidad de hecho, y la delimitación entre las hipótesis de unidad delictiva y los supuestos de concurso de delitos¹¹².

¹¹² R. E. John, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonzurrenz*, págs. 68 y ss., Berlín, 1860; afirmaba que “existirán tantos delitos culposos como acciones peligrosas acompañadas de un resultado perjudicial se produzcan”; Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pág. 138, 1986; Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, págs. 999 y 1000, Bosch Editorial, 1983; Maiwald, *Die Natürliche Handlungseinheit*, págs. 110 y ss.; T. Vogler, *Funktion und Grezen der Gesetzeseinheit*, en *Festschrift für P. Bockelmann*, Munich, 1979 y *StGB Leipziger Kommentar*, 10 Auflage, 5 Lieferung, Berlín, 1978.

c) Tipos concurrentes dolosos.

Ahora bien, a nivel típico, cuando los tipos concurrentes son dolosos, siempre existirá proporcionalidad entre las conductas y los tipos; esto significa que si las conductas son múltiples también lo serán los tipos correspondientes, configurándose así una simetría entre la 1ª y la 2ª relación, salvo, claro está, que medie un supuesto de atipicidad, con lo cual la conducta atípica correspondiente no tendrá relevancia alguna en el caso dado.

Se materializa así, en estos supuestos, una correspondencia proporcional entre la pluralidad de encuadre y la pluralidad de las conductas correspondientes. Este fenómeno se debe a que la finalidad es el factor relevante como individualizador de conductas, con lo cual si las finalidades se multiplican las conductas no podrán ser únicas.

Observamos que esa finalidad, en el caso de los delitos dolosos, siempre guardará correspondencia con los tipos llamados a concurrir por el hecho de que siempre que el agente se proponga un fin, por ejemplo matar, seleccionando los medios para ello, para luego poner en marcha la causalidad con la finalidad de obtener un determinado resultado, esta conducta será individualizada por el tipo de manera proporcional a la finalidad.

La proporcionalidad, en la 2ª relación, se materializa por el hecho de que en las conductas que encuadran en los tipos dolosos el fin siempre corresponde a un resultado querido que luego será individualizado por el tipo; es por eso que siempre que exista más de una conducta, si los tipos llamados a concurrir son dolosos, éstos serán proporcionales a aquéllos, claro que esto no significa contar los resultados, sino encuadrar las correspondientes finalidades en los tipos llamados a concurrir.

No se pluralizarán las conductas por los resultados sino por las finalidades.

d) Tipos concurrentes culposos.

Como en los delitos culposos, la finalidad no se dirige al resultado típico sino que éste deviene como resultante de una violación a un deber de cuidado; la correspondencia de proporcionalidad entre la conducta y el tipo puede no existir en algunos casos.

Recordando la conformación de la conducta, en los casos de delitos culposos se produce una relación disyuntiva entre

fin y resultado. Si mediante una sola violación a un deber de cuidado se producen varios encuadramientos, la proporcionalidad entre conducta y tipicidad no existirá en estos casos; pero sí podría darse si se violaran varios deberes de cuidado a los cuales corresponden varios tipos.

Los supuestos a considerar pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) tipo culposo que se efectiviza por medio de una única violación a un deber de cuidado y causa un único resultado típico: hipótesis de delito único.

2) tipo culposo que se efectiviza por medio de una múltiple violación al deber de cuidado y produce un único resultado típico: hipótesis de delito único.

3) tipo culposo que se efectiviza mediante una única violación a un deber de cuidado y causa varios resultados típicos: hipótesis que puede determinar la existencia de concurso ideal (art. 54 del Cód. Penal) o delito único por efecto del tipo.

4) tipo culposo que se efectiviza por medio de varias violaciones a deberes de cuidado, que producen en consecuencia varios resultados típicos: hipótesis de concurso real (art. 55 del Cód. Penal).

e) Aplicación de las relaciones en el caso concreto.

Tomando como base ambas relaciones y los esquemas realizados, partimos hacia la determinación de la existencia de pluralidad delictiva:

1) aplicamos la 1ª relación y averiguamos si las finalidades son múltiples.

2) aplicamos la 2ª relación y, si los delitos son dolosos, los tipos llamados a concurrir serán proporcionales a las conductas (supuesto de concurso real). Si los delitos son culposos, existiendo una única violación a un deber de cuidado y pluralidad de tipos nos encontraremos ante una posible hipótesis de concurso ideal.

Por lo tanto, siempre que el sujeto activo lleva a cabo una conducta tiene un fin que se dirige a un resultado, el que será individualizado por un tipo; en el ámbito de las figuras dolosas, lo harán con la voluntad de concretar esa finalidad y con el conocimiento actual y correcto de los elementos objetivos del

tipo, actuando por lo tanto con dolo; este conocimiento y esta voluntad se dirigen a la concreción de un tipo que será único si la finalidad del agente es única.

Parte de la doctrina sostiene que en los delitos culposos la pluralidad estará determinada por la multiplicidad de resultados típicos, supuesto éste en el que nos encontramos ante más de un delito.

Nos hallaremos ante un solo delito culposo cuando exista un solo resultado típico, con indiferencia de que éste esté originado por una o varias infracciones al deber objetivo de cuidado, o de que se haya llegado a él por obra de un comportamiento culposo que se extiende a lo largo de un amplio marco temporal¹¹³.

La preponderancia del resultado típico cobra relevancia en el ejemplo de múltiples violaciones al mismo o a distinto deber de cuidado en el supuesto de la conducción en el tránsito vehicular.

Así, la pluralidad de conductas que lesionan varios deberes de cuidado no plurificará el delito culposo cometido, que será único. En el ejemplo de Morán, quien se adelanta en contramano y a exceso de velocidad, arrollando a un peatón y produciéndole la muerte.

2. Coexistencia de figuras dolosas y culposas.

Concurrencia doble. Dolo y culpa.

Es necesario incursionar en el estudio de la presente modalidad típica, dadas las especiales características que algunas de las concurrencias de figuras culposas presentan.

Citaremos un ejemplo para aclarar conceptos.

“A” quiere dañar la ropa de “Z”, utilizando para ello sus manos; es así como en su accionar rompe parte de ella y lesiona de manera leve a la víctima.

Pregunta: ¿existe una conducta encuadrada en más de un tipo; o dos conductas, cada una de ellas tipificada de manera individual?

¹¹³ Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pág. 139, 1986.

Si bien en el ejemplo no es difícil concebir *prima facie* una finalidad única, si invertimos el método de análisis y nos preguntamos si era posible en el caso dado configurar la materialización de un tipo (al cual aparentemente apunta la finalidad), en este supuesto, el de daño, evitando la concreción del otro —lesión—, no hay duda de que la finalidad será única, siempre y cuando no exista una posible conformación de una finalidad que se dirija a la violación de un deber de cuidado, ya que dicha finalidad puede verse desdibujada en su individualidad cuando concurre con otra finalidad que apunte a la concreción de un delito doloso.

Si en verdad el autor no hubiese querido lesionar sino sólo romper la ropa de la víctima, ¿hubiera podido?; sin duda, sí, si hubiese utilizado otro método, variando de esta manera las circunstancias de modo, tiempo y lugar, o bien si hubiera evitado en su totalidad la efectivización del evento.

Si sólo quiso dañar, debió haber previsto como posible la configuración de la lesión a otro bien jurídico —en este caso, la vida—, de la misma manera en que se lo endilgáramos hipotéticamente para con un delito único.

De manera tal que, si ambos delitos son dolosos, la existencia de doble conducta es clara, existen dos finalidades, una de dañar y otra de lesionar (1ª relación), conductas que son individualizadas por dos tipos penales, los arts. 89 y 183 del Cód. Penal (2ª relación), figuras éstas que además se excluyen entre sí por ser neutrales.

Entonces, aplicando la 1ª relación y siendo las conductas correspondientes a tipos dolosos, se observa la existencia de la unidad de acción, pues el contexto fáctico se exterioriza objetivamente mediante un todo, una unidad, un movimiento, una acción, fenómeno éste que gravitaba de manera notoria en las teorías sostenedoras del concurso ideal con base en la unidad de acción o de hecho, como elemento esencial determinante de la unidad de conducta (supuesta unidad), acontecer que sólo puede concebirse de manera ideal.

En este supuesto, no es así, pues puede existir unidad de acción y, no obstante, pluralidad de hechos o conductas.

Luego, aplicando la 2ª relación, analizamos la conexión entre ambas figuras; en este caso, neutralidad. Si, además, no existe ninguna causa que excluya¹ la tipicidad, estaríamos

ante un supuesto de concurso material o real, resultado lógico, dado que en las figuras dolosas concurrentes cada dolo único tendría como antecedente una conducta o un hecho.

Supongamos que la hipótesis determinara que hubo voluntad y conocimiento de lesiones pero no de daño, y que este daño sobreviene a causa de la actitud imprudente llevada a cabo por el autor en la consecución del otro delito, aplicando la 1ª relación existirían dos conductas, cada una con su correspondiente finalidad:

1) fin propuesto de lesionar, y

2) finalidad de llevar a cabo este delito, violando mediante esta decisión un determinado deber de cuidado (el 2º paso en la estructura biocibernética de la conducta para los delitos culposos), produciéndose un daño a causa de ello.

Debemos deslindar la finalidad de lesionar del fin de violar el deber de cuidado, que sería, en el caso, llevar a cabo la lesión sin dañar el bien jurídico propiedad de la víctima de ésta, con lo cual las finalidades son dos, existiendo en consecuencia dos conductas o, si se quiere, dos hechos (1ª relación, pero aplicando luego al esquema plural obtenido la 2ª relación). Observamos que, a este nivel, típico, la conducta de daño culposo no tiene cabida dentro del Código Penal por ser atípica.

Por lo tanto, concluimos que existe una sola conducta típica: la que corresponde a la lesión leve (art. 84 del Cód. Penal).

Si la hipótesis fuera a la inversa, la conclusión sería: daño doloso con lesión culposa en concurso real.

El encuadre jurídico plural, con múltiples conductas en concordancia numérica, dependerá, entonces, como se ha analizado, de la modalidad dolosa o culposa de los tipos concurrentes.

Tanto es así que afirmamos que en las conductas dolosas concurrentes existirán tantos encuadramientos como conductas hubiera, pues en estos casos la finalidad se manifestará en la etapa típica mediante el conocimiento concreto y la voluntad de que lo que se está llevando a cabo es prohibido por la norma, y a este conocimiento e intención no puede corresponderle una diversidad de encuadramientos si existe una unidad de conducta, pues ésta, como antecedente pretípico de un tipo doloso, es requerida por cada uno de los tipos llamados a concurrir. A cada uno de ellos le corresponderá una conducta con su finalidad como antecedente.

Analícemos otro ejemplo: un sujeto, sabiendo que padece una grave enfermedad de transmisión sexual, obliga a una mujer no infectada a mantener con él acceso carnal, contagiándola mediante dicha relación.

En este caso, los dos posibles encuadres corresponden a tipos dolosos, violación del art. 119, inc. 3º, y lesiones gravísimas del art. 91.

Se pretenderá demostrar por parte de la doctrina que en este caso existen dos encuadramientos y un único hecho, supuesto éste de concurso ideal, puesto que el tipo penal de violación tipifica la misma conducta que encuadra, a la vez, en el delito de lesiones graves.

Pero la unidad fáctica, acción, no es, como afirmáramos, factor determinante de la unidad de conducta, ya que ésta incluye, además, como sabemos, el fin establecido por el sujeto, que es el verdadero elemento capaz de reflejar la existencia de pluralidad de hechos.

Es entonces la voluntad encaminada hacia un objetivo, finalidad, la que determinará la existencia de multiplicidad de conductas (1ª relación) y, además, en este caso, siendo los dos tipos dolosos, existirá concordancia numérica a nivel típico (2ª relación).

El sujeto lesiona queriendo y conociendo la posibilidad de contagio; además, consume la figura del art. 119, inc. 3º, con todos sus elementos; se configuran así dos conductas autónomas, como consecuencia de que existen dos finalidades diferentes en el caso: mantener acceso carnal obligando a la mujer y, además, lesionarla gravemente con este proceder.

Si variáramos la hipótesis y quitáramos la finalidad a las lesiones, el encuadre pasaría al tipo culposo del art. 94, pero subsistirían la duplicidad de conductas y sus correspondientes tipificaciones, es decir que nuevamente nos hallaríamos ante un supuesto de concurso real (art. 55 del Cód. Penal).

Vemos que, en el caso dado, el hecho de que el sujeto activo no haya puesto debida atención por imprudencia o impericia no cambia la configuración del concurso real, pues mediante este accionar se conforma una conducta independiente integrada por una finalidad que tiene por objeto la violación de un deber de cuidado. Esta conducta concurrirá materialmente con la conducta correspondiente a la violación, la que también será autónoma.

Si el sujeto activo hubiera tomado todos los recaudos necesarios y exigibles de acuerdo a su persona, y aun así ignorase su enfermedad, sólo subsistirá la violación pero no existirá lesión a deber de cuidado alguno.

3. Relación existente entre la conducta, la finalidad y la acción.

a) Concordancia entre la finalidad y el hecho o conducta.

Es evidente que siempre existirá concordancia equivalente entre la conducta y la finalidad, pues no es concebible la existencia de aquélla sin reconocer como fundamento de su estructura a la voluntad entendida como ejercicio de una actividad final. Es decir que habrá tantas conductas como finalidades.

b) Discordancia entre la acción y el hecho o conducta.

No existirá en todos los casos concordancia entre la acción y la conducta o hecho; por ejemplo, el funcionario público que ordene de manera ilegal y mediante un solo acto —la firma del instrumento correspondiente— la detención de varias personas.

Esto es así siempre que la finalidad del actor se dirija a la detención de "A", "B" y "C", es decir, individualizándolos, y no si la medida se ordena de manera generalizada, por ejemplo, si ordena la detención de aquel que se encuentre en determinado sitio, salvo, claro está, que el agente no haya constatado la existencia de más de una persona en el lugar, con lo cual llevar adelante la acción puede representar una finalidad plural, por lo menos con dolo eventual.

Pero volviendo al caso de la detención ilegal de varias personas efectuada mediante una orden ilegal e individualizándolas, observamos que cuando analizamos la hipótesis a nivel pretípico nos encontramos con una unidad fáctica evidente, un solo acto (en este caso, la firma del instrumento), pero, sin embargo, los hechos serán múltiples ya que éstos guardan

concordancia armónica con la finalidad del agente y no con el acontecer fáctico (1ª relación).

Nos encontramos así ante otra hipótesis de concurso real en la cual la acción no guarda relación proporcional con la conducta que la integra.

Sintetizando, la resolución del caso sería la pluralidad de conductas, por cada detenido, llevada a cabo mediante una única actividad fáctica, la acción (1ª relación).

A nivel típico, estaríamos ante un triple encuadre correspondiente a la figura tipificada por el art. 144 bis, inc. 1º, modalidad agravada del art. 141 al cual absorbe, por mediar un supuesto de concurso aparente manifestado por una relación de especialidad; similar solución se da con la figura estatuida por el art. 248, en cuanto queda interferida por la aplicación del tipo de privación de la libertad agravada, pero mediando en ese caso subsidiariedad tácita.

En sus notas al tratado de Reinhart Maurach, Córdoba Roda afirmaba que para la materialización de una unidad de hecho era preciso que la voluntad se dirigiera a un único resultado. Idéntica posición sostenía con relación al delito de detenciones ilegales, “puesto que la finalidad, como voluntad dirigida a una meta, pertenece al concepto de acción, la dirección de voluntad a varios eventos originará, pese a ser una sola manifestación volitiva, pluralidad de acciones o hechos”, entendiéndolo al hecho como sinónimo de acción, a diferencia de la terminología utilizada por nosotros ¹¹⁴.

¹¹⁴ Córdoba Roda, notas al *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, de Reinhart Maurach, traducción española, t. II, pág. 422, Barcelona, 1962, y *Delito de detenciones ilegales*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, págs. 28 y ss., 1965. Esta postura es seguida también por Rodríguez Mourullo en la monografía *La omisión del deber de socorro en el Código Penal*, págs. 315 y ss., Madrid, 1966; en contra, Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, págs. 145 a 149, quien afirma, y ello es correcto, que Córdoba Roda abandona su posición en *Comentarios al Código Penal*, t. II, págs. 134 y 135, Barcelona, 1972; si bien tanto la postura de Córdoba Roda como la de Mir Puig llegan a supuestos como el presente en relación a detenciones ilegales, entendemos que la vía de acceso a dicha conclusión no es la correcta, puesto que no se individualiza a la voluntad sólo por la directa búsqueda del resultado —método del conteo de resultados—, sino que debe atenderse a la totalidad del análisis del ámbito típico.

CAPÍTULO XII

FIGURAS DOLOSAS

1. Modalidad concursal. Comportamiento.

En la concurrencia de figuras dolosas, o de figuras dolosas y culposas, las finalidades guardan proporcionalidad con las conductas, dado que siempre que se actúa en forma dolosa se quiere voluntariamente la efectivización del tipo o, por lo menos, se representa como posible su realización, no importando su producción efectiva.

Esta modalidad hará que, en un primer análisis, los encuadres guarden correspondencia numérica y proporcional con la conducta antecedente (2ª relación) y que, a su vez, esta conducta guarde relación con su correspondiente finalidad.

Cuando la concurrencia es de figuras culposas entre sí, la 1ª relación no se altera, pero sí, en algunos casos, la segunda, desde que no siempre existe concordancia entre la conducta y el encuadre típico.

La relevancia que posee el resultado en las figuras culposas como evento determinante de la tipicidad (se puede violar un deber de cuidado y no existirá delito si no sobreviene el resultado), si bien es individualizar el tipo culposo, al no ser querido por el autor, su pluralidad no determinará la pluralidad de la primera conducta antecedente si la violación del deber de cuidado fue única.

Inclusive, en algunos supuestos, estos encuadres y resultados no estaban ni siquiera representados como posibles en la conciencia del sujeto activo; tal es el caso de la culpa sin representación o culpa inconsciente.

Analizaremos estos casos en la parte correspondiente a la concurrencia de delitos culposos entre sí.

2. Fundamento de proporcionalidad.

Luego de lo dicho, podemos preguntarnos por qué existe una concurrencia numérica entre la conducta y su respectivo encuadre cuando median como tipos concurrentes figuras dolosas.

Este fenómeno se debe a que en estos supuestos cada conducta con su correspondiente finalidad apuntará a la concreción de un determinado tipo; el fin del sujeto activo se dirige voluntariamente y cognoscitivamente a la realización del tipo objetivo, guardando, a causa de la modalidad propia de la figura, una relación equivalente. Por ejemplo, "A" roba y, además, accede carnalmente, utilizando violencia, a "B":

1) observamos dos conductas claramente escindibles, merizmando al programa conductor de la conducta hacia la meta exigida por los tipos llamados a concurrir;

2) analizamos las conductas, observando que cada una de ellas se dirige a la concreción de cada uno de los dos tipos en forma individual;

3) dichas conductas se componen de la finalidad de sustraer ilegítimamente, con violencia en las personas o fuerza en las cosas, algún bien mueble ajeno y, además de la finalidad de mantener acceso carnal sin el consentimiento del sujeto pasivo, empleando fuerza física;

4) las figuras en cuestión, correspondientes a los arts. 164 y 119, inc. 3°, del Cód. Penal, se excluyen por ser alternativas.

Concluiremos, entonces, por admitir en el caso la existencia de dos finalidades, deslindándolas desde el ámbito pretípico; de esta manera, el sujeto comete dos hechos.

Como los delitos llamados a concurrir son dolosos, los encuadres serán concordantes con las conductas, surgiendo claramente un supuesto de concurso real (art. 55 del Cód. Penal).

Siempre existirá esta equivalencia en los casos dados, pues si por alguna causa de exclusión de la tipicidad dicha conducta no encuadrara dentro de la figura, automáticamente el hecho en cuestión carecería de relevancia jurídica quedando vacío de contenido, ya que la finalidad exteriorizada mediante la conducta no era penalmente relevante.

La finalidad como elemento esencial constitutivo y conformador de la conducta no deja de ser siempre “un encuadre típico potencial”; cayendo el encuadre, la finalidad será jurídicamente indiferente para el derecho penal.

Ello no significa que deje de existir; simplemente sucede que al derecho penal le es ajena toda conducta que se encuentre fuera del ámbito continente de las figuras descriptivas enumeradas por el Cód. Penal y las leyes complementarias, en virtud de lo prescripto por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

El esquema de concordancia enunciado para los supuestos de tipos dolosos concurrentes sería, entonces, equivalente.

Concluyendo, en los casos en que concurren conductas cuya finalidad tenga por objeto la concreción de figuras dolosas, o culposas y dolosas, y que además se excluyan entre sí, es decir que no sean alcanzadas por alguna de las relaciones intratípicas de especialidad, subsidiariedad o consunción, y siempre que no medien causas de atipicidad, habrá correspondencia proporcional entre los encuadres y las conductas correspondientes a cada una de ellas, configurándose en tales casos un supuesto de concurso real (art. 55 del Cód. Penal).

3. Pluralidad de hechos y unidad de acción en la concurrencia de delitos dolosos. Casos de unidad temporal y de unidad de movimiento mecánico.

Ya afirmamos que si bien la acción integraba en parte al hecho no iba a ser relevante como factor determinante de pluralidad.

También veremos ahora que la unidad temporal tampoco es determinante de una pluralidad de hechos; sin embargo, tendrá importancia a nivel típico como elemento del tipo objetivo y, por lo tanto, como elemento determinante de pluralidad de encuadres en algunos casos particulares.

Esta unidad temporal es siempre precedida o acompañada de una unidad de acción, y es aquí en donde es necesario ejemplificar y analizar a fin de no observar una unidad de hecho cuando lo que existe en realidad es una unidad de acción o una unidad temporal.

Ambos elementos objetivos —uno integrante del hecho, acción, y otro elemento del tipo objetivo, factor temporal— fueron utilizados en muchas ocasiones como factores determinantes para plantear una hipótesis de concurso ideal; por ejemplo, en las teorías de la unidad de acción y de la unidad de hecho.

Este resultado es producto de confundir la unidad fáctica, constituida por acción y tiempo, con la unidad de conducta o hecho.

Un ejemplo nos aclarará conceptos:

“A” arroja un explosivo con la finalidad de producir la muerte de “B”, “C” y “D”. Dicho artefacto explota, provocando la muerte de los tres individuos.

Analizando la conducta vemos que ella está integrada por:

- 1) la acción material de arrojar el explosivo y el trabajo físico que ello conlleva;
- 2) la finalidad como factor determinante de la pluralidad por ser la esencia de la conducta o hecho; en el caso, querer dar muerte a los sujetos “B”, “C” y “D”.

A pesar de la unidad de acción y de la unidad temporal, existen tres hechos determinados por el factor finalidad.

Siendo, en el caso, las figuras dolosas concurrentes entre sí, de no mediar causas de exclusión de la tipicidad, cada una de las conductas tendrá su correspondiente encuadramiento; por lo tanto, se tipifican claramente tres homicidios, determinados por la 2ª relación que se da entre las tres finalidades y sus correspondientes tipos (art. 79 del Cód. Penal, en este caso); la pluralidad de hechos y encuadres resulta clara, así como también la inoperancia de la acción y la unidad temporal como determinantes de la pluralidad de hecho.

Si no tomamos en cuenta la finalidad del sujeto, no podemos determinar la pluralidad de hecho o de conducta en ningún caso.

4. Síntesis.

En la concurrencia de figuras dolosas o culposas, cuya violación al deber de cuidado correspondiente es concordante con el tipo, no es posible la materialización de un concurso

ideal, ya que siendo múltiples los tipos llamados a concurrir, la finalidad que apunta a su concreción no puede ser única, sino que será concordante con los respectivos encuadramientos.

5. ¿Puede la unidad de movimiento determinar por sí misma la unidad de hecho?

Así, no resulta acertado afirmar que la sola identificación de la unidad de acto o unidad de movimiento sea determinante de la unidad de acción.

La unidad de movimiento es insuficiente a fin de determinar la posibilidad de existencia de pluralidad de hechos.

En este sentido, resulta interesante la afirmación de Ángel José Sanz Morán, cuando dice, haciendo referencia a la unidad de hecho, que “habrá indudablemente una acción siempre que un acto de voluntad se transforma en un movimiento corporal: el disparo, el yacimiento. Será un problema fundamentalmente valorativo la concreción de ese *minimum* de acción unitaria, para cuya determinación son insuficientes, por unilaterales, tanto las construcciones psicológicas como las exclusivamente naturalistas”.

Si bien esta afirmación tiene elementos acertados, puesto que trae a la problemática de determinación de la unidad de hecho la atención a la voluntad, entendida —suponemos— como finalidad, por otro lado deja sin definir claramente cuándo nos encontramos ante un acto de voluntad y por sobre todo, al hacer directamente referencia a la unidad de movimiento corporal, nos introduce en el difícil problema de resolver cuándo estamos frente a un solo movimiento y cuándo estamos ante varios movimientos.

De esta manera, nuevamente elaboramos un criterio netamente mecanicista a fin de obtener la unidad de hecho, muy similar al que aplicaba la denominada teoría de la unidad de acción.

No será nada extraño, entonces, que por esta vía se desemboque en la vaga apreciación valorativa de análisis del movimiento corporal, a fin de determinar si nos encontramos ante un hecho o ante varios.

Afirmar que el disparo o el yacimiento constituyen un solo movimiento corporal, o varios, es imposible, puesto que toda

apreciación se efectuará tomando en cuenta una personal división de los acontecimientos sucedidos.

Así, el planteo debe comenzarse por otro lado, puesto que de existir una exteriorización de la voluntad, que puede o no constituir un movimiento, no debemos preguntarnos sobre la pluralidad o unidad de este movimiento, sino preguntarnos si existe o no más de una voluntad.

De esta manera, la cuestión recae sobre la determinación de la voluntad final del agente y no sobre la cantidad de movimientos que éste efectúa.

Y será esa voluntad la que determine pluralidad de hecho.

Para ello se debe recurrir sin excepción al ámbito típico; sólo allí encontraremos la llave, por medio del ámbito continente, del tipo llamado a concurrir, a fin de determinar si hay o no unidad de voluntad final, que significa afirmar unidad o pluralidad de hecho.

Decía con gran claridad Beling que “las acciones individuales fluyen como un río, unas tras otras, y de la misma forma que no se pueden contar las singulares gotas de un río, tampoco se pueden contar las acciones singulares de la vida humana”.

No por nada afirma Sanz Morán: “El dato fundamental para determinar la existencia de un concurso ideal entre dos tipos penales es coincidencia, al menos parcial, de los presupuestos fácticos que están en la base de los mismos, del proceso ejecutivo en ellos previsto o supuesto”.

De esta afirmación, que sí compartimos, extraemos una conclusión distinta de la que pretende fundar la unidad de hecho en el caso de concurrencia de figuras dolosas, puesto que precisamente éstas, por sus características, nos hacen concluir que el presupuesto fáctico se agota con cada lesión al bien jurídico tutelado y por medio de la voluntad exteriorizada en la finalidad, en este caso, de cada disparo o de cada yacimiento.

Resultan interesantes las posturas enfrentadas en cuanto a un ejemplo dado por Mir Puig, quien sostiene, como nosotros, que quien mata a varias personas mediante la detonación de una bomba comete concurso real.

Sostiene Mir Puig que el que mata a un agente de la autoridad en un acto de resistencia comete un solo hecho, porque en este caso tanto la conducta como el resultado empírico son únicos.

Sanz Morán entiende que esta opinión resulta incorrecta, puesto que no habría diferencia entre este caso y el del que provoca varias muertes con el explosivo.

La crítica de Sanz Morán se basa en que considera que si todo hecho exigiera un solo resultado jurídico sería imposible la configuración de un concurso ideal de delitos, puesto que toda pluralidad de éstos deberá necesariamente provenir de varios hechos.

Adherimos sin lugar a dudas a la postura de Mir Puig en cuanto al supuesto del explosivo que provoca varias muertes, puesto que, como ya lo explicáramos, la concurrencia de figuras dolosas nos conduce a la multiplicidad de finalidades, sin que nada tengan que ver los resultados producidos; de manera tal que llegamos a la conclusión de hipótesis de concurso real pero no por medio del conteo de resultados sino por nuestro claro análisis de la conducta del autor, su finalidad y la recepción que de ésta hace el tipo penal llamado a concurrir.

Con respecto al caso del individuo que da muerte al funcionario que procede a llevar a cabo una legítima detención, su conducta podría encuadrar en nuestro art. 80, inc. 7°, del Cód. Penal, desde que consideramos que el homicidio se materializó a fin de facilitar o consumar la resistencia a la detención.

CAPÍTULO XIII

INSUFICIENCIA DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS EFECTOS CONCOMITANTES POSIBLES, COMO PARTE DEL RESULTADO TOTAL Y COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA MULTIPLICIDAD DE FINALIDADES

1. Relación medio-fin como consecuencia de la consideración de los elementos concomitantes. Robo y lesiones. Solución de nuestro Código Penal.

Cuando hacíamos referencia más arriba a la anticipación biocibernética como esquema constitutivo de la conducta, afirmábamos que tal sistema se componía de tres pasos: propósito del objetivo-fin, selección de medios y puesta en marcha de la causalidad.

En este sentido, es importante considerar relevante para nuestro estudio, luego de la selección de medios, un factor al cual Welzel denominó "*consideración de los efectos concomitantes*". Dicha inteligencia se integra por medio de los efectos que van unidos al acontecer causal y que son considerados junto a la consecución del fin.

Afirma, además, el citado autor que la "voluntad final de realización abarca también la realización de los efectos concomitantes", y que "por el contrario se excluyen de la relación final todos aquellos estimados como posibles, respecto de los cuales el autor confía que no se producirán". O sea que se incluyen en la relación final aquellos efectos concomitantes que se encuentran presentes en el complejo total a realizar¹¹⁵.

¹¹⁵ Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, págs. 55 y 56, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

No creemos que el contexto final de la acción abarque la relación medio-fin como un factor determinante que haga a la unidad de la misma, subsumiendo dentro del fin mismo todos los medios constituidos por los efectos concomitantes.

Muy por el contrario, si cada uno de esos medios excede el mínimo necesario para llevar a cabo la concreción de la figura, la finalidad variará, tendiendo a la pluralidad.

Si sé que para apoderarme ilegítimamente de una cosa mueble ajena, dadas determinadas circunstancias, es necesario lesionar a alguien para configurar la conducta, la finalidad no podrá ser única, por el hecho de que el autor haya considerado a la referida lesión como efecto concomitante que va unido necesariamente a la consecución del fin, por más que sea causalmente necesario en el caso dado, puesto que el autor debe sí o sí lesionar de manera grave para robar.

Cabe destacar que en nuestro medio la existencia de la figura compleja del art. 166, inc. 1º, resuelve la hipótesis de mención en los supuestos de lesiones graves y gravísimas, aplicando para el caso una pena de cinco a quince años de reclusión o prisión.

Sin embargo, no debe entenderse la ausencia del supuesto del art. 89 mediante la interpretación de que el mismo siempre se encontrará absorbido por el robo, puesto que la entidad de la lesión producida debe ser proporcional a la necesidad exigida para obtener la consumación del robo.

Es decir que dicha proporcionalidad no se completa con la sola necesidad causal, sino que será menester evaluar en el caso concreto, si la afectación al bien jurídico "vida" puede ser incluida dentro de la protección que lleva implícita la figura del art. 164 del Cód. Penal.

Si ello no acontece, puesto que ante la resistencia de la víctima el autor aplica puñetazos a fin de doblegarla, aunque el resultado de estos últimos no escape a la figura estatuida por el art. 89, la lesión leve no quedará absorbida por el robo simple, sino que concurrirá de manera material (art. 55 del Cód. Penal).

2. El encuadre típico potencial.

Los límites de absorción de cada figura deben meritarse de manera proporcional, teniendo presente en su caso la

afectación y entidad de los bienes jurídicos tutelados directa o indirectamente.

Si se incluyera dentro de un mismo objetivo final a la voluntad de realización de los dos efectos, uno como efectivamente querido y el otro como concomitante, la teoría concursal que busca la unidad de hecho por medio de la relación medio-fin sería la exacta y adecuada.

Ya hemos observado que dicha teoría denota graves deficiencias estructurales, por lo que la misma ha sido ya abandonada y es, además, inaplicable.

Se le podría criticar a esta postura el hecho de que cada uno de los efectos concomitantes tenidos en cuenta por el autor al momento del hecho constituyen de por sí diferentes finalidades, multiplicándolas hasta el infinito.

A lo cual respondemos que sólo aquellos efectos concomitantes esperados con seguridad, y también los calculados como probables, pueden constituir un fin individual, si tienen la capacidad de configurar lo que denominaremos un *encuadre típico potencial*. Definimos a este encuadre como aquel efecto concomitante que se destaca por sobre los demás, porque anticipa a quien lo concreta un posible encuadre típico, factor éste que gravitará sobre la determinación de la pluralidad de dicho evento.

En el ejemplo dado, el autor prevé que mediante la concreción de la lesión grave, aunque necesaria, va más allá del fin propuesto, esto es, el robo, porque aquel delito (lesión) excede la capacidad de absorción de éste (robo), de manera tal que la lesión significará además un "encuadre típico potencial", con lo cual dicho efecto se individualiza de una manera especial por sobre los demás, siendo exigible para llevar adelante su concreción que el autor se plantee un nuevo fin, el de concretar un nuevo evento que sabe dañoso.

La relación de medio-fin se transforma así en una relación de fin o de fin-fin; todo depende de la capacidad que el efecto concomitante posea para pasar a ser considerado "encuadre típico potencial" o, si se quiere, para que pueda ser considerado constitutivo de una nueva finalidad.

3. Determinación de un efecto concomitante como encuadre típico potencial.

El factor principal a tener en cuenta para poder calificar a un determinado efecto concomitante como relevante a nivel típico se basará, sin lugar a dudas, en el análisis circunstanciado de los tipos llamados a concurrir.

En el caso del robo y de la privación de la libertad por un tiempo mayor del necesario para la efectivización de aquél, se deberá analizar si en verdad el tiempo que el mismo conlleva va más allá del requerido por la otra figura, de manera tal que la relación consuntiva deje paso a la neutral, configurándose así dos encuadres que serán producto de dos conductas, conforme a lo que anteriormente afirmamos con respecto a la 1ª y a la 2ª relación.

Si nos detenemos a observar el método utilizado, advertimos que recurrimos a una etapa típica para determinar si existe o no pluralidad en una pretípica; dicho esquema no rompe en absoluto el orden analítico C - T - A - C, utilizado en la teoría del delito a nivel general, ya que aquí el supuesto es distinto, pues nos estamos ocupando de la determinación de la posible pluralidad de delitos y no de la constitución estructural del delito en sí.

Por lo tanto, aplicaremos un método apropiado para saber si hay o no delito, para elaborar además un análisis individualizador a fin de determinar si hay o no pluralidad de ellos, pero esto, claro está, presupone no contrariar el esquema general, pues decir que hay más de un delito es afirmar la existencia de nuevos delitos.

Por eso es que estudiamos la relación entre conducta y tipicidad, a fin de obtener mediante ella elementos de juicio suficientes para saber si estamos frente a una posible pluralidad de conductas.

Esto no significa que la tipicidad cree la finalidad o el hecho, sino que éste, a nivel pretípico, es a veces imposible de deslindar en caso de pluralidad, y por esa razón se debe acudir a la tipicidad.

Algo similar ocurre con los delitos de omisión, que no pueden ser individualizados pretípicamente y, sin embargo, a nadie se le ocurrirá sostener por ello que tal afirmación es inválida porque pretende que el tipo cree conducta.

Lo que sucede es que simplemente la individualiza en una etapa posterior; en el caso dado, para revelarnos la existencia de una "omisión" y, en nuestro tema, para que nos percatemos acerca de la existencia de varios hechos o conductas.

4. Unidad de factor final.

Su importancia a fin de fundar el denominado concurso ideal.

La unidad de factor final es indispensable para fundar las posibles hipótesis de concursos ideales, ya que unidad de finalidad implicará como correlato unidad de conducta, lo que significará, como vimos, unidad de hecho.

La unidad de finalidad no sólo pondrá en evidencia la "unidad de plan" o "unidad de decisión" sino que, además, ambos conceptos deberán ser meritados en orden a la prohibición para poder ser constitutivos de una hipótesis concursal.

5. La insuficiencia del dato óntico a fin de determinar la unidad de hecho.

El estudio acerca de la determinación de la unidad de conducta debe efectuarse no sólo atendiendo a ésta, aisladamente, sino que además hay que integrarla como unidad de sentido por parte de la prohibición; en esta orientación, afirma Zaffaroni, refiriéndose a la unidad de factor final, que: "El dato óntico se muestra insuficiente para indicarnos cuándo esos movimientos múltiples vinculados por una única decisión y un único plan, son objeto de un único y plural disvalor. Por consiguiente, se impone que esta tarea sea de incumbencia del plano valorativo"¹¹⁶.

Creemos que esa referencia valorativa, que escapa a lo óntico, debe extraerse mediante un verdadero análisis relacional entre la conducta y su disvalor; ello significa encontrar

¹¹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 532, Ediar, Buenos Aires, 1988.

la unidad a nivel pretípico sin dejar de relacionar dicho análisis con el nivel típico, desde que la voluntad final se dirigirá en definitiva a la materialización de una determinada figura (supuesto que, como veremos, no siempre acontecerá en la concurrencia de algunas figuras culposas bajo ciertas modalidades).

Debido a que, si bien el factor final es indispensable para determinar la unidad de conducta, al individualizarlo de una especial manera en los delitos culposos (como dirigido a la violación de un deber de cuidado), la relación entre ambos ámbitos variará en dichos casos y se manifestará cuando nos hallamos ante una única violación a un deber de cuidado y, no obstante ello, la misma encuadrará en más de una figura.

Con respecto a los tipos dolosos, el planteo se agiliza por representar delitos que se individualizan atendiendo directamente a su finalidad; sin embargo, Zaffaroni afirma que "no debe caerse en la confusión entre «factor final» y «dolo único», puesto que el "factor final» para la consideración de la conducta como unidad de sentido a los efectos de la prohibición no necesariamente implica dolo"¹¹⁷.

No creemos que tal confusión sea nociva, sino por el contrario necesaria, ya que si bien la consideración de la conducta como unidad de sentido a los efectos de la prohibición no siempre implica dolo (figuras culposas en concurrencia especial, como vimos), el dolo único será consecuencia de una unidad de resolución por cuanto individualizará al factor final, que se transformará en la finalidad encaminada a la materialización del tipo objetivo, conociendo sus elementos, y dirigiendo voluntariamente su conducta en este sentido.

Extraemos de lo dicho la afirmación de que estamos ante una sola conducta cuando el dolo es único, pero esto no siempre sucede cuando la culpa es única (entendida como finalidad dirigida a la violación de un deber de cuidado), desde que puede existir hipotéticamente una unidad de conducta que produce un encuadramiento múltiple (no se dirige hacia,

¹¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 531, Ediar, Buenos Aires, 1988.

como la finalidad encaminada a la consecución de las figuras dolosas).

6. Unidad de hecho en la concurrencia de delitos culposos.

Podríamos preguntarnos entonces por qué es posible la existencia de una unidad de conducta en algunos supuestos concursales entre figuras culposas.

Dicho fenómeno se debe a la posibilidad evidente de que el sujeto activo puede, mediante una única violación a un deber de cuidado, encuadrar su conducta en más de una figura.

Entonces, nos preguntamos por qué ello acontece con los tipos culposos y no con los dolosos. Simplemente porque en las figuras culposas la individualización de la conducta correspondiente por la finalidad no es relevante, desde que no podemos individualizar a la conducta por su finalidad sino que la vamos a individualizar mediante la forma en que se ha querido obtener esa finalidad, porque esta "forma" será siempre violatoria de un deber de cuidado.

Ello no significa que dicha conducta carezca de finalidad, sino que ésta, si bien existe, no nos servirá para individualizar a aquella.

El tipo culposo individualiza conductas porque en la forma de obtención de su finalidad se viola un deber de cuidado, pero no porque no tenga finalidad¹¹⁸.

No explicaremos los motivos por los cuales el legislador se ve compelido a tipificar dichas figuras de esta manera, pues este tema escapa a nuestro trabajo; pero sí nos damos cuenta de que si les asignamos a la finalidad y al tipo una especial relevancia como factores de pluralización, la diferencia estudiada tendrá repercusiones en nuestra elaboración teórica.

Si no individualizamos a la conducta por su finalidad sino por el modo de obtenerla, podemos afirmar que en algunos casos, mediante una única finalidad (forma o modo de obtención de la misma), como llegar temprano a determi-

¹¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, pág. 384, Buenos Aires, 1981.

nado lugar, se contrapone un deber de cuidado —máxima velocidad— y, a consecuencia de ello se arrolla a dos peatones, causándoles lesiones.

A nivel típico observamos 2ª relación: una asimetría entre la conducta constituida por la finalidad de llegar rápido a tal lugar y los tipos llamados a concurrir, que serán plurales.

Analizar las figuras penales en estos casos es de primordial importancia porque es en definitiva el tipo el que terminará por clasificar la existencia de un posible concurso ideal.

En nuestro caso simplifica la problemática la circunstancia de que la misma figura describe claramente en su aspecto objetivo su ámbito de contención; reza el art. 94 del Cód. Penal: "Se impondrá prisión de 1 mes a 2 años o multa de \$ 1.000 a \$ 15.000, e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud".

Si observamos con atención, nos percataremos de que el ámbito continente de la figura en cuestión se agota en el "otro".

La circunstancia fáctica de causar lesiones a "otros" escapa a los límites de la figura, dando lugar a una nueva figura, distinta de la primera. Sin embargo, la conducta seguirá incólume; ello significa que seguirá siendo única. Nos hallamos entonces ante un supuesto de concurso ideal.

CAPÍTULO XIV

CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE CONCURSO DE FIGURAS DOLOSAS Y CULPOSAS

1. Concepto.

En la concurrencia de figuras dolosas, como afirmáramos, la conducta se manifiesta de manera multívoca con respecto a los tipos si éstos son de múltiple concurrencia, pero no por el resultado sino por las finalidades que apuntan a la concreción de cada una de aquéllas, conociendo y encaminando voluntariamente dicha voluntad a la efectivización de cada uno de los tipos.

2. Supuestos.

En conclusión, y graficando conforme a lo que denominamos 1ª relación, los delitos dolosos pueden concurrir de manera real pero nunca ideal, porque la voluntad final a la que la conducta se encamina es múltiple si apunta a la individualización de varios tipos.

Puede darse mediante dos supuestos: 1) con acción única, o 2) con acción múltiple, acontecimiento éste no relevante desde que, como apuntamos, la acción nada nos dice acerca de la pluralidad de conducta, entendiendo la palabra "acción" con el significado asignado en el presente trabajo.

En los delitos culposos, la concurrencia real se graficará dependiendo de la existencia de la unidad de acción pero, como anticipáramos, será posible en estos casos la unidad de conducta y la multiplicidad de encuadres, como cuando con una única violación a un deber de cuidado se causan varias muertes siendo, claro, de nula trascendencia la cantidad de acciones que en los casos se hayan materializado.

En dicho evento se configura una hipótesis del denominado concurso ideal que, en realidad, no es más que una consecuencia de la aplicación de las figuras culposas llamadas a concurrir en casos especiales, en los cuales la conducta mantiene su unidad a pesar de los múltiples encuadres que puedan darse.

A interesante conclusión arriba en el sentido expuesto la Cámara Criminal de Santa Fe, cuando afirma: "Ante la pluralidad de víctimas, el hecho debe encuadrarse como lesiones culposas en concurso ideal"¹¹⁹.

Nos encontramos ante una concordancia similar a la de conducta-finalidad, que se encuentra dada en estos casos por la fórmula conducta-finalidad-violación de un deber de cuidado.

Afirmamos, entonces, que cuando hablamos de conductas precedentes a figuras dolosas llamadas a concurrir la conducta se manifestará de manera multívoca, pues ésta siempre será plural si los tipos dolosos individualizadores de conducta "aparentemente única" son varios.

Tal esquema se repetirá en la concurrencia de figuras culposas, dado que la violación al deber de cuidado guarda concordancia con su tipo individualizador; ello sucederá siempre que el ámbito de contención del tipo llamado a concurrir no sea excedido en su límite, determinado por su aspecto objetivo.

Dicho desborde podría producirse, atento a lo dicho, por ejemplo si las lesiones a bienes jurídicos llevadas a cabo por una conducta afectaran más de un bien jurídico, con lo cual dicha violación a un deber de cuidado sería individualizada por más de un tipo.

La cuestión a resolver está dada, con respecto a los delitos culposos, en la determinación del factor multiplicador de la conducta, que ya no estará dado por la finalidad sino por la violación a un deber de cuidado.

Al no existir como elemento nuclear en el tipo el dolo, la 2ª relación puede verse completamente alterada en los casos en los cuales existiesen unidad de violación a un deber de cuidado y pluralidad de encuadres, acontecimiento éste que puede darse en los supuestos de concurrencia de delitos

¹¹⁹ Cámara Criminal de Santa Fe, Sala I, 10/5/74, *in re*: "Rodríguez, Jorge". Rev. "L.L.", 155-620.

culposos entre sí a causa de la no correlatividad existente de manera constante entre la conducta y la tipicidad.

Así, podríamos dividir los supuestos en aquellas concurrencias en las que los encuadres responden a múltiples violaciones a deberes de cuidado (casos similares a los de concurrencia de delitos dolosos) y en los casos de unidad de violación a un deber de cuidado y pluralidad de encuadre.

Estos últimos casos dan lugar a la posibilidad de existencia de una única conducta, determinada por la única violación a un deber de cuidado y una pluralidad de encuadramientos típicos, supuesto éste que no podría darse dentro de los tipos dolosos concurrentes que requieren, cada uno de ellos, su correspondiente finalidad antecedente.

Mientras que en la concurrencia de delitos dolosos la finalidad y el dolo cumplen la función de pluralizar los delitos, en la concurrencia de delitos culposos la voluntad de violación de un deber de cuidado y el ámbito continente típico de la figura determinan la pluralidad delictiva.

Por ello, es dable la posibilidad de existencia de concurso ideal, dado que el ámbito continente puede determinar pluralidad de tipos, no obstante existir una única conducta determinada por la única violación a un deber de cuidado.

3. **Ámbito continente de los tipos culposos.**

Cabe preguntarse, a esta altura del presente estudio, cuál es el ámbito abarcativo de cada tipo culposo, desde que, como afirmamos, la solución a dicha problemática puede reducir aún más el ámbito de aplicación del art. 54 del Cód. Penal.

Para determinar la capacidad del ámbito continente de cada tipo culposo debemos analizar su aspecto objetivo y, dentro de éste, asignar relevancia "plurificadora" a aquellos elementos del tipo objetivo que sean determinantes de la misma.

Pero el factor que sin duda ofrece mayor poder calificador de multiplicidad a nivel típico es el deber de cuidado. El mismo es ubicado por la doctrina como elemento integrante del tipo objetivo; ello acontece por tratarse de un componente normativo del tipo objetivo culposo¹²⁰.

¹²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pág. 365, Ediar, Buenos Aires, 1990.

Ahora bien, aquí debemos preguntarnos también, en mérito a la problemática que pretendemos investigar, si el deber de cuidado es *per se* un factor multiplicador del tipo si en el hecho concreto es violado más de una vez.

Creemos que la respuesta debe ser, en principio, afirmativa, ya que el supuesto se manifestará por medio de conductas individualizadoras, apuntando cada una de ellas al fin de la violación de deberes de cuidado distintos.

Pero decimos en principio porque aun violando varias veces un mismo deber de cuidado —lo que sería igual a violar varios deberes de cuidado distintos— dicha conducta se mantendrá dentro de un mismo ámbito continente, si la violación al bien jurídico es única.

Concluiremos, entonces, afirmando que el factor de determinación de multiplicidad típica de las figuras culposas será el bien jurídico tutelado.

Pero la determinación de unidad o de pluralidad del mismo bien jurídico dañado, puesto en peligro o perturbado, debe efectuarse en cada caso mediante un exhaustivo análisis de cada elemento objetivo de la figura.

Es decir que el elemento al cual se debe atender a fin de dilucidar si existe o no más de una figura será el bien jurídico, pero no podemos afirmar cuántas violaciones se le han efectivizado si no comprobamos en cada caso la pluralidad de otros elementos; por ejemplo, afirmamos la pluralidad de la violación en el bien jurídico "vida" más de una vez si antes comprobamos la efectiva materialización de la destrucción del "otro" (art. 94 del Cód. Penal).

Por supuesto que la comprobación de más de una violación a un deber de cuidado será factor multiplicador de conductas.

Ello es así desde que, como analizamos, la unidad de determinación de violación al deber de cuidado nos posibilitará a la verificación de la existencia de unidad o de pluralidad de conducta.

Cabe recordar que, en la comisión de las figuras culposas, la finalidad se encamina hacia un objetivo distinto del resultado dañoso; por dicha razón, aquélla pierde su entidad "plurificadora" en el supuesto dado.

No así la voluntad concomitante a la finalidad principal que se dirige a la violación del deber de cuidado, en la que

sí existe el trazado de un camino hacia la violación de una obligación, y es este camino el que, de bifurcarse, es decir si hay más de una violación a un deber de cuidado, determinará la multiplicidad de conducta.

Siguiendo con el ejemplo, los dos caminos llegan a dos lugares distintos, dos conductas.

Conforme a lo dicho, podemos encontrarnos con dos hipótesis, a saber:

1) casos en los cuales la violación a varios deberes de cuidado determine unidad de conducta y multiplicidad de encuadres: concurso real de figuras culposas.

2) casos en los cuales una única violación a un deber de cuidado determine una conducta única, pero se exceda el ámbito continente típico por medio de los bienes jurídicos lesionados, presentándose así una pluralidad de encuadres: concurso ideal de figuras culposas (único concurso ideal admitido en el presente estudio).

Podemos ejemplificar un supuesto de la 1ª hipótesis con el caso de "A", quien conduce un automóvil y procede a cruzar una intersección de calles con luz roja y arrolla a un peatón causándole lesiones; asimismo, con anterioridad había cometido dos hechos similares; o, en la misma hipótesis, "A" es además médico y algunos días después, por negligencia en su profesión, causa una lesión grave a un paciente suyo. Claramente los bienes jurídicos lesionados se encuentran en perfecta armonía con las violaciones a los deberes de cuidado respectivos, y éstos responden a las voluntades autónomas que les dieron nacimiento; nos encontramos así ante el supuesto contemplado por el art. 55 del Cód. Penal.

La 2ª hipótesis no es tan sencilla, puesto que aun existiendo una unidad de voluntad y dirección de ésta hacia una única violación a un deber de cuidado, nos encontramos con una pluralidad de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro.

Por ejemplo, el guardabarreras que actúa imprudentemente e ingiere bebidas alcohólicas durante su labor, quedándose dormido en su lugar de control y produciéndose a consecuencia de dicha conducta un descarrilamiento, con múltiples víctimas de lesiones y homicidio (arts. 84 y 94 del Cód. Penal).

El análisis a efectuar sería:

Una única violación al reglamento de vigilancia correspondiente: no ingerir bebidas alcohólicas durante el control de tránsito ferroviario.

Causalidad: relación entre la violación antedicha y cada una de las muertes y lesiones producidas.

Resultado: muerte de varias personas y lesiones diversas a otras.

Relación de determinación: si no se hubiera violado el reglamento no se hubiesen producido muertes ni lesiones.

Voluntad única, en este caso, distinta de la de efectuar la violación, por ser culpa inconsciente, debiendo haber producido la efectivización de ésta.

Éste sería un hecho que permitiría la aplicabilidad —a nuestro criterio— del instituto regulado por el art. 54 del Cód. Penal, denominado concurso ideal o formal.

Aunque debe reconocerse que efectivizando un profundo análisis de la concurrencia de figuras culposas entre sí y en los casos en que las mismas tienen como antecedente una única violación a un deber de cuidado, la resultante podría elaborarse sobre la base de una especial relación típica de tipos culposos, que en los casos de mención harían que se aplicara una sola figura, la más grave, que absorbería a las demás.

Creemos además, que la escala móvil de pena no debería utilizarse desfavorablemente en estos casos por parte del juez en la materia, puesto que la unidad de violación refleja el mismo desvalor por la norma atacada, tanto si se individualiza un tipo o varios.

Ello no quita que la misma deba agravarse dentro de la escala citada en mérito al mayor deber de cuidado que representa, por ejemplo, tener a cargo la conducción de un medio de transporte, aunque dicha valoración y su estudio escapen al presente trabajo.

Recordando entonces lo afirmado, una única conducta voluntaria tiene como consecuencia una única violación a un deber jurídico de cuidado que produce varias lesiones a bienes jurídicos diversos; dichos bienes son, como sabemos, individualizados por figuras que concurrirán pluralmente, fundando una hipótesis de concurso ideal.

Obsérvese que prácticamente no existe relevancia a nivel punitivo, desde que con nuestra solución la escala penal

con la que el juez cuenta sería de 6 meses a 3 años e inhabilitación especial por 5 a 10 años, pues se aplica la figura que fije pena mayor (arts. 54, 84 y 94 del Cód. Penal).

Si se aplicara la pena correspondiente a un solo delito, la escala sería exactamente la misma por la aplicación del art. 84 del Cód. Penal.

Pensamos, entonces, que a partir del supuesto analizado se concibe una hipótesis del denominado concurso ideal o formal, aunque será menester continuar profundizando en dicho sentido a fin de dilucidar si este acontecimiento responde a un encuadramiento típico especial propio de la concurrencia de delitos culposos, de manera tal que, ante la misma, uno o más de estos tipos contengan a los otros en el mismo hecho.

4. Concurrencia de figuras culposas.

a) Modalidad.

Sabemos que en los delitos dolosos la finalidad del actor es convergente, es decir que se identifica con el resultado prohibido, pero hay casos en los cuales esta finalidad no se dirige a la concreción directa del resultado prohibido por la norma, o sea que la conducta final del sujeto activo no se dirige a la realización concreta del tipo sino a un fin distinto.

Pero esta conducta produce un resultado prohibido.

Como lo expresa Bacigalupo en los lineamientos de la teoría del delito, "no sólo la dirección de la voluntad de un hecho prohibido es presupuesto de la aplicación de una pena, sino también el desprecio por el cuidado que merecen los bienes jurídicos ajenos".

Por lo tanto, en el delito culposo encontramos notorias variantes en el aspecto subjetivo, pues en este ámbito difiere la metodología, en el sentido de que ya no podemos hablar de intención o voluntad encaminada a un resultado prohibido.

Será preciso, entonces, la inclusión para estos casos de lo que denominamos *elemento subjetivo negligente o imprudente*, que consiste en aquella voluntad que apunta a la violación de un deber de cuidado o norma objetiva de cuidado, y que se manifiesta por medio de una conducta negligente o imprudente.

De esta manera, lo que la norma prohíbe son diversas conductas que llevan en sí una violación a un deber de cui-

dado, pudiendo entonces afirmar que se actúa infringiendo un deber objetivo de cuidado.

Para que el tipo culposo sea realizable, el conocimiento y la finalidad por parte del autor deben limitarse a la posibilidad de peligro del bien jurídico tutelado, refiriéndonos, claro está, a los supuestos de culpa consciente.

b) Deber de cuidado y unidad de hecho.

La voluntad de poner en peligro determinado bien jurídico tutelado por la norma, violando así con su adecuación un deber objetivo de cuidado puede, en algunos casos, ser única, no obstante existir más de un encuadramiento, ya que la voluntad final en cuestión puede ser unívoca, con lo cual esta conducta no es múltiple sino que se limita a la única violación de un deber de cuidado.

Éstos son casos de posibles concursos ideales que se encuentran fundados ónticamente por la concepción natural que debe tenerse de la conducta dirigida a la violación de un único deber de cuidado.

Un conductor de ómnibus con pasajeros cruza un paso a nivel a pesar de las señales auditivas y lumínicas, siendo embestido por un tren, produciéndose como resultado tres muertes y ocho lesiones entre sus pasajeros.

El análisis dogmático de dicho acontecimiento sería establecer, en principio, el elemento subjetivo intencional que apunta a la violación del deber de cuidado del que hablaríamos, como factor determinante de pluralidad de conducta, ya que el mismo nos revelará si existe multiplicidad de ellas.

Observamos también que dicho elemento es llevado a cabo por medio de una actitud "imprudente" (hacer de más), a través de una única voluntad (cruzar las vías).

Nos hallamos, además, en condiciones de afirmar que existe:

1) una violación única a un deber de cuidado (cruzar las vías a pesar de las advertencias).

2) una voluntad única de encaminar la conducta a un fin, es decir, llegar más rápido a determinado lugar violando un deber objetivo de cuidado con el consiguiente peligro para el bien jurídico tutelado (si se materializa el resultado). A pesar de esta situación, se afronta el riesgo confiando en la

pericia en el manejo, que no importa normalmente la violación de una prohibición sino la del deber referido.

Como podemos observar, la unidad de conducta se halla claramente expuesta desde que la voluntad final del sujeto activo está encaminada a un resultado distinto de la prohibición, por lo tanto las prohibiciones no multiplican la conducta desde que el sujeto activo nunca tuvo en mira a aquéllas.

Sabemos también que en los tipos culposos la conducta precedente no se individualiza como penalmente relevante por su finalidad sino por la forma en que esta finalidad se obtuvo.

Citando a Zaffaroni, expresamos en este sentido: "El tipo culposo no individualiza a la conducta por su finalidad, sino porque en la forma en que se ha querido obtener esa finalidad se ha violado un deber de cuidado".

Por lo tanto, será la violación de un deber de cuidado el factor determinante en los delitos culposos de pluralidad o unidad de conducta.

Entonces, la única violación al deber de cuidado será factor determinante de unidad en el caso; podemos enunciarlo así: dadas ciertas circunstancias de tránsito, y puestos los medios idóneos (señales auditivas, lumínicas y barreras) para mantenerlo en normal funcionamiento, los mismos deben ser atendidos.

La violación al deber de cuidado citado se lleva a cabo por parte del chofer mediante una única conducta; afrontando la situación de riesgo, lleva adelante su imprudente accionar en un todo voluntario dirigido a la violación citada.

Ahora bien, la conducta es única como única es la violación a la norma de cuidado del caso, desde que ópticamente la conducta se dirige a violar un único deber de cuidado, no importando que a causa de ello puedan verse comprendidos varios bienes jurídicos como sucede en nuestro ejemplo.

Es precisamente la afectación a dichos bienes jurídicos el motivo que determinará una pluralidad de encuadres, ya que será el tipo y no la conducta el instrumento legal que el legislador utilizará para elevar a un ente a la categoría de bien jurídico, con lo cual la lesión a uno o a varios de ellos será un problema que se resolverá a nivel típico.

Parecería ser, luego de lo dicho, que en los supuestos en los cuales con una única violación a un deber de cuidado se

lesionan varios bienes jurídicos, y concurriendo más de una figura a causa de ello, se conformaría un supuesto de concurso ideal.

Si bien creemos que en los casos como el citado es factible la producción de hipótesis de concursos ideales (art. 54 del Código Penal), sería importante profundizar el estudio sobre las especiales relaciones típicas existentes entre las figuras culposas así como también el ámbito continente de cada una de ellas, a fin de poder establecer si nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal o ante un caso de concurso aparente de leyes o unidad de ley.

c) Casos de concurso ideal. Jurisprudencia.

Con respecto a la hipótesis de concurso ideal en los supuestos apuntados *ut supra* resulta interesante un fallo de la Cámara Criminal de Santa Fe en el que se afirmó que: "Ante la pluralidad de víctimas, el hecho debe encuadrarse como lesiones culposas en concurso ideal".

En 2ª instancia, el Dr. Iturralde manifestó con respecto a la problemática en cuestión: "...ante la pluralidad de lesionados, como el hecho no es realmente divisible, es correcto que el delito se impute en concurso ideal. Lo contrario, sin hesitación, conduce inexorablemente al desdoblamiento indebido de un solo y mismo hecho con el peligro de un perjuicio para el justiciable".

En contra opinó el Dr. Gallegos, cuando afirmó luego: "...por referirse el proceso a un delito culposo, resulta que el imputado no ha incurrido en la violación de varias disposiciones penales, por lo que no le corresponde sino una sola calificación delictuosa a su actividad, y no una multiplicidad de calificaciones como ocurre en los concursos de delitos, sean formales o materiales. En razón de la ausencia de una neta vinculación psicológica en los delitos culposos, entre el actuar del sujeto y los resultados lesivos ocasionados por su falta de previsión, la actividad configura un hecho único, constitutivo de un solo delito, por más que sean varias las personas que resulten damnificadas y ello es así por tratarse de un delito carente de dolo; las conclusiones emergentes del análisis de los elementos subjetivos del delito no autorizan la suposición de diversas o varias intenciones o finalidades delictuosas en el sujeto activo que no ha hecho otra cosa que actuar con imprudencia, negligencia o inobservancia de sus deberes reglamentarios".

Es precisamente por la circunstancia de constituir un hecho único, la sola finalidad o voluntad plasmada en un actuar imprudente, que en el caso podemos llegar a concebir una unidad de hecho, pero no hay duda de que esta unidad individualiza más de un tipo, pues parecen exceder el ámbito del tipo los resultados y bienes jurídicos lesionados que, en el caso, al hallarnos en presencia de figuras culposas, cobran relevancia como elementos "plurificadores", desde que, como afirmáramos, en estos supuestos las conductas no se individualizan por su finalidad, cobrando en este sentido el resultado y la lesión al bien jurídico tutelado particular relevancia.

A diferencia de los delitos dolosos, los delitos culposos pueden crear una divergencia entre la finalidad y el o los resultados, quitándole a este último elemento la relevancia que posea para la doctrina sostenedora de las teorías causalistas de la conducta, como elemento determinante de la pluralidad junto con la causalidad.

La violación a un deber de cuidado puede ser única y, no obstante ello, ser múltiples los resultados que pueda acarrear.

Es precisamente esta modalidad la que hace que cuando de una única conducta negligente o imprudente deriven varios resultados, e inclusive varias lesiones a bienes jurídicos tutelados, no pueda computarse al encuadre genérico como hipótesis de concurso real, pues dichas manifestaciones exteriores, a pesar de ser perfectamente individualizables y tipificables, no tendrán correspondencia numérica con la única violación a un deber de cuidado al que dio origen.

Por lo tanto, tampoco tendrán correspondencia dichos resultados y causalidades con la finalidad del caso, pues al no ser la finalidad en los delitos culposos, factor de individualización de los mismos, tampoco una multiplicidad de resultados, que pueden o no acontecer, implica equivalencia con dicha finalidad.

"A", actuando negligentemente, sale con su automóvil a la ruta sin haber verificado el estado de sus neumáticos; uno de ellos estalla provocando el desvío de su automóvil, el que embiste y arrolla a seis individuos, lesionándolos en diferentes grados. Observamos en este caso que la verdadera finalidad de "A" dista mucho de ser la de provocar varias lesiones en personas que no conoce, sino que su fin consiste en llegar con su automóvil a determinado lugar, pero en los preparati-

vos para efectuar dicho viaje avasalla, por mediar negligencia en el mantenimiento al que está obligado, el deber de cuidado correspondiente, con lo cual actúa culposamente, pero no por ello multiplicará su conducta por la cantidad de resultados producidos, pues éstos no se hallaban dentro de la posibilidad de previsibilidad del sujeto activo.

Por lo tanto, existiendo una única violación a un deber de cuidado la conducta deberá computarse como única a pesar de que existan múltiples encuadramientos, materializándose una hipótesis de concurso ideal (art. 54 del Cód. Penal), debiendo aplicarse a dichos casos la pena correspondiente al delito mayor.

Por supuesto que la concurrencia de figuras culposas derivada de las múltiples violaciones a deberes de cuidado distintos y de varias violaciones a un mismo deber de cuidado tendrán como resultado, generalmente, supuestos de concursos reales o materiales (art. 55 del Cód. Penal); en estos casos, el tratamiento a aplicar será similar al de las figuras dolosas en concurrencia.

Ejemplificando: "Y" coloca en la vereda de su casa una bolsa con desperdicios para su posterior recolección, fuera del lugar correspondiente, entorpeciendo el paso de los peatones por dicha vía; además, no repara, por negligencia, en que dentro de la bolsa coloca objetos cortantes varios, con lo cual un peatón se lesiona al tropezar con dicho bulto y *a posteriori* un recolector se lesiona al manipularlo para cargarlo en el vehículo correspondiente. Se configuran así dos violaciones individualizables a dos deberes de cuidado:

- a) no prestar debida diligencia con respecto al lugar donde debía dejar los residuos a los efectos de su recolección;
- b) no reparar en el contenido de los residuos, colocando en la fina bolsa contenedora objetos cortantes idóneos para lesionar sin aviso ni señalización alguna.

De manera tal que la configuración de lesiones culposas concurrentes de modo real es clara (art. 55 del Cód. Penal).

En la concurrencia de delitos culposos, la conducta se manifiesta en algunos casos de manera unívoca a pesar de que existan un encuadre múltiple y multiplicidad de resultados y causalidades, lo que prueba que el resultado no es factor determinante de pluralidad de conducta.

PARTE CUARTA

EL CONCURSO APARENTE DE LEYES

CAPÍTULO XV

EL CONCURSO APARENTE

1. Definición.

Como hemos afirmado, ubicamos al concurso aparente de leyes como una hipótesis configurativa de delito único por efecto del tipo, pero no por su ámbito continente o abarcativo, sino por efecto de las relaciones existentes entre los mismos, a las cuales denominamos “relaciones típicas”, puesto que se dan entre tipos penales.

No existe en nuestro Código Penal regulación normativa con respecto al concurso aparente de leyes, debiendo entonces partir de la doctrina y de la jurisprudencia para elaborar y estudiar las relaciones típicas de referencia, tarea ésta que se lleva a cabo a partir de la interpretación de los tipos individualmente.

Zaffaroni denomina al concurso aparente de leyes “concurso ideal impropio”: “...la llamada concurrencia aparente o también impropia contempla los supuestos en que solo en apariencia dos o más leyes penales concurren, pero que en realidad, una de las leyes concurrentes excluye a las restantes”¹²¹.

Sigue en esta postura a Jescheck, quien afirma que los supuestos de concurso aparente a los que denomina “unidad de ley” pueden concurrir en aparentes concursos reales o ideales, siendo, según el caso, propios o impropios. “En tanto que el concurso ideal y el real se diferencian claramente y gracias a los conceptos básicos, respectivamente concurrentes, de unidad de acción y pluralidad de acción, la unidad de ley puede concurrir en ambos casos y presentarse, tanto en

¹²¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*.

forma de «aparente (impropio) concurso ideal» como de aparente concurso real”¹²².

Define, además, a la “unidad de ley” haciendo referencia a la determinación del contenido del injusto y de la culpabilidad de una acción punible con la ayuda de “una” de las leyes penales en juego.

La idea básica común a este grupo de supuestos es la de que el contenido del injusto y de la culpabilidad de una acción punible puede ya determinarse exhaustivamente con la ayuda de las leyes penales que entran en consideración.

También considera inapropiada la denominación de “concurso de leyes” puesto que la ley desplazada no aparece en absoluto en el fallo; por esa razón llama “unidad de ley” a los casos de concurso aparente de leyes.

Creemos que es apropiada la crítica a la denominación de “concurso de leyes”, pero enunciamos que es preferible seguir utilizando la expresión “concurso aparente de tipos”, por dos razones; la primera es que la misma no afirma la existencia efectiva de concurso, por cuanto la palabra “aparente” indica la no conformación efectiva del instituto (puesto que lo aparente se utiliza en el sentido de que parece y no es, se muestra, se exterioriza como algo que no es en realidad, debe semejarse a algo; en nuestro caso, al concurso), y la segunda es que esta apreciación tiene más arraigo y tradición en nuestra doctrina y jurisprudencia¹²³.

La problemática planteada a partir de la terminología empleada para enunciar el instituto resulta evidente, siendo un problema no sólo en nuestro medio.

¹²² Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1035, Bosch Editorial, Barcelona, 1981; W. Stree, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Auflage 21, Munich, 1982; H. Mayer, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, Stuttgart, 1953; H. Blei, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, Auflage 18, Munich, 1983; R. Hirschberg, *Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Zstw 53, pág. 50, 1934.

¹²³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 558, Ediar, Buenos Aires, 1988; Francisco Dálbora, *El concurso aparente de leyes*, “L.L.”, 8/5/90, acepta la denominación pero afirma la existencia de un contrasentido, siguiendo a Hans Heinrich Jescheck.

La expresión "concurso aparente de normas o de leyes penales" es la utilizada en Italia y España, mientras que en Alemania es "*Gesetzeseinheit*" (unidad de ley)¹²⁴.

No puede obviarse, cuando nos referimos al concurso aparente de leyes o concurso impropio, la enunciación primigenia que del instituto elaborara Adolf Merkel para diferenciarlo del concurso ideal: "...se diferencian de la concurrencia ideal de delito los casos en que se trata de una simple concurrencia de leyes frente a un delito único, es decir, de la concurrencia de varias leyes, todas las cuales comprenden y regulan el delito en cuestión, pero lo hacen de una manera simplemente alternativa, sin que puedan aplicarse todas a la vez"¹²⁵.

Interesante precisión aporta Bacigalupo a la problemática en estudio cuando utiliza como criterio rector de escisión entre los institutos concursales la discusión acerca del objeto relacional a resolver en cada caso: "por lo tanto, mientras en los casos de concurso aparente se discute sobre la relación de los tipos entre sí, en los supuestos de concurso ideal o real se trata de la relación entre varios tipos penales y una o varias acciones"¹²⁶.

Soler, en su *Tratado...*, contempla el tema bajo el título de "Las relaciones de las figuras penales entre sí y el llamado concurso de leyes". Es admirable cómo el título *per se* enuncia el nudo de la cuestión, que se encuentra dado por las relaciones típicas o relaciones de las figuras entre sí.

Por otro lado, al denominar al concurso aparente de leyes o tipos con el título de "concurso de leyes" emerge el problema planteado por Jescheck por cuanto, aquí sí, al faltar el término "aparente", aparece el contrasentido en la frase.

Soler advierte que cuando consideramos las figuras penales de un Código puede suceder que observemos que entre las diferentes normas constitutivas del mismo no exista siempre una "disyunción perfecta", es decir que ante un

¹²⁴ T. Vogler, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, en *Festschrift für P. Bockelmann*, pág. 715, Munich, 1979.

¹²⁵ Adolf Merkel, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1871; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, págs. 558 y 559, Ediar, Buenos Aires, 1988.

¹²⁶ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 408, Ed. Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 1987.

hecho que es individualizado por una figura no siempre todas las demás se encuentran en una relación de neutralidad o de indiferencia con la misma, desde que existen figuras que se relacionan de diferentes maneras con otras, a veces de manera muy estrecha, a veces de manera amplia; esta modalidad dio lugar a lo que se denominó “familia de figuras” o “agrupación de figuras”.

Las relaciones que las figuras penales guardan entre sí poseen una importancia evidente para con el tema de la unidad de conducta, puesto que reducen el ámbito de aplicación del denominado “concurso ideal” hasta casi hacerlo desaparecer prácticamente.

Ello acontece por el hecho de que con anterioridad al estudio profundizado de las relaciones típicas se consideraban como figuras concurrentes, ya sea real o idealmente, casos de absorción por mediar, exclusividad, especialidad o subsidiariedad.

2. Incidencia de las relaciones típicas en el denominado concurso ideal.

A partir de lo dicho, para que se presente en el caso concreto una hipótesis de concurrencia ideal de figuras, además de determinar la unidad de hecho o conducta (art. 54 del Cód. Penal), se deberá constatar la pluralidad de tipos llamados a concurrir, es decir que debemos comprobar la unidad de conducta encuadrable en más de un tipo penal.

Para que esto último se materialice, las figuras a aplicar no deben ser incompatibles con respecto a un mismo hecho; ello significa que debe mediar entre ellas un estado de indiferencia o de no incidencia, arrelacional, al que se denominó “neutralidad”¹²⁷.

La llamada relación de neutralidad, afirmaba Soler, no pertenece a la teoría del concurso aparente de leyes desde que es la base para que pueda darse la hipótesis de concurso ideal.

Las relaciones que se crearon por parte de la doctrina para implementar la aplicación de un tipo en lugar de otro se denominan consunción, especialidad y subsidiariedad.

¹²⁷ E. von Beling, *Die Lehre Vom Verbrechen*, pág. 304, Tübingen, 1906.

Contando, entonces, con varias o con una única conducta, puede presentársenos de manera "aparente" un supuesto hipotético de encuadre múltiple.

Esta apreciación podrá quedar desvirtuada por medio de la aplicación de un tipo por otro como consecuencia de que medie entre los mismos alguna de las relaciones mencionadas.

Se observa de esta forma la revolución conceptual que significa el desarrollo de las relaciones de análisis, por cuanto mediante ellas podemos individualizar en el caso dado cuál o cuáles de las figuras que se encuentran en danza debemos aplicar, en virtud de que éstas refieren determinados requisitos que las hacen preferibles por sobre las demás. Ello, repetimos, sólo será posible mediante la determinación de la existencia de algunas de las relaciones típicas que hemos enunciado.

Cabe aclarar que en el terreno del concurso aparente de normas pierde importancia la distinción entre unidad y pluralidad de acción; esto es así, en el proceso interpretativo que concluirá con la aplicación de una única norma que podrá integrarse con una o varias acciones.

Dicha apreciación no resulta unánime en la doctrina, puesto que en tal sentido se posicionan, por un lado, las tesis unitarias, que no distinguirían entre unidad y pluralidad de acciones en los supuestos de concursos aparentes¹²⁸.

Sanz Morán afirma frente a esta postura surgió, desde la monografía de Honig, *Straflose vor und Nachtat*, la tesis que exige la unidad de acción, a semejanza del concurso ideal en los supuestos de concursos aparentes de normas, pudiendo hablarse así de concurso ideal aparente frente a aquellas otras hipótesis, de hecho anterior y posterior impune, en cuya base encontramos una pluralidad de acciones en sentido natural, hablándose así de concurso real aparente¹²⁹.

¹²⁸ M. Burgstaller, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, pág. 23, Viena, 1978; H. Wegscheider, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, págs. 164 y ss., Berlín, 1980.

¹²⁹ Ángel José Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, pág. 121, 1986; R. M. Honig, *Straflose Vor und Nachtat*, reimpresión de la edición de Berlín de 1927, Aalen, 1978; en el mismo sentido, K. Geepert, *Gründzuge der Konkurrenzlehre*, en "Juristische Analysen", págs. 421 y ss., 1982; E. Samsom, *Systematischer Kommentar zum StGB. Allgemeiner teil*, Frankfurt, 1980.

CAPÍTULO XVI

LAS RELACIONES TÍPICAS

1. Concepto y definición.

Resulta interminable el debate en relación a las diferentes posturas elaboradas a fin de resolver el problema del denominado concurso aparente.

Para algunos autores existen tres relaciones típicas: subsidiariedad, especialidad y consunción; este sector de la doctrina es mayoritario en Alemania e Italia.

En esta posición se discute, además, el orden de prelación de las relaciones típicas citadas, por cuanto algunos sostienen la necesidad de analizar primero la posible existencia de especialidad o subsidiariedad, utilizando en último término la relación de consunción¹³⁰. Para otros autores, las relaciones típicas se sintetizan en la especialidad y la subsidiariedad¹³¹.

En otros casos, se opta por sostener que las dos relaciones son la especialidad y la consunción¹³², mientras que otros

¹³⁰ E. Samsom, *Systematischer Kommentar zum StGB. Allgemeiner teil*, t. I, n° 71, Frankfurt, 1980; A. Eser, *Strafrecht II*, 3 Auflage, pág. 230, Munich, 1980.

¹³¹ En Italia, siguen la postura R. A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, págs. 245 y ss., Milán, 1971; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nell' Diritto Penale*, págs. 248 y ss., Bologna, 1966; en Alemania, U. Klug, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW*, 68, págs. 405 y ss., 1956; J. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner teil*, págs. 378 y ss., Berlin-New York, 1983.

¹³² A. Pagliaro, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nell' concorso di norme*, en "L'Indice penale", X, pág. 217, 1976, y *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª ed., págs. 192 y ss., Milán, 1980; S. Ranieri, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, t. I, 4ª ed., págs. 94 y ss., Padova, 1968.

autores hacen referencia sólo al principio de especialidad como rector de las relaciones típicas, concibiendo a todos los demás como formas de éste¹³³.

Como podemos observar, no existe uniformidad con respecto a los principios relacionales típicos, puesto que los autores siguen, en cuanto a su individualización, diferentes criterios de clasificación; es por ello que creemos que es académicamente necesaria la enumeración de los distintos esquemas.

Quien prácticamente fue el descubridor de las mismas, así como también de la estructura típica, Erns von Beling, afirmaba que dichas relaciones típicas eran las siguientes:

1) *Neutralidad*: un tipo o figura es indiferente por completo con respecto a otro. La afirmación de un tipo no importa ni la afirmación ni la negación de otro. Esta relación es la necesaria para que se posibilite la existencia de concurso ideal hipotético; puede, además, ser hipótesis de real pero nunca de aparente.

2) *Exclusividad*: existe entre los tipos llamados a concurrir contradicción e independencia; conduce a la alternatividad de figuras.

3) *Especialidad*: supone un subconcepto que lleva a la subsidiariedad de la amenaza correspondiente al tipo principal o supertipo, y será aplicable cuando el supertipo, con su amenaza penal, no lo sea.

Para Edmundo Mezguer, la problemática se resuelve mediante las relaciones de:

Especialidad: cuando la aplicación de una figura frente a otra se basa en fundamentos lógicos, es decir que esta situación se encuentra dada por el hecho lógico de que la ley especial se aplica por sobre la general.

Consunción: cuando la aplicación de una figura frente a otra se basa en un fundamento dado por una relación valorativa, es decir que una figura incluye en sí misma el desvalor delictivo de otra.

La subsidiariedad está concebida como forma de consunción, de manera tal que el autor afirma que hallamos aquélla

¹³³ F. Antolisei, *Sul concorso aparente*, pág. 245; I. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, págs. 170 y ss., Berlín, 1979; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, págs. 715 y ss., Berlín-New York, 1983.

“...cuando una ley se aplicará sólo en la vía auxiliar, con frecuencia la misma ley lo dice expresamente”¹³⁴.

Antolisei considera como relaciones a la especialidad y a la progresión, dándole a esta última un claro sentido consuntivo¹³⁵; en tanto, Ranieri incluye como relaciones intratípicas la especialidad, la consunción y la subsidiariedad, criticando a la alternatividad; igual formulación enuncia Grispigni.

El criterio de Mezguer es seguido por Alfredo Etcheberri en Chile y también por Giménez Huerta en México¹³⁶. Por su parte, Ulrich Klug cita los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad; intenta, además, hallar posibilidades de establecer relaciones entre los conceptos de que aquí se habla, mediante una combinación con estos otros principios: heterogeneidad, identidad e interferencia de los distintos tipos legales que concurren¹³⁷.

Honig reconoce la existencia de cuatro principios o formas de concurso aparente, agregando la alternatividad¹³⁸.

El esquema elaborado en la Argentina por Soler sigue la sistemática de Beling pero no por completo, ya que desecha la relación de neutralidad que debe, según el autor referido, “ser decididamente separada de la teoría del concurso de leyes, porque es la base para que pueda darse el caso del concurso ideal”, puesto que si en el caso concreto existiera una unidad de conducta o hecho y una pluralidad de encuadres correspondientes de figuras neutrales entre sí, nos encontraríamos ante un caso de concurso ideal¹³⁹.

Es preciso aclarar que la neutralidad como relación típica también daría el supuesto positivo para una hipótesis de concurso real, desde que cabe recordar que el concurso

¹³⁴ E. Mezguer, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 346, Cárdenas Editor, México, 1990.

¹³⁵ F. Antolisei, *Sul concorso apparente di norme*, en *Scritti di Diritto Penale*, pág. 269, Milán, 1955.

¹³⁶ Alfredo Etcheverri Orthusteguy, *El concurso aparente de leyes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

¹³⁷ Ulrich Klug, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 68, págs. 403 a 405, 1956.

¹³⁸ R. M. Honig, *Straflose Vor und Nachtat*, reimpresión de la edición de Leipzig de 1927, Aalen, 1978.

¹³⁹ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 172, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

aparente no sólo puede ser un concurso ideal sino también real. Así lo afirma claramente Jescheck¹⁴⁰.

De esta manera, el concurso aparente puede presentarse en casos de aparente concurso ideal (impropio) o aparente concurso real (impropio).

Para que un concurso sea aparente debe mediar una relación que faculte la aplicación de un tipo en lugar de otro; estas relaciones son las de subsidiariedad, especialidad y consunción. Si faltan dichas relaciones, estamos ante lo que Beling llamaba relación de neutralidad.

Afirma, además, Soler que si se denomina neutralidad a la consunción y a la subsidiariedad, como lo hace Beling, ¿cómo podrá llamarse a la situación de indiferencia total entre dos o más figuras, siendo ésta la circunstancia que permite que más de un tipo recaiga sobre un hecho único?, supuesto éste de concurso ideal. Esto dio motivo para que la clasificación de Beling fuera objetada por Baumgarten, puesto que: "neutrales son los conceptos que entre sí ni se aman ni se odian sino que son recíprocamente del todo indiferentes"¹⁴¹.

Soler define las relaciones típicas de la siguiente manera:

1) *Exclusividad*: la afirmación de una figura importa la necesaria exclusión de la otra; puede darse por consunción o por alternatividad.

2) *Especialidad*: la afirmación de una figura importa la afirmación de la otra.

3) *Subsidiariedad*: la afirmación de una sólo será posible con relación a otra en forma condicional.

Según los lineamientos dados por Soler, la relación de exclusividad se podría basar en dos relaciones distintas, ya que dos figuras pueden excluirse mutuamente porque entre ellas media una relación alternativa o consuntiva.

Habrà alternatividad cuando dos figuras se excluyan recíprocamente por incompatibilidad con relación a un mismo hecho, el cual puede encuadrar en una o en otra.

¹⁴⁰ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1035, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

¹⁴¹ A. Baumgarten, *Die Lehrevon der Ideal Konkurrenz Und Gesetzeskonkurrenz*, pág. 81, Breslau, 1909; Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 172, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

El principio de alternatividad se encuentra hoy desacreditado, puesto que, según la afirmación de Schmitt, no existiría otra forma de concurrencia ideal impropia que la especialidad, la consunción y la subsidiariedad, no aceptando la "alternatividad", ya que sólo puede concebirse que dos figuras se mantengan excluyentes y paralelas como error legislativo¹⁴².

Zaffaroni afirma que "fuera del error legislativo, la alternatividad puede mostrarse en la forma de una subordinación con la misma estructura lógica de la especialidad"¹⁴³.

Explica claramente Maurach que "...si se cumplen los elementos legales del robo o, en su caso, del hurto, necesariamente deberá descontarse el chantaje o la apropiación indebida. Aquí sólo cabe uno de ambos tipos, y en virtud de la heterogeneidad, ni siquiera debería hablarse de «concurso»; la acción sólo puede ser enjuiciada desde el punto de vista de uno de ambos tipos heterogéneos". Y concluye que: "Por ello, la mayoría no reconoce a la alternatividad como una forma autónoma del concurso de leyes"¹⁴⁴.

Es clara la crítica expuesta con respecto a la relación de alternatividad, puesto que resulta imposible la coexistencia de dos normas bajo las condiciones apuntadas, salvo deficiencia en su creación.

Así lo vemos en el ejemplo de Soler en referencia al tema: "El apoderamiento de una cosa solamente puede juzgarse como hurto o como apropiación indebida, pero es conceptualmente imposible que un mismo hecho pueda tener ese doble encuadramiento; pues tan sólo cuando el apoderamiento «no es furtivo» podrá hablarse de apropiación indebida"¹⁴⁵.

Lógicamente ello es evidente, pues sólo por error de interpretación del ámbito continente de cada una de estas figuras podrían aplicarse ambas a un mismo hecho.

¹⁴² Rudolf Schmitt, *Die Konkurrenz in Geltenden und Künftigen Strafrecht*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW, 75, 1963.

¹⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 560, Ediar, Buenos Aires, 1988.

¹⁴⁴ Maurach-Gossel-Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 553, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995; F. Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pág. 159, Hamburgo, 1961.

¹⁴⁵ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 173, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

El terreno de aplicación de la relación de alternatividad sólo sería el error legislativo o interpretativo, desde que la misma trata de dilucidar la aplicación de privilegio en figuras incompatibles con el hecho (alguna de ellas).

Concordamos con la doctrina mayoritaria en otorgarle entidad de instituto relacional a nivel típico a tres relaciones: especialidad, subsidiariedad y consunción¹⁴⁶.

2. La relación de especialidad.

a) Definición.

Nos encontramos ante una relación de especialidad cuando un tipo está totalmente contenido en otro; dicho principio se manifiesta cuando un tipo reúne los elementos del otro, más otro u otros complementarios.

En dicho caso, el tipo con más caracteres o elementos especiales funciona como específico con respecto al otro, general, de menor contenido, al cual absorbe.

Jescheck afirma al respecto: "La relación de especialidad ocurre cuando un precepto penal reúne todos los elementos de otro y sólo se diferencia de él en el hecho de que por lo menos contiene un elemento adicional que permite contemplar el supuesto de hecho bajo un punto de vista específico. En la especialidad concurre, pues, la relación lógica de dependencia propia de la subordinación, pues toda acción que realice el tipo del delito especial también realiza necesariamente, al mismo tiempo, el tipo del general mientras que no sucede lo contrario".

Dice, además, que la consecuencia de lo expuesto en derecho penal significa que la ley general debe retroceder en mérito al principio *lex specialis derogat legi generali*¹⁴⁷.

¹⁴⁶ J. Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 8 auflage, pág. 691, Bielefeld, 1977; Blei, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 18 auflage, pág. 317 y ss., Munich, 1983; P. Bockelmann, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 3 auflage, Munich, 1979; K. Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 15 auflage, Munich, 1983; Gener Eberhard Schmidäuser, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 2 auflage, Tübingen, 1975; Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, págs. 1035 y ss., Bosch Editorial, Barcelona, 1981; Günter Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, "El hecho punible", págs. 343 y ss., Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.

¹⁴⁷ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1035, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

Soler enuncia, en su *Tratado...*, que "...para que se dé un caso de especialidad es necesario que uno de los tipos esté íntegramente contenido en el otro..."; para el jurista, existen dos criterios para determinar la existencia de especialidad:

1) una disposición es específica con relación a otra cuando ésta se encuentra expresamente comprendida en aquélla;

2) pero también lo es cuando la cuidadosa interpretación nos demuestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa de un hecho¹⁴⁸.

En realidad, ambos supuestos llegan a confundirse haciéndose impreciso su deslinde, desde que una descripción más próxima o minuciosa por parte de un tipo significa la absorción por parte de éste del otro, genérico, al cual comprende.

Zaffaroni afirma que "...dos tipos se excluyen en función del principio de especialidad cuando uno de ellos abarca las mismas características que el otro y, además, una característica complementaria que toma en cuenta otro punto de vista". Para este autor, la especialidad es una relación de subordinación del tipo general con respecto al especial, que también responde al principio *lex specialis derogat legi generali*; esta subordinación se presenta en la forma de encerramiento conceptual, que se encuentra determinado por el hecho de que no se concibe el cumplimiento del tipo especial sin el cumplimiento del general.

Para Bacigalupo, "habrá relación de especialidad cuando un tipo penal tenga todos los elementos de otro pero, además, algún elemento que demuestre un fundamento especial de punibilidad"¹⁴⁹.

Jiménez de Asúa enuncia que "dos leyes o dos disposiciones legales se hallan en relación de general y especial cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que figuran además otras condiciones calificativas en virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación"¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 185, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

¹⁴⁹ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., pág. 410, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

¹⁵⁰ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, apart. 692, pág. 543, Ed. Losada, 1963.

b) Aplicación.

Puede observarse que la relación de especialidad aplicada en concreto, es decir, a un sistema codificado de normas, se manifiesta con respecto a cada tipo básico en su interacción con sus correspondientes tipos privilegiados y agravados o calificados, o sea que existirá especialidad entre el tipo básico genérico (homicidio, art. 79) y el tipo agravado específico (parricidio, art. 80, inc. 1°), desde que los elementos del tipo parricidio incluyen a los del tipo homicidio, más los objetivos específicos y subjetivos que integran el parricidio.

La relación de especialidad da lugar a que la norma prescripta por el art. 54 sea de imposible aplicación en algunos casos, no obstante existir unidad de conducta y pluralidad de encuadres. Ello sucederá cuando la norma específica a aplicar posea una escala penal menor que la genérica.

Sin embargo, el art. 54 del Cód. Penal establece que “cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fijare pena mayor”.

Aun existiendo, creemos, límites imprecisos por importar el concurso ideal una estructura de difícil apoyatura dogmática, sostenemos que será una decisión apropiada incluir dentro del Código Penal las relaciones entre tipos, a fin de fijar pautas de carácter normativo que delimiten los ámbitos de aplicación de cada uno de los institutos en cuestión.

La relación de especialidad tiene como basamento sustancial, entonces, la relación derivada de la calificación de las figuras con respecto al tipo básico, sea en su forma atenuada o agravada.

La relación de especialidad determinará una subordinación del tipo básico con respecto al calificado, siendo apropiado el concepto de “encerramiento conceptual” utilizado en nuestro medio por Zaffaroni y elaborado por Ulrich Klug, quien afirma que sólo hay dos relaciones posibles, que se manifiestan por intermedio de la interferencia o cruzamiento y la subordinación que guarda como correlato el encerramiento, dando lugar de esta manera a sólo dos formas de concurso aparente, la subsidiariedad (interferencia) y la especialidad (subordinación)¹⁵¹.

¹⁵¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 560, Ediar, Buenos Aires, 1988; U. Klug, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW, 68, 1956.

Ahora bien, si afirmamos que en la especialidad hay un encerramiento formal, debemos precisar qué queremos decir cuando hacemos referencia a una tipicidad encerrada.

Una tipicidad se halla encerrada cuando está interferida. "Si los caracteres típicos que determinaron el encerramiento no son antijurídicos, culpables y punibles, van cayendo y se van descubriendo liberando el efecto de la tipicidad que estaba encerrada, siempre que respecto de ella haya antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad"¹⁵².

Si bien compartimos el concepto de encerramiento ya expuesto, no creemos que el mismo no se encuentre en la relación subsidiaria, como afirma Zaffaroni, desde que dicha modalidad se presenta en las tres relaciones.

3. La relación de subsidiariedad.

a) Definición.

El principio o relación típica de subsidiariedad se manifiesta como efecto de una múltiple tutela por parte de diversas figuras con respecto a un bien jurídico determinado.

Existirá subsidiariedad siempre que un tipo sólo se aplique de manera auxiliar; para los casos en los que no intervenga ya otro precepto penal, el principio que opera responde al *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Creemos que en la relación de subsidiariedad, así como en la especialidad o en la consunción, opera un encerramiento, por cuanto la tipicidad subsidiaria permanece "cerrada", es decir, interferida por la tipicidad primaria que contiene caracteres antijurídicos, culpables y punibles, pero que al ir desapareciendo van dejando en descubierto el tipo subsidiario, por supuesto si éste reúne los caracteres enunciados.

b) Aplicación y supuestos.

La autonomía de dicha relación se reduce aún más con respecto a su manifestación como "subsidiariedad tácita"; así, cuando Soler establece una comparación con la relación de

¹⁵² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 565, Ediar, Buenos Aires, 1988.

especialidad afirmando que la relación subsidiaria es una suerte de "...autoexclusión de la norma sólo en homenaje a una responsabilidad mayor y de distinta especie...", ejemplifica lo expuesto sosteniendo que siendo específica la relación que media entre los arts. 150 y 151 del Cód. Penal, el agente que no sea responsable porque su actitud era justificada con respecto al art. 151 no puede ser punible a tenor del art. 150 de dicho Código¹⁵³.

En cambio, el sujeto activo que no es punible a tenor del art. 163 del Cód. Penal, puede serlo conforme al art. 150, como violador de domicilio, lo cual es lógico, puesto que la figura del art. 150 opera como específica con respecto al art. 163, es decir que actúa la relación de especialidad de una manera similar a los tipos calificados atenuados.

En los arts. 150 y 151 la relación de especialidad surge claramente, puesto que nos encontramos ante figuras de familiaridad o relación típica muy cercanas; nótese que el art. 150 opera como figura básica, mientras que el art. 151 precisa dentro de su tipo objetivo algunos elementos más; por ello, éste resulta específico en el caso concreto con respecto al art. 150.

Pero esta especificidad no sólo se encuentra dentro de figuras que tutelan un mismo bien jurídico, sino que puede presentarse con respecto a tipos que tutelan diversos bienes.

En el caso del ejemplo, el art. 163 absorbe el tipo del art. 150 en algunos supuestos; es por ello que aun no siendo punible el agente por medio del art. 163, puede serlo incluso a tenor de la figura descrita por el art. 150.

La diferencia radica en que en un caso no se podrá concebir la figura específica si no contiene a la figura genérica; por ejemplo, nunca podrá llevarse a cabo el tipo descrito por el art. 122 del Cód. Penal (violación calificada agravada) sin antes pasar por el art. 119 (violación simple).

Es decir que en estos casos la especialidad es ineludible; existe *per se* con motivo de que las figuras enunciadas protegen un mismo bien jurídico.

En cambio, se podrá concretar perfectamente la figura individualizada por el art. 163 sin que sea necesario pasar por la materialización de la descrita por el art. 150; pero cuando

¹⁵³ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 188, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

con motivo del hurto se viola el domicilio, la figura del art. 150 queda absorbida por la del art. 163 del Cód. Penal; es decir que en estos casos la especialidad no es necesaria sino contingente.

Preferimos esta denominación a la de subsidiariedad, o sea que llamamos especialidad contingente a los casos de subsidiariedad posible.

c) Especialidad contingente (subsidiariedad).

En la relación subsidiaria, ante un caso de doble tutela jurídica, nos encontramos con diferentes posibilidades de ataque al mismo bien jurídico, es decir que el efecto de esta relación no será la subordinación, como vimos en la especialidad, sino la interferencia.

Siguiendo, en este sentido, a Honig, vemos que “distintas posiciones jurídico-penales protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque”¹⁵⁴.

La doctrina general plantea dos supuestos acerca de la referida subsidiariedad, la expresa o formal, y la tácita o material.

Agregando a la definición dada el efecto aludido diremos que “el tipo a aplicar en virtud de mediar una relación subsidiaria será aquel que describa una conducta que afecta con mayor intensidad un bien jurídico, de manera tal que mantenga interferida a otra figura que ataque una conducta productora de una afectación de menor intensidad”¹⁵⁵.

La interpretación de la relación subsidiaria puede surgir de la misma ley, configurándose así una hipótesis de la denominada “subsidiariedad expresa”, o bien, la relación en cuestión puede surgir a través de la interpretación de más de un precepto penal, atendiendo específicamente al análisis de particulares conexiones existentes entre ellos. En dicho caso, nos encontramos ante un ejemplo de la denominada “subsidiariedad tácita”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ R. M. Honig, *Straflose Vor und Nachtat*, reimpresión de la edición de Leipzig de 1927, pág. 113, Aalen, 1978.

¹⁵⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 565, Ediar, Buenos Aires, 1988.

¹⁵⁶ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1037, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

Soler utiliza un claro criterio diferenciador entre subsidiariedad expresa y tácita: "Una figura delictiva es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación esté condicionada a que no sea de aplicación otra figura (subsidiariedad expresa), o cuando una figura entra en composición de otra, pero sólo como un elemento constitutivo o circunstancia agravante y no como núcleo típico o delito tipo (subsidiariedad tácita)"¹⁵⁷.

Se indican como supuestos de subsidiariedad tácita en la doctrina alemana, los siguientes:

1) ante un mismo hecho, la comisión culposa, es decir, el tipo culposo, se aplica subsidiariamente en lugar de la figura dolosa, lo que es plenamente explicable mediante la relación de especialidad, o

2) cuando, ante un mismo hecho, la forma participativa excluye a la autoría, afirmándose en estos supuestos que la aplicación del grado participativo se determina por ser subsidiaria la forma de intervención más leve o débil con respecto a la más importante.

En este caso, opinamos que la autoría y la participación criminal no son penas a las cuales sean aplicables las relaciones entre figuras o tipos penales, por no tratarse específica y técnicamente de figuras o tipos penales los institutos descriptos por los arts. 45 a 49 del Cód. Penal.

Aun no siendo así, es perfectamente solucionable la hipótesis dada, recurriendo a la relación de especialidad.

El ejemplo que se da para avalar estos casos es el de alguien que presta complicidad al hecho que ha instigado: aquélla es subsidiaria de ésta.

Otro ejemplo de subsidiariedad tácita lo conforman los llamados "delitos de paso"; es decir que éstos absorben las fases o pasos previos a la consumación delictiva y pierden su entidad aplicable en el momento en que se avanza un "paso" o una "fase", que torna al acto como de mayor menoscabo para con el bien jurídico afectado.

Entre dichos casos podríamos encontrar los actos preparatorios punibles en sí mismos, dándose como ejemplo el de la exposición al desamparo de un niño recién nacido como subsidiaria con respecto al infanticidio. También estos supuestos son claramente resueltos dentro del esquema específico.

¹⁵⁷ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. II, pág. 187, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

No aparece tampoco en estas hipótesis una clara diferencia con respecto a las denominadas "infracciones progresivas", categorizadas por la doctrina mayoritaria como casos de consunción¹⁵⁸, que, a su vez, son difícilmente separables de los de especialidad.

Carlos Creus define como subsidiariedad tácita a aquella forma de subsidiariedad en la que la acción concretamente prevista en un tipo pueda quedar comprendida entre acciones posibles de otro tipo, en cuyo caso aquél desplazará a éste¹⁵⁹.

Cita, además, como ejemplos de la relación de mención el abuso de autoridad del art. 248 del Cód. Penal, que quedará desplazado por el tipo del art. 144 bis, inc. 1, si el abuso consistió en la privación ilegítima de la libertad, y la falsificación por supresión del art. 294, la que quedará desplazada por la figura descrita en el art. 255, si la supresión recayó sobre un documento confiado a la custodia de un funcionario en interés del servicio público¹⁶⁰.

4. La relación de consunción.

a) Definición.

Mediante esta relación podemos vincular típicamente al o a los hechos posteriores que no dan lugar a la pluralidad normativa por cuanto existe una continuidad relativa al disvalor del hecho cometido.

Es así como el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica alcanza, incluyéndolo, absorbiéndolo, a otro hecho o a otro tipo, de suerte que la condena, basada en un solo punto de vista jurídico ya expresa, de forma exhaustiva, el desvalor de todo el proceso. El principio que opera es *lex consumens derogat legi consumptae*¹⁶¹.

¹⁵⁸ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 176, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

¹⁵⁹ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 288, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

¹⁶⁰ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte General*, págs. 288 y 289, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

¹⁶¹ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1038, Bosch Editorial, Barcelona, 1981; J. Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 8 auflage, Bielefeld, 1977; Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo, 1961; A. Köhler, *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, págs. 88 y

De esta manera, un hecho típico que se realiza luego de un hecho punible, que tenga como destino la realización material de éste, de modo tal que mediante aquél se asegure el resultado o se aproveche la ganancia antijurídica obtenida con el primer hecho, resulta consumido por este último, siempre y cuando este hecho posterior no lesione ningún nuevo bien jurídico y el daño no se extienda cuantitativamente por encima de la medida del ya efectivizado.

Así, el desvalor de la etapa posterior a la consumación o hecho posterior (hecho impune o hecho copenado) no da lugar a la concepción de un nuevo hecho punible, puesto que aquel hecho no tiene otro objeto que agotar el contenido desvalorante, prohibitivo y culpable del delito efectivizado mediante el primer hecho o delito principal. Suele darse como ejemplo de esta relación típica el caso de la retención indebida que sigue al ardid que motivó la entrega (arts. 173, inc. 2º, y 172, del Cód. Penal).

Aquí, la figura de la estafa asumiría el rol de hecho principal, absorbiendo a la retención indebida, que sería el hecho copenado o posterior. Lo mismo ocurre con el delito de daño producido contra la cosa desahogada de su dueño, y con las lesiones de escasa entidad provocadas como consecuencia del acceso carnal violento.

b) Hecho acompañante típico.

Además del hecho copenado posterior, nos encontramos con hechos que pueden acompañar al hecho principal concomitantemente, siendo éstos de escasa entidad con respecto a aquél. Se conocen como "hechos acompañantes típicos"¹⁶².

Estos hechos concomitantes, por sus características de lesiones ínfimas con respecto al hecho que acompañan, son consumidos por este último, dando lugar a otra modalidad de aplicación de la relación típica de consunción. De esta ma-

ss., Munich, 1900; Rittmann, *Konsumtion*, págs. 40 y ss.; E. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 2ª edición, Tübingen, 1975, y *Strafrecht. Allgemeiner teil Studienbuch*, Tübingen, 1982; también *Die Gesetzesverletzung, Bemerkungen zur Terminologie in materiellen und formellen Strafrecht*, en *Festschrift für Dünnebier*, Berlín, 1982.

¹⁶² Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 1039, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

nera, operan en la práctica los casos de daños producidos como consecuencia del homicidio.

El art. 183, que se materializa a raíz del daño producido en la ropa y muebles de la víctima durante el transcurso del hecho principal (art. 79), es consumido por éste, que contiene valorativamente el injusto principal con respecto a aquél.

Cabe aclarar que, a fin de merituar la existencia de la presente relación de consunción por el "hecho acompañante típico", el juzgador debe tener en cuenta y analizar cuidadosamente el hecho, para arribar a la conclusión de determinar un contenido de injusto esencialmente inferior que no afecte la gravedad del hecho principal.

Así, el caso de quien, mediante la producción de daños en una cosa a fin de inducir a engaño a su tenedor —puesto que éste cree que es víctima de atentados que se efectivizan por lo inseguro del lugar— para posteriormente usurpar el inmueble, comete concurso real (arts. 181 y 183 del Cód. Penal), para parte de la doctrina podría ser concurso ideal.

Resulta interesante al respecto la postura de Zaffaroni, en cuanto asigna al "hecho acompañante típico" la consunción en función de la operatividad del principio de la insignificancia.

En este sentido, afirma que en los casos de mención la consunción no opera porque un tipo abarque a otro, sino que lo que sucede es que la tipicidad del tipo principal desplaza a la del concurrente, quedando esta última lesión "atípica" como insignificante frente a la magnitud del principal. Agrega que: "De cualquier forma, la consunción tiene los mismos efectos que la del «hecho típico acompañante» común, aunque su mecanismo de producción sea diferente"¹⁶³.

Con respecto a esta postura y en relación a su viabilidad, creemos que dependerá de la concepción que se adopte en cuanto al principio de la insignificancia en la doctrina genérica del delito y sobre la base de tal apreciación se deberá efectuar la aplicación en el presente.

¹⁶³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. IV, pág. 563, Ediar, Buenos Aires, 1988.

CAPÍTULO XVII

UNIDAD TÍPICA DE ACCIÓN

1. Concepto.

Denominaremos unidad típica de acción a los supuestos de pluralidad de acciones sólo determinables como conducta única por medio de la intervención del tipo legal.

Con lo cual, a pesar de la denominación “unidad típica de acción”, existen varias acciones como descripción del acontecer fáctico, pero una sola conducta.

Estos casos adquieren relevancia en lo que atañe a la problemática de la insuficiencia del dato óntico a nivel pretípico como factor determinante de pluralidad.

En el presente trabajo recalcamos la insuficiencia de la conducta o del hecho tomados de manera individual a fin de determinar su pluralidad, y, consiguientemente, la necesidad de acceder al nivel típico para completar un esquema íntegro que pueda ser factor demostrativo de pluralidad.

Esta función del tipo emerge de manera palmaria en los institutos de concursos aparentes, de concursos ideales a la inversa y en los casos que denominaremos unidad típica de acción.

Dividiremos los supuestos de unidad de conducta por intervención del tipo, a pesar de múltiples acciones, en:

- a) unidad típica de conducta propia;
- b) unidad típica de conducta impropia o unidad natural de conducta.

2. Unidad típica de conducta propia. Supuestos.

Denominamos de esta manera a los supuestos en los que la configuración de la unidad de conducta derive de la simple realización del propio tipo, a pesar de que exista más de una acción.

1) Habrá un único encuadramiento siempre que una única conducta o hecho constituya la realización de los requisitos mínimos del tipo penal, sin importar que fácticamente la acción pueda dividirse de manera múltiple.

En estos casos, la modalidad típica permitirá la realización de varias acciones, pero individualizará sólo una conducta o hecho.

Es decir que la unidad de conducta o hecho, entendida como unidad de resolución final, será confirmada por medio de la intervención del tipo, a través del procedimiento de adecuación a la figura, no siendo autosuficientes la conducta o el hecho por sí mismos para determinar su propia unidad.

El aborto constituye, así, un solo hecho o conducta, en el sentido del art. 85 del Cód. Penal, efectuado mediante varias acciones¹⁶⁴. También, el hurto de un objeto, en el sentido del art. 162, realizado mediante varias acciones fisiológicas, así como la única evasión llevada a cabo con varios actos en los términos del art. 2 de la ley 23.771, varias acciones productoras de una única lesión, o varios tocamientos impúdicos con la única finalidad de saciar el deseo sexual por parte del sujeto activo.

2) Constituirá una sola conducta o hecho por unidad típica de conducta propia cuando la figura requiera para su configuración la realización de varias acciones o actos fisiológicos, como en el caso de la falsedad documental, que en algunos códigos impone la confección y el uso del documento, acciones éstas que son distintas entre sí.

La injuria encubierta era un ejemplo de ello en nuestro Código Penal; significaba el acto de proferir la injuria y el de no dar explicaciones satisfactorias acerca de ella (antiguo art. 112, hoy derogado).

Esta categoría comprende los delitos clasificados por la doctrina alemana como delitos de varios actos; así, Jescheck cita como ejemplo de tales hipótesis el robo impropio compuesto por una sustracción consumada y una coacción cualificada, o la violación compuesta por dos acciones (yacimiento efectuado fuera del matrimonio y coacción cualificada)¹⁶⁵.

¹⁶⁴ F. Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo, 1961.

¹⁶⁵ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 360, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

3) El último supuesto de unidad típica de conducta propia por intervención del tipo contempla los delitos permanentes, en los cuales la acción delictiva misma permite, por sus caracteres, que se la pueda prolongar voluntariamente por parte del autor, de modo que se cree un estado antijurídico durante todo ese lapso (supuesto de privación ilegal de la libertad, arts. 141 y ss., y pertenencia a una asociación ilícita en los términos del art. 210 del Cód. Penal)¹⁶⁶.

3. Unidad típica de conducta impropia o unidad natural de conducta. Supuestos.

Se denominan de esta manera los casos en los cuales existe unidad de acción por efecto de la figura, aunque el autor trascienda la simple realización del tipo con su accionar.

Las hipótesis se pueden dividir en dos supuestos, a saber:

1) Hipótesis en la cual se efectiviza la realización repetida del mismo tipo en un corto espacio de tiempo; por ejemplo, la redacción y posterior remisión de un texto con múltiples injurias, un hurto llevado a cabo mediante varias acciones de sustracción, injuriar mediante varios términos ofensivos, o varias acciones de penetración carnal constitutivas de una única violación¹⁶⁷.

La semejanza existente entre las hipótesis analizadas y el delito continuado es evidente; será menester, entonces, enunciar un criterio rector que sirva de línea divisoria entre ambos institutos.

La diferencia entre estos supuestos radicará, sin lugar a dudas, en la concurrencia de las figuras afectadas; es decir que mientras en el delito continuado podemos concebir una pluralidad de tipos que por una esencial modalidad comisiva se consideran delito único efectivizado de manera continuada, en los supuestos de unidad de acción típica por el ejercicio

¹⁶⁶ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 998, Bosch Editorial, Barcelona, 1981; Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 534, Ed. Astrea, 1995.

¹⁶⁷ G. Warda, *Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre*, en *Juristische Schulung*, JuS, págs. 81 a 93, 1964; R. M. Hönig, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, págs. 77 y ss., Manheim, 1925; W. Höpfner, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, págs. 222 y ss., Berlín, 1905-1908.

repetido de la misma figura la unidad de delito resulta evidente, como consecuencia de que las acciones continuas son absorbidas por un mismo tipo.

Dicho poder de absorción con respecto a los hechos se concreta por medio de un factor temporal, elemento determinante de unidad típica y cuya estructura se deberá estudiar en cada hipótesis aislada.

Otra diferencia consiste en que mientras la conducta es múltiple en el delito continuado, en los supuestos de unidad de conducta por efecto del tipo la conducta es única, a pesar de que existen varias acciones que la integran.

2) Hay también unidad de conducta por incidencia típica en los casos en los cuales existe una realización progresiva del tipo a través de una sucesión de actos parciales, por medio de los cuales el autor se aproxima más y más al resultado típico¹⁶⁸.

No nos explayaremos en la descripción de esta modalidad porque compartimos el criterio que la incluye como un caso más de consunción y, por tanto, supuesto concurso aparente de leyes.

4. Diferencia entre la pluralidad de acciones sólo determinables como conducta única por medio de la interacción del tipo legal y del concurso aparente.

Concepto.

La pluralidad de acciones sólo determinable como conducta única por medio del tipo diferirá del concurso aparente en que mientras en un supuesto una figura absorbe a otra u otras (concurso aparente), en el otro una figura sirve como factor determinante de la existencia de una sola conducta, o hecho, integrada por múltiples acciones fácticas.

Es decir que son los casos en los cuales queda demostrado de manera palmaria que el dato óptico no sirve aisladamente *per se* para determinar la unidad de conducta, con lo que es necesario recurrir al tipo penal en el caso concreto, y entonces,

¹⁶⁸ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 999, Bosch Editorial, Barcelona, 1981.

sí, poder afirmar la existencia de una hipótesis de unidad de conducta o hecho.

También se diferencian en que mientras en el concurso aparente siempre media absorción o exclusión de una figura por otra, en los supuestos de pluralidad de acciones constitutivas de una única conducta no existe ni absorción ni exclusión, sino que la intervención del tipo contiene varias acciones.

Podrá llegar a afirmarse que existe una absorción por parte de la conducta con respecto a las acciones, pero lo que sucede en realidad es que esas acciones integran la conducta, de manera tal que sólo podemos separarlas de ésta por medio de un procedimiento analítico, en el cual ubicamos las acciones dentro del aspecto objetivo de la conducta.

5. Diferencia entre la pluralidad de hechos o conductas absorbidas por un único tipo (concurso ideal a la inversa) y el concurso aparente de tipos.

Aquí la diferencia conceptual radica en que mientras en el concurso aparente una figura absorbe a la otra, en el concurso ideal —por el contrario— una figura absorbe varios hechos o conductas.

6. Ámbito continente de los tipos penales. Distinción con los supuestos de concursos aparentes.

a) Concepto.

La postura teórica que estamos desarrollando no sólo propone como elemento básico determinante de pluralidad de conducta el análisis pormenorizado y específico de dicho elemento, sino que, además, complementa este estudio por medio de las particulares relaciones que aquélla guardará con el o los tipos llamados a concurrir.

Las figuras funcionan de manera sistemática, es decir, se interrelacionan mediante reglas o pautas fijas que tiene la propia estructura codificada. Ello significa que las figuras en su totalidad integran y, a su vez, conforman un sistema, cuyos elementos están representados precisamente por los tipos penales.

Ahora bien, las relaciones propias entre las figuras son analizadas con oportunidad del estudio del concurso aparente y las relaciones típicas determinantes del mismo (especialidad, alternatividad, consunción y neutralidad), siendo la configuración de dicho concurso un factor de primordial importancia para determinar la existencia de unidad o pluralidad de tipos.

Pero las figuras, además de interrelacionarse, tienen, por su propia estructura, capacidad de comprender dentro de su ámbito continente no sólo un hecho o conducta, sino varios hechos o conductas.

A su vez, como ya vimos, estos hechos o conductas están integrados por varias acciones, que sólo serán consideradas como única conducta con la ayuda del tipo penal.

Es decir que aunque en el caso concreto se manifiestan varias acciones, éstas conforman una sola conducta o hecho, por ser integrantes de una unidad que es determinada por el verbo típico o núcleo típico.

También, existiendo una o varias acciones, se configurará una unidad de conducta en los casos en los que el tipo las unifique por abarcarlas dentro de un mismo ámbito continente.

Luego de lo dicho, podemos afirmar que, en la mayoría de los casos, el dato óptico resulta insuficiente para determinar pluralidad de hechos o conductas, con lo cual es necesario recurrir al plano típico para resolver el problema; pero en algunos casos el ámbito típico cobra relevancia principal en mérito al poder unificador que tienen diversos tipos especiales, que unifican, a través de su estructura, conductas que, de no mediar tal modalidad, serían concurrentes en forma individual a partir de su encuadramiento en tipos diferentes.

b) Modalidades.

De lo expuesto se desprende que, tomando como base las figuras penales, observaremos las siguientes modalidades:

a) pluralidad de "acciones" sólo determinables como conducta única por medio de la intervención del tipo legal;

b) pluralidad de conductas o hechos que son receptados por una única figura típica, supuesto éste de concurso ideal a la inversa.

Dicha modalidad estará directamente condicionada a la capacidad de absorción que la figura en cuestión revista

individualmente, tomando el término “absorción” no como modalidad abarcativa entre figuras (supuesto de concurso aparente), sino como modalidad abarcativa de la propia figura con respecto a varios hechos o acciones que son óptica y fácticamente independientes.

Es decir que se puede llegar a la unidad de tipo a pesar de existir más de una conducta o hecho por medio de dos caminos, a saber:

1) por efectivizarse algunas de las relaciones existentes entre los tipos, con lo cual un tipo absorbe a otro con el que aparentemente concurre: hipótesis de concursos aparentes de tipos, o

2) por darse el supuesto en que, aun mediando varios hechos o conductas, éstos sean absorbidos por un solo tipo (hipótesis de concurso ideal a la inversa) o que existan varias acciones integrantes de un solo hecho o conducta, pero sólo determinable por medio de la interacción del tipo penal.

7. Pluralidad de conductas o hechos que son receptados por una única figura típica. Concurso ideal a la inversa.

Definición.

Nos encontramos en esta hipótesis frente a casos en los cuales el hecho o conducta es absorbido por una figura a la que denominaremos “genérica”. Ésta sería la conclusión a la que arribaríamos si la figura receptara en su ámbito continente conductas que fueran —desde el punto de vista óptico— plurales, en muchos casos.

En este sentido, el art. 177 del Cód. Penal dice: “Será reprimido como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y el número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”.

Dicha figura describe de manera amplia conductas varias, que en la mayoría de los casos se presentarán bajo una modalidad plural y, no obstante, serán abarcadas por un único tipo.

En el art. 177 de nuestro Cód. Penal, la apreciación a efectuar para merituar la existencia de una adecuación típica nunca podrá efectuarse tomando un solo hecho de manera individual, al igual que la quiebra fraudulenta (art. 176), en la cual las conductas, aunque se delimitan perfectamente, son múltiples.

Con respecto a dicho art. 177, Sebastián Soler afirma que: "Al fin, un acto de fraude, una enajenación simulada, por ejemplo, es un hecho susceptible de ser delimitado con plena exactitud y lleva a la quiebra fraudulenta sin duda alguna"¹⁶⁹.

En la forma culposa del delito, en cambio, debiendo considerarse las acciones del sujeto en su relación con la insolvencia posterior, el juicio no puede basarse nunca en la apreciación aislada de un hecho sino, en todo caso, en la relación de ese hecho con otros hechos o situaciones.

Esta conjunción de hechos, exigida por la figura, da lugar a casos de concursos aparentes, pero que, a diferencia de los mismos, no surgen de la posibilidad sistemática de la aplicabilidad que media entre las diversas figuras que componen en el Código Penal, sino que dicha aparente concursividad surge del propio ámbito continente de la figura penal en algunos casos.

Graficando la modalidad descripta, llegamos a un esquema de relación que es diametralmente opuesto al del concurso ideal.

Denominaremos a esta especie del género "concurso aparente", como "concurso ideal a la inversa". Para que el mismo se manifieste deben mediar, entonces, pluralidad de hechos y unidad de tipo.

Igual solución puede inferirse de la modalidad descriptiva del art. 208, inc. 1°, del Cód. Penal, figura conocida como ejercicio ilegal del arte sanitario. La misma hace referencia a un conjunto de hechos que, a veces, pueden muy bien deslindarse, tanto final como fácticamente; dice el citado artículo: "El que sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, agua, electricidad o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito...".

¹⁶⁹ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal argentino. Parte General*, t. IV, pág. 437, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

Para una parte de la doctrina, dicho hecho es punible cuando es habitual, lo que importa reiteración fáctica; esta posición lo define como delito plurisubsistente. Esta teoría se conoce también como objetiva, a diferencia de la subjetiva, que sostiene que la "habitualidad" referida es una característica subjetiva del delito que se basa en la voluntad del autor y que deriva del ejercicio del arte de curar por hábito.

Creemos que la habitualidad se conformará, cuando importe una reiteración de hechos, con su correspondiente número de finalidades, que componen una actividad pensante. Es decir que dicha figura incluye a aquellos que llevan a cabo los hechos descritos de manera reiterada (objetiva y subjetivamente), lo que significa finalidad múltiple, que en la hipótesis se puede traducir también como la finalidad de ejercer habitualmente de manera ilegal.

La finalidad en sí puede basarse en la habitualidad, pero ésta contiene, a su vez, el fin de ejercer los actos ilegales, con lo cual la individualidad de cada uno de ellos dará como resultado un conjunto de hechos comprendidos en un solo continente típico, supuesto éste de concurso ideal aparente, bajo la modalidad que hemos dado en llamar concurso ideal a la inversa; cabe aclarar que serán atípicas estas acciones tomadas en forma aislada.

PARTE QUINTA
EL DELITO CONTINUADO

CAPÍTULO XVIII

EL DELITO CONTINUADO

1. Concepto. Teoría de la ficción.

En un primer análisis, concordamos en asignar a la figura del delito continuado similar constitución que a la del concurso real, puesto que tanto en éste como en aquél existen varios hechos perfectamente individualizados por tipos penales autónomos, aunque dicho conjunto de hechos y encuadres tenga una determinada relación que lo lleva a un tratamiento procesal y jurisprudencial de especial atención.

En nuestro medio legislativo no se ha incluido como instituto el delito continuado, debiendo atender primero al criterio jurisprudencial y luego al doctrinal para definir este aspecto.

Para esta teoría, el surgimiento del instituto en cuestión se basa en una clara actitud de equidad frente a determinados concursos materiales realizados de manera especial, teniendo en cuenta que, de juzgarlos como tales, la pena a imponer resultaría excesiva con respecto al desvalor de los hechos cometidos.

El esquema del delito continuado puede definirse a partir del concurso real o material, cuyos hechos no son independientes entre sí.

2. Fundamento.

No hay duda de que el fundamento de la teoría del delito imposible radica en el propósito de recusar o anular la aplicación de penas extremadamente severas a causa de la simple repetición del mismo hecho.

Al respecto, afirmaba Farinacius: "Tampoco hay varios hurtos sino uno solo, cuando alguien robare de un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente una

o más cosas, no puede decirse «varias veces» si los robos no se llevaron a cabo en especie y tiempos distintos”¹⁷⁰.

Con relación a las razones de equidad oportunamente argumentadas por la política criminal, Bacigalupo afirma, refiriéndose al instituto de estudio, que “fundamentalmente razones prácticas han dado lugar a la construcción del delito continuado. Con él se quiere evitar la investigación del momento y la extensión de los hechos individuales”¹⁷¹.

Para la teoría de la ficción, la particular característica del delito continuado es evitar la aplicación directa del art. 55 del Cód. Penal en el caso concreto, por cuanto el único carácter diferenciador del delito continuado y del concurso real radica en la continuidad (para el primero) o discontinuidad (para el segundo) de los hechos múltiples en cuanto a su apreciación.

Dicha apreciación de continuidad funda la dependencia de los hechos en mérito a diferentes circunstancias, que se deberán comprobar a fin de determinar la existencia de delito continuado.

Para esta postura, la estructura del concurso de figuras que estamos analizando no cuenta con apoyo legal alguno en nuestro medio, por cuanto la elaboración dogmática del mismo es en sí, sólo en nuestro país, un análisis científico de política criminal basado en la búsqueda de equidad y justicia ante situaciones de hecho no contempladas por nuestra legislación de manera acabada y coherente.

Así, discrepamos con Bacigalupo cuando entiende que el instituto en cuestión es producto de una “elaboración dogmática que carece de todo apoyo en la ley”¹⁷², porque es precisamente

¹⁷⁰ P. Farinacius, *Praxis et theoricæ criminalis*, Libri duo, Franforti, 1597, al que cita también Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 303, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

¹⁷¹ E. Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 418, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, pág. 274, Berlín, 1982; Günter Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, pág. 353, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982; este autor sostiene que el instituto en cuestión obedece a una finalidad práctica, como consecuencia de su efecto de alivio para los organismos de persecución penal en las grandes series de delitos de un mismo autor, afirmando así que el denominado delito continuado carece de todo fundamento en la ley.

¹⁷² E. Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 418, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

el apoyo en la "ley" vigente en lugar y tiempo determinados el objeto de estudio de la dogmática penal.

Quizá la dogmática comparada podrá definir el delito continuado por medio del análisis de la letra del legislador, de la cual emerge su definición científica.

Tal elaboración resulta difícil en nuestro Código Penal, ya que el instituto no ha sido receptado por el legislador como ficción, lo que nos pone en un gran aprieto en cuanto a sus posibilidades de aplicación si seguimos esta teoría; si bien la misma parece ampliamente justificada en virtud de las razones de justicia que imponen su vigencia, se hace necesaria una reforma del Código Penal en tal sentido, dada la inseguridad que plantea la aplicación de un instituto sin sustento dogmático, característica que a nivel nacional es indiscutible.

3. El delito continuado y la unidad de hecho.

Con respecto a este tema, si bien existe, o por lo menos es exigible por la doctrina mayoritaria, la unidad de resolución final para que pueda corporizarse el delito continuado, creemos que la identidad y autosuficiencia propias de cada uno de los actos realizados por sí mismos autoriza, en función de los tipos llamados a concurrir, a afirmar que hay más de un hecho, por cuanto cada uno de los que integran el delito continuado son individualmente delitos autónomos.

Así, de interrumpirse la ejecución de un delito continuado luego de su primera acción, nos encontraríamos igualmente con un delito autónomo. En tal sentido, la esencia del delito continuado no radica en la comisión de un único hecho y su encuadre típico correspondiente, sino en la concreción de varios hechos y encuadres que son, a tenor de circunstancias especiales, dependientes entre sí.

4. Teoría de los hechos dependientes. Tipo único.

También se afirma que el delito continuado no es más que la descripción de una situación en la cual nos encontramos frente a una pluralidad de hechos que, en definitiva, apuntan a la realización de una única figura; dicha opinión se ve fuertemente sustentada por el hecho de que la doctrina

mayoritaria sostiene que debe presentarse en el caso concreto la lesión o puesta en peligro de un único bien jurídico, y sólo una vez. De manera tal que, si entendemos que este bien jurídico se encuentra tutelado por una norma determinada, es lógico que su lesión sea receptada por la misma más allá de que se realice por etapas.

Así, la otra condición exigible —correspondiente al dolo único— estaría haciendo referencia a la unidad de resolución final receptada por el mismo dolo, el que, como elemento central del tipo subjetivo, explicaría claramente la imposibilidad de multiplicar los tipos llamados a concurrir ante la evidencia de una única voluntad realizadora del tipo objetivo.

A fin de aclarar lo expuesto, podemos enunciar que el delito continuado puede responder a:

1) Un supuesto donde habría varios hechos y varias sanciones (encuadres típicos), y que, por materializarse bajo condiciones especiales (tres requisitos), no podría manifestarse entre los hechos citados una autonomía individual, con lo cual estaríamos frente a un esquema de concurso real o material cuyos hechos no son independientes entre sí; sin embargo, hablamos de concurso real especial de hechos dependientes porque, como afirma la doctrina mayoritaria, se impone una razón de justicia a fin de no juzgar como concurso real los casos en los cuales se manifiesten las condiciones exigidas por la teoría del delito continuado.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritarias afirman que sólo una razón de equidad permitiría no acusar al autor de estupro que durante un tiempo mantuvo relaciones sexuales con la víctima, en mérito a varios hechos con sus encuadres correspondientes, puesto que tal conclusión sería ridícula.

Esta postura se conoce como “doctrina de la ficción”; los autores que la siguen sostienen que en estos casos nos encontramos ante verdaderos concursos reales o materiales, y sólo mediante una ficción jurídica podemos transformarlos en encuadramientos únicos, es decir, en un único delito continuado.

Ésta es la postura de Carrara, quien dice que, en verdad, los actos realizados fueron varios, “y cada uno de ellos contiene en sí todo lo necesario para constituir un delito completo, pero con esta rigurosa exactitud se caería en el

ridículo si se igualase la multiplicidad de los actos a la multiplicidad de las acciones sólo porque cada acto constituye un delito completo”¹⁷³.

Vincenzo Manzini, también seguidor de esta doctrina, resultaba aún más claro cuando afirmaba:

“La volontà dello Stato, imponendo di «considerare come un solo reato» una pluralità di reati, sulla base d'un eccezionale apprezzamento del disegno criminoso, ha dato scientemente una nozione in sè stessa non vera (reato unico) di uno stato di fatto esattamente conosciuto nella sua realtà (pluralità di reati), ha creato, cioè, come dicemmo, una «finzione giuridica»”¹⁷⁴.

Es decir: “La voluntad del Estado, que impone considerar como un solo delito una pluralidad de delitos, sobre la base de una excepcional apreciación del designio criminoso, ha dado conscientemente una noción en sí misma no verdadera (delito único) de un estado de hecho exactamente conocido (pluralidad de delitos), ha creado, como decimos, una ficción jurídica”.

Debe tenerse en cuenta que Manzini hizo su planteo con sustento dogmático basado en la normativa italiana correspondiente al Código de 1930, por medio del cual el concurso real de delitos no era aplicable si “...con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa disposizione di legge, anche se di diversa gravità. In tal caso le diverse violazioni si considerano come un solo reato e si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo”¹⁷⁵.

Manzini formula su criterio en mérito al art. 81 del Cód. Penal de 1930, llegando a la conclusión de que la solución que el mismo ofrece con respecto a los casos de concurso material en los cuales existe un mismo designio criminal no es más que una ficción jurídica, apreciación que enuncia claramente: “*L'istituto del reato continuato è fondato, indiscutibilmente, sopra una finzione giuridica*”¹⁷⁶.

¹⁷³ Francesco Carrara, *Programma del corso di Diritto criminale. Parte Generale*, t. I, cap. 534, Lucca, 1877.

¹⁷⁴ V. Manzini, *Tratatto di Diritto Penale italiano*, t. II, pág. 545, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1933.

¹⁷⁵ Art. 81 del Código Penal italiano, 1930.

¹⁷⁶ V. Manzini, *Tratatto di Diritto Penale italiano*, t. II, pág. 544, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1933.

2) El segundo criterio estaría haciendo referencia a la insuficiencia del dato óptico como factor determinante de unidad en los supuestos mencionados, por cuanto, además de tener en cuenta los hechos en sí a fin de definir su dependencia, esta última se establecería al momento del análisis del ámbito típico en virtud del estudio de la relación existente entre el dolo y la unidad de resolución que lo precede, a la que podríamos denominar ahora unidad de resolución final.

Luego, la lesión al bien jurídico sería única si el dolo fuese único, de manera tal que el delito continuado no sería ya un supuesto de concurso real sino que su estructura respondería a la de un encuadre único, dado, en el caso, por la unidad de dolo.

Lógicamente, debería exigirse la unidad de lesión o puesta en peligro de un único bien jurídico tutelado, puesto que dicho elemento ayudaría a la determinación de la unidad de dolo.

3) Entre otros criterios sostenidos que han sido ideados a fin de explicar el instituto en cuestión, merece destacarse la teoría denominada "doctrina de la realidad", que afirma —contrariamente a lo sostenido por las anteriores— que el delito continuado es una unidad real, que no puede ser escindida jurídica y naturalmente.

5. Criterios distintivos del delito continuado.

a) Unidad de dolo.

También es llamado unidad de resolución por parte de la doctrina. La esencia de este elemento radica en la voluntad del sujeto activo, por cuanto sería un solo hurto cuando, con la intención de sustraer la totalidad de la cosa, se divide la materialización del acto a fin de facilitar la tarea; así, quien se apodera de un collar sustrayendo una perla por día, o el empleado de una fábrica de televisores que se queda con una unidad llevándose una pieza por día.

Comparando estos casos con los de quienes se apoderan del collar o del televisor en una sola unidad temporal, sería injusto tratar un caso como concurso real y el otro como encuadre simple, desde que, en definitiva, la materialización de la voluntad se efectúa de manera única y conduce a una resolución única.

b) Pluralidad de acciones homogéneas.

En este elemento, lo que la doctrina y la consecuente jurisprudencia italianas quieren evidenciar es la necesidad de la existencia de varios hechos autónomos, de manera tal que cada uno de ellos, por sí mismo, agote el ámbito típico de la figura llamada a concurrir.

Entendemos que para determinar el análisis de este aspecto debemos aplicar lo dicho con respecto a la concurrencia de figuras en general, es decir, establecer la separabilidad de los hechos en mérito a la finalidad (lo que en este caso se evidenciaría por la unidad de resolución) y a la incidencia de la o las figuras llamadas a concurrir.

El conjunto de hechos debe presentarse, como exigencia inexcusable, de manera homogénea; esto significa que cada uno de los hechos se debe manifestar de forma similar, bajo el amparo de una misma figura.

c) Unidad de lesión jurídica.

Otro dato de singular importancia es la exigencia de la unidad de lesión con respecto a un bien jurídico determinado.

El dato correspondiente a la identidad de figuras concurrentes representa el elemento más importante de calificación a efectos de verificar la unidad de lesión; de la misma manera acontece, como afirmáramos, con la determinación de la homogeneidad de hechos.

En tal sentido, Soler aclara el concepto: "Además de esa homogeneidad externa de la acción, suele requerirse con mayor o menor severidad, que cada acción caiga bajo la misma disposición legal"¹⁷⁷.

6. Jurisprudencia.

Dado que, como dijimos, el delito continuado es una creación de índole jurisprudencial, resulta esencial que nos remitamos a los fallos específicos a fin de determinar supuestos concretos de delitos continuados.

¹⁷⁷ Sebastián Soler, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, pág. 306, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

En general, la jurisprudencia ha admitido la exigencia de tres requisitos básicos para verificar la materialización del delito continuado: “Adentrándonos en la aceptación de la viabilidad dentro de nuestras disposiciones legales de la figura del delito continuado, debe reconocerse una notoria coincidencia entre los autores y la jurisprudencia en cuanto a que son tres los requisitos exigibles para que esa hipótesis se dé: cierta homogeneidad en la acción, la lesión del mismo bien jurídico y la unidad de dolo, aunque algunos añadan la necesidad de adecuación a un mismo tipo legal y una coincidencia temporoespacial” (*in re*: “Gilberto, José L.”, CNCrim., Sala IV, 16/8/90, causa 37.830, del sent. T, sec. 26).

Haciendo referencia a la configuración del delito continuado se ha sostenido: “Los hechos atribuidos al procesado —estafa reiterada en 51 oportunidades— no pueden interpretarse como un delito continuado, pues para que éste se configure, además de la intención dolosa, es preciso que se dé también la identidad de bien jurídico tutelado y la identidad de tipo en la conducta” (*in re*: “Provenzano, A.”, CNCrim., Sala IV, 29/9/89, causa 17.572, del sent. U, sec. 27).

Con respecto a la unidad de bienes jurídicos tutelados, lesionados como causa de exclusión del delito continuado, se ha afirmado que “...no dándose la hipótesis de delito continuado puesto que hay pluralidad de damnificados, afectándose el bien jurídico de la propiedad, identificándolo con un patrimonio distinto en cada caso” (*in re*: “Cao, Daniel”, CNCrim., Sala IV, 9/8/85; con igual criterio, *in re*: “Provenzano, A.”, ya citado).

En relación a la unidad de dolo como requisito esencial podemos citar el fallo *in re*: “Gigena, Raquel”, CNCrim., Sala II, 6/9/90, causa 37.807; en la misma se citó a H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo II.

Se afirmó en tal sentido que en el delito continuado resulta decisiva la unidad de dolo, es decir, un dolo global que abarque el resultado total del hecho, de manera tal que el dolo esté dirigido de antemano a la totalidad de las distintas lesiones patrimoniales.

Del mismo modo opinó la Sala III, *in re*: “Ciaccaglia, Carlos H.”, 12/4/91; a igual conclusión arribaron la Sala VII, *in re*: “Gorosito, Aldo”, en la causa 3267, 7/2/84, y la Sala II, *in re*: “Mario, J. C.”, 26/9/85, causa 29.905.

PARTE SEXTA

**CASOS PARTICULARES DE RELACIONES
ENTRE FIGURAS**

CAPÍTULO XIX

CASOS PARTICULARES DE RELACIONES ENTRE FIGURAS

Existen varias hipótesis de relaciones entre figuras sobre las que será necesario explayarse, por cuanto ellas crean muchas veces problemas de interpretación relativos a su aplicación en casos concretos.

Es así como algunas de estas relaciones son más frecuentes en la práctica que otras; sin embargo, trataremos de no establecer diferencias en cuanto a la asiduidad con que se dan en la realidad, ateniéndonos a un análisis objetivo propio y a una pequeña referencia jurisprudencial que puede ser de gran ayuda.

1. Relación entre la figura de estafa y la de uso de documento falso.

Parte de la doctrina y de la jurisprudencia trata de sostener la existencia de una hipótesis de concurso ideal en estos casos (art. 54 del Cód. Penal), por cuanto se afirma que existe unidad de hecho cuando el instrumento falso es, en definitiva, usado como parte del ardid, lo que en principio sería valorado como una unidad real de acción, puesto que “existe estafa en concurso ideal con uso de documento falso, aunque el instrumento haya sido elemento básico del ardid, si el procedimiento falsificadorio sirvió para viciar la voluntad del comerciante damnificado” (CNCrim., Sala V, 27/8/75, *in re*: “Noronha, Aníbal”, “L.L.”, 1976-B, pág. 436).

En la gran mayoría de los casos se ha utilizado el criterio de la denominada teoría del “medio-fin”, o de la “unidad de hecho”, o “unidad de acción”, para poder calificar como concurso ideal la hipótesis en la cual el sujeto activo usa un instrumento falso a fin de llevar a cabo el ardid, lo que a nuestro criterio

aparece a todas luces como inexacto, puesto que en definitiva el empleo del instrumento falso forma parte del ardid de manera constitutiva a nivel típico, concluyendo que nos encontramos ante un caso de concurso aparente, o bien —y creemos que es la respuesta más sólida— diremos que existen dos claras voluntades generadoras de dos hechos diferentes con sus respectivos encuadres típicos, debido a que la utilización voluntaria del instrumento falso ya cierra de por sí el desvalor normativo necesario para configurar la mencionada pluralidad de hecho.

No importa aquí qué finalidad última se persiga con esta conducta, por cuanto la teoría del “medio-fin” resulta inaplicable a esta altura de la exposición, en mérito a las críticas que oportunamente efectuáramos.

2. Relación entre la figura de estafa y la falsificación de documentos.

En estos casos, entendemos que la solución debe asimilarse al supuesto de la concurrencia con el uso de instrumento falso, por los mismos fundamentos ya expuestos.

En el sentido que venimos exponiendo, aunque sin dar exactamente el mismo fundamento parece muy claro el siguiente fallo: “Si el delincuente no se ha echado atrás frente a la doble consecuencia criminosa, no vacilando en ejecutar su designio —falsificación e intento de estafa en el caso— debe concluirse que no sólo «ha querido» lo que ha hecho, sino que lo ha querido hacer precisamente mediante la violación de una nueva figura penal; de tal manera, si a su mayor perversidad de ánimo corresponden múltiples lesiones jurídicas, cada una en sí misma voluntaria, si múltiple es el perjuicio producido y querido, si el daño inmediato es mayor, porque más profunda es la perturbación, más viva la preocupación social, no hay razón que justifique la conclusión de que el delito es único” (CNCrim. Fed., Sala II, 23/10/78, *in re*: “Guillermo, J.”, “L.L.”, 1979-D, pág. 439, con nota de Ricardo Núñez).

Es evidente la referencia al elemento volitivo a fin de establecer la pluralidad de conducta, aunque el fallo no llega a explicar de manera acabada cómo influye la intención del sujeto activo en la determinación de pluralidad.

Sin embargo, el esfuerzo es notable, por cuanto afirma que la mayor perversidad de ánimo responde a la mayor "perturbación jurídica" querida voluntariamente, lo que significa que la finalidad receptada por el dolo en cada uno de los tipos llamados a concurrir determinará la pluralidad de hechos, todo ello en un lenguaje más elemental aunque no por eso menos convincente.

En la nota citada, el profesor Núñez acota que, de manera indudable, siempre que en la "...*Parte General* se emplea la palabra «hecho», el término se refiere a la conducta descripta por un determinado tipo delictivo; ¿por qué se ha de pensar que el «un hecho» del art. 54 no tiene ese mismo significado?".

Aclara luego que, partiendo de esta base, un hecho, en este sentido, puede caer bajo más de una sanción penal, y da como ejemplos el rapto, la privación de la libertad, la violación y las exhibiciones obscenas, casos que analizaremos de manera individual, pero que, como ya lo afirmáramos, no los consideramos constitutivos de hipótesis de concurso ideal.

La postura que parece más apropiada es la de escindir en dos conductas la maniobra de estafa cuando ella se materializa por medio de la falsificación documental, por cuanto la vieja teoría del "medio-fin" resulta ya inaplicable, por los motivos oportunamente expuestos en este trabajo.

De manera tal que ante la materialización del ardid utilizando o elaborando un documento apócrifo se configurará claramente el supuesto individualizado por el art. 55 del Cód. Penal, es decir, concurso real de delitos.

En contra de la postura que sostiene el concurso real, podemos citar el fallo *in re*: "Zárate, Marcelo", CNCrim., Sala II, 22/5/90, causa 37.499, del sent. X, sec. 34: "...el hallazgo por parte del procesado de una tarjeta de crédito y de un documento de identidad que en principio pensó devolver, naciendo después el designio de utilizarla para efectuar compras por su parecido físico con el titular de la cédula de identidad, configura los delitos de apropiación de cosa perdida, en concurso real con estafa que concurre idealmente con falsificación de instrumento privado". Para la citada jurisprudencia no existe un supuesto de concurso aparente de leyes desde que la falsificación no constituye el ardid requerido para la concreción de la maniobra de defraudación,

dado que no representa un elemento indefectible de la estafa ni una figura menos grave en su misma línea, ni un tipo de aplicación supletoria. Así, la absorción de un tipo penal por otro sólo se produce si uno de ellos comprende al otro o si la ley dispone que de los dos tipos aparentemente concurrentes se aplique uno solo.

Siguiendo también el criterio del supuesto de la hipótesis del art. 54, se expidió la CNCrim., Sala III, *in re*: "Iglesia, María", causa 25.168, 4/7/89, procedente de sent. M, sec. 14; la condenada abonó la estadía en un hotel con una tarjeta de crédito perteneciente a un tercero, suscribiéndola como si fuera la titular del instrumento; en este caso, se sostuvo que la estafa concurre de manera ideal con la falsificación (art. 54); la misma sala mantuvo el mismo criterio en: *in re* "Hernández, S.", causa 25.558, 17/8/89, sent. W, sec. 31; podemos mencionar también la resolución *in re*: "Taverna, B.", de la CNCrim., Sala I, causa 34.553, 19/4/89, de sent. U, sec. 28.

Si el procesado realizó un contrato de locación ofreciendo la fianza de un tercero cuya firma resultó fraguada (CNCrim., Sala II, *in re*: "Ivanissevich Machado, Antonio", "L.L.", Actualización de Jurisprudencia, t. XV, 9/9/66), nos encontramos frente a un concurso ideal. Ver también CFed. Córdoba, Sala Crim. y Correc., *in re*: "Ferreyra, Nereo", "L.L.", 149-215, del 28/12/67.

3. Relación existente entre la figura de hurto simple y la violación de domicilio simple. Arts. 162 y 150 del Código Penal.

La problemática radica en determinar qué tipo de concurrencia existe cuando el accionar consiste en llevar a cabo una entrada en domicilio ajeno, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo y, además cuando el agente sustrae de dicho lugar una cosa mueble, configurando el delito de hurto simple.

Surge de manera evidente que la utilización de la entrada y el tránsito por el domicilio ajeno, no obstante ser medios para lograr el hurto, no pueden unificarse con este delito, ya que estamos ante dos conductas claramente divisibles.

No puede utilizarse la remisión determinante de subsidiariedad expresa que contiene la fórmula del art. 150 del Cód. Penal cuando afirma: "...si no resultare otro delito más severamente penado", por cuanto para dicho Código la pena del hurto es menor en su mínimo que la de la violación de domicilio simple del art. 150.

No obstante, este argumento tantas veces sostenido por parte de la jurisprudencia podría ser rebatido por quienes sostienen la postura de que estamos ante un supuesto de concurso aparente, por cuanto éstos creen que la manifestación de la relación típica de subsidiariedad puede ser tácita.

De esta manera, la figura de hurto será aplicable en tanto y en cuanto no se lleve a cabo violando un domicilio; en caso contrario, será de aplicación este último.

El hurto resulta, pues, una figura subsidiaria de la violación de domicilio, porque su aplicación depende de que no se aplique aquél, es decir, de que no se materialice el hurto mediante la configuración del art. 150.

Creemos, sin embargo, que en el caso que nos ocupa no existe tal relación típica, ya que la estructura de las figuras en sí determina la configuración de dos hechos completamente independientes.

Descartadas, entonces, las posibilidades de concurso aparente por subsidiariedad tácita y expresa, sólo nos queda confirmar la clara existencia de una hipótesis de concurso real (art. 55 del Cód. Penal).

Así, la propia configuración de los tipos llamados a concurrir describe dos conductas claramente diferentes; por un lado, la invasión del domicilio ajeno, encuadrada en un tipo determinado, y, por el otro, la materialización de un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble efectivizado dentro de ese domicilio.

La materialización del concurso real o material resulta palmaria; las dos conductas perfectamente separadas son receptadas por dos tipos neutrales, desprovistos de cualquier relación entre tipos que se les pretenda atribuir.

Siguiendo la opinión que sostiene la existencia de una hipótesis de concurso aparente de tipos por medio de la denominada subsidiariedad tácita, se expresa un fallo de la Sala VII de la CNCrim., del 22/5/89: "El hecho atribuido al procesado debe ser calificado como violación de domicilio (art. 150 del Cód.

Penal) que absorbe al hurto que se intentó con posterioridad al ingreso contra la voluntad presunta de los ocupantes del departamento, siendo aquella calificación la que más se adecua al carácter subsidiario que debe operar cuando el tipo material del hurto se transforma en otro más grave por disposición expresa de la ley penal” (del voto de los doctores Navarro, Ouviaña y Piombo, sent. W, sec. 31, *in re*: “Ponce, Ítalo”, causa 11.321).

En este caso se confirmó la sentencia condenatoria, pero se modificó la calificación de hurto por la de violación de domicilio.

En relación a la postura que aparece sin lugar a dudas como la más sólida a fin de resolver el problema, se expidió la Sala I en su fallo del 13/6/91, *in re*: “Cofre, Carlos A.”, afirmando que “el delito de hurto concurre en forma real con el de violación de domicilio (del voto del doctor Tozzini, al que adhirió el doctor Rivarola, con la disidencia del doctor Ouviaña; CNCrim., Sala I, del sent. N, sec. 43, causa 38.219). Cabe aclarar que la disidencia se refirió a la hipótesis de la existencia de concurso ideal; el fundamento radicó en que en el caso nos encontramos ante un “hecho único” que se adecua a dos figuras; es así como el hurto y la violación de domicilio concurren de manera ideal.

Dicha postura parece plantearse sobre la base de la teoría de la unidad de hecho, pero sin convencer plenamente cómo se erige dicho acontecimiento en el supuesto de análisis, por cuanto los aspectos subjetivos de ambas figuras y su clara separabilidad normativa nos permiten inferir la existencia de dos hechos.

Sólo sosteniendo que la violación de domicilio es un medio por el cual el autor logra su cometido final —hurto—, puede explicarse razonablemente este caso como hipótesis de unidad de hecho.

De manera tal que sostener la unidad de hecho diciendo que en definitiva existe una sola finalidad (hurtar), y que, por lo tanto, dentro de ella se encuentra comprendida la finalidad de penetrar en la morada ajena, es afirmar que la voluntad-medio resulta inescindible de la voluntad-fin a la cual integra, dejando por supuesto de lado el desvalor normativo que están asignando dos figuras diferentes.

Entendemos que, en el supuesto que nos ocupa, tanto la postura que sostiene la existencia de concurso aparente de

leyes como la que propone la existencia de concurso real tienen, sin lugar a dudas, la virtud de haber sido interpretadas a la luz del dato óptico a nivel pretípico, pero considerando el desvalor normativo a fin de dar una conclusión final. Parece hacerse necesaria, pues, la aplicación en conjunto de ambas conclusiones.

Dicha apreciación tendría su principal fundamento en la manera de cometer el ilícito en cuanto a la oportunidad de sus materializaciones. Nos encontraríamos, de este modo, ante un supuesto de concurso real, cuando los hechos se manifiestan en diferentes ocasiones, sin que medie sentencia entre ellos.

En cambio, el supuesto de concurso aparente operaría en las situaciones en las cuales la manifestación de las violaciones a ambos tipos penales se efectiviza en una única ocasión, encontrándose, con respecto al hecho, las dos figuras íntimamente relacionadas por la oportunidad de su materialización, de manera tal que resultan complementarias a fin de realizar la voluntad del autor.

Ante esta situación, nos encontramos ante un único hecho, ya que sólo una de las figuras dolosas es aplicable en el caso por efecto de la relación típica de subsidiariedad tácita.

Según esta postura, en la hipótesis de estudio terminaría primando la figura de violación de domicilio por sobre la de hurto, absorbiendo aquélla a ésta, actuando el hurto como figura subsidiaria de la violación de domicilio, que es la más grave.

En tal sentido se expide parte de la jurisprudencia, como en el citado caso "Ponce, Ítalo".

Si bien este fallo afirma la existencia de concurso aparente, en el caso en estudio no parece resultar claro en cuanto a la referencia a "disposición expresa de la ley penal", por cuanto ésta se encuentra en el tipo del art. 150 pero no en el de hurto del art. 164, ello así porque dicha disposición, cuando estas figuras concurren en la misma oportunidad, resulta inexistente; de este modo, evidentemente, en el esquema de nuestro Código Penal, la expresión "si no resultare otro delito más severamente penado" que se encuentra en la descripción del art. 150, no puede ser aplicable si (en nuestro ejemplo) no tenemos otro delito más severamente penado que la violación de domicilio.

En cambio, sí tenemos solución por vía de la subsidiariedad para el supuesto inverso si la admitimos de manera tácita, de modo tal que en los casos en los cuales la violación de domicilio y el robo aparecen en la misma ocasión —e íntimamente relacionados de forma tal que ambos se complementan a fin de materializar el hecho en concreto—, el art. 162 deja su aplicación al art. 150, por ser ésta la figura más gravemente penada.

Creemos que éste es en definitiva el espíritu del fallo, por cuanto sólo por esta vía puede confirmarse, como aconteció, la sentencia condenatoria, modificándose la calificación del hurto por la de violación de domicilio.

Concluimos, entonces, que tanto la postura que sostiene el concurso real como la del concurso de leyes tienen un claro fundamento de análisis acerca de las dos relaciones concursales a las que se ha hecho mención en el presente trabajo.

Claro está que para los casos en los cuales las figuras se realizan de manera complementaria, la solución está directamente vinculada con la forma en que concibamos el poder de absorción de cada figura concurrente y, por lo tanto, con la determinación de la existencia de la referida relación típica.

A fin de sentar una posición hemos afirmado la figura de la existencia de concurso real; la principal apoyatura radica en la inexistencia de la relación típica de subsidiariedad, en virtud de que entendemos que la subsidiariedad tácita tendrá lugar cuando una figura entre en composición de otra, pero sólo como un elemento constitutivo o circunstancia agravante, y, por supuesto, cuando no exista una referencia expresa que condicione su aplicación.

Consideramos que no parece existir esta relación entre los arts. 150 y 162 de nuestro Cód. Penal, dado que los elementos constitutivos del tipo objetivo del art. 150 en nada integran o incluyen a los correspondientes del art. 162, o al menos a alguno de ellos, a diferencia de los casos contemplados al momento de tratar la relación de subsidiariedad, donde se dio como ejemplo la violación de domicilio y el hurto agravado del art. 163, según el cual la entrada mediante gonzúa o llave falsa supone la intromisión en morada ajena.

A pesar de la crítica que merece la postura que sostiene el concurso ideal, parte de la jurisprudencia se ha inclinado por ella.

Así, se determinó que “el delito de hurto concurre en forma ideal con el de violación de domicilio, pues ambos

lesionan distintos bienes jurídicos, siendo el segundo, en la mira del autor, el medio necesario para la perpetración del primero, sin solución de continuidad y en una sola conducta, objetiva y subjetivamente, debiendo escogerse la pena, de acuerdo al art. 54 del Cód. Penal, en el tipo del art. 150 del Cód. Penal que conmina el delito con un mínimo mayor" (*in re*: "Giménez, Ángel F.", CNCrim., Sala II, 20/4/92, causa 40.785, del sent. X).

Como puede observarse claramente, dos son las teorías que se están utilizando en este caso a fin de fundar el concurso ideal: por un lado, la inseparabilidad de las lesiones jurídicas y, por otro, la teoría del medio-fin de Carrara.

Por igual solución para los supuestos analizados, afirmando la existencia de concurso ideal, se pronunciaron: *in re*: "Kesner, J.", CNCrim., Sala VI, 8/10/90, causa 20.441, del sent. P, sec. 16; *in re*: "Fleitas, Guillermo", CNCrim., Sala III, 4/9/90, causa 27.520, del sent. B, sec. 4; *in re*: "Leiva, H.", CNCrim., Sala VI, 15/6/87, causa 14.777, del sent. S, sec. 23.

Con respecto a la tentativa de robo y violación de domicilio, ver el fallo *in re*: "Moyano, Roberto A.", CNCrim., Sala III, 5/11/91, causa 29.697, del sent. LL, sec. 41; cabe aclarar que el acertado voto en disidencia del doctor Loumage puntualizó que "si el procesado, luego de intentar sustraer con violencia cosas muebles, al ver frustrado su propósito y ser perseguido, ingresó en un edificio de departamentos sin el consentimiento de su encargado, existe un concurso real (art. 55), entre la tentativa de robo y la violación de domicilio".

En cuanto a la posición que sostiene la existencia de concurso ideal entre hurto y violación de domicilio por medio de la teoría del medio-fin de Carrara, resulta magistral el fallo *in re*: "Falcón Olivera, Mario A.", CNCrim., Sala VII, 20/8/91, causa 15.393, del sent. K, sec. 40, en el cual se afirma que "es inaplicable en nuestra legislación la hipótesis carrariana del delito-medio, concurriendo materialmente el delito de violación de domicilio y hurto, pues no existe homogeneidad alguna entre ambos ilícitos; resultan hechos autónomos, consumándose el primero con la mera penetración al recinto protegido, y el segundo comienza a perpetrarse con el apoderamiento ilegítimo de la cosa, por lo que tampoco puede esgrimirse la tesis de una continuidad delictiva".

Evidentemente, el correcto fallo de la Sala VII mantiene la tesis de la inexistencia de concurso ideal en virtud de la

clara crítica que se efectúa a la denominada teoría del medio-fin, que tiene como consecuencia nociva, en definitiva, que desemboca en el perjudicial sistema del "conteo de resultados".

La variante entre los fallos "Falcón Olivera" y "Ponce" radica en la diferente solución en cuanto a si nos encontramos frente a un concurso real o aparente, habiendo aclarado ya nuestra postura al respecto.

4. Relación existente entre las figuras de robo y lesiones.

Ya hemos precisado que la aptitud abarcativa del tipo descripto por el art. 164 es importante a fin de determinar la absorción de las posibles lesiones leves que se producen como consecuencia de la concreción del delito contra la propiedad.

Si esas lesiones asumen formas de mayor entidad, la conducta emergente ha sido prevista por el legislador dentro de la agravante correspondiente descrita en el art. 166, inc. 1°, del Cód. Penal.

La violencia constitutiva del acto material del propio desapoderamiento configurará, entonces, un elemento más del tipo objetivo del art. 164, absorbiendo así a las lesiones leves; ello implica un claro supuesto de concurso aparente por especialidad contingente.

Parte de la jurisprudencia sostiene la existencia de concurso ideal, hipótesis ésta con la que no concordamos.

Un claro ejemplo jurisprudencial de las posiciones encontradas lo podemos observar en el fallo *in re*: "Pedro, Alejandro E.", CNCrim., Sala I, 19/4/91, causa 38.377, del sent. K, sec. 40, en el que se afirma: "Las lesiones leves padecidas por el damnificado como consecuencia del apoderamiento concurren formalmente con el delito de robo tentado, conforme a las conclusiones del plenario «Winiarsi» del 30/12/49... en el robo, la violencia que causa lesiones leves queda abarcada en el tipo básico y cuando el empleo de violencia llega a resultados de mayor entidad, el codificador ha previsto figuras autónomas agravadas por tales resultados (arts. 165 y 166, inc. 1°, del Cód. Penal); por otra parte, tratándose de concurso ideal, las figuras penales ni se absorben ni se excluyen, y sólo una de ellas tiene

preeminencia conforme al principio de mínima suficiencia seguido por el Código en el art. 54, y al aplicarse la pena mayor, no pueden hacerse valer las restantes figuras delictivas como agravantes para la graduación de la pena divisible; en cambio, en el robo, para la medición de la sanción corresponde tener en cuenta el mayor o menor daño o lesión sufrida conforme a la regla del art. 41 del Cód. Penal; sin perjuicio de ello, debe aplicarse el plenario «Winiarsi» hasta tanto el tribunal en pleno decida variar el criterio...” (del voto del doctor Ouviaña, adhiriendo al del doctor Rivarola).

Precisamente, la relación típica, reconocida por el fallo que indica que la violencia constitutiva de las lesiones leves queda abarcada por el robo, nos debe indicar la presencia de una hipótesis de concurso aparente y no de un concurso ideal, por cuanto la relación típica excluye la posibilidad de pluralidad típica, resultando erróneo afirmar la existencia del supuesto que enuncia el art. 54.

Muy clarificadora resulta al respecto la disidencia que sostiene en el presente fallo el doctor Tozzini, cuando dice que “las lesiones leves padecidas por la víctima como consecuencia del desapoderamiento resultan consumidas por la figura del robo, habiendo entre este delito y el de lesiones leves un concurso aparente de tipos penales, también denominado impropio”.