

# Teoría de los concursos en el Anteproyecto del Código Penal

Nicolás D. Ramírez[1]

## I. Introducción [\[arriba\]](#)

En el presente trabajo, se analizará la Teoría de los concursos establecida por el Anteproyecto del Código Penal, y las diferencias que presenta con el régimen vigente.

Como se verá a continuación el régimen propuesto, que ya adelanto considero más preciso que el actual, tiene diferencias no sólo en torno a los concursos ya legislados, ideal y real, sino que también incorpora el concurso aparente.

Asimismo, el Anteproyecto, al cambiar la ubicación sistemática de los concursos, también busca darle una mayor claridad a estos institutos, haciéndolos más coherentes con respecto a la Teoría del delito.

## II. Análisis sistemático [\[arriba\]](#)

El primer punto a tener en cuenta, al momento de analizar la Teoría de los Concursos, establecida por el Anteproyecto es la ubicación sistemática que se le da a ésta. Mientras que en el Código vigente se encuentra en el Título IX de manera independiente, en este caso los redactores lo ubican dentro del Título II denominado Hecho Punible.

Esta ubicación sistemática debe considerarse un acierto ya que de esta manera no lleva a la confusión, muchas veces realizada por la jurisprudencia, de relacionar los concursos con una mera aplicación de penas.

Por el contrario, y aquí reside el acierto del Anteproyecto, el primer análisis debe partir del hecho punible, determinando así si nos encontramos ante un supuesto de unidad o pluralidad de conductas. Este análisis, si bien se realiza desde otro enfoque, no resulta distinto al que se efectúa al momento de analizar la participación criminal o la tentativa. Luego, la aplicación de la pena o la unificación de la misma resulta una consecuencia de dicho análisis, pero nunca una causa del mismo.

La segunda diferencia que trae el Anteproyecto se da respecto de la delimitación de los conceptos y los institutos. Si bien, como analizaremos en los siguientes puntos, sigue, en líneas generales el sistema actualmente vigente, al definir los conceptos de concurso ideal y real, y agregar el aparente, como así también al legislar la figura del delito continuado, no sólo se logra una mayor claridad conceptual sino que también, en el caso del delito continuado se realiza una protección más acabada del principio de legalidad.

Por ello se puede afirmar, que desde un punto de vista sistemático y metodológico, el Anteproyecto resulta un avance respecto de la legislación vigente, al otorgar mayor claridad a una temática, que como se sabe ya de por sí resulta intrincada.

## III. Concurso ideal [\[arriba\]](#)

El Anteproyecto en su art. 11 al regular el concurso ideal establece que “Cuando una conducta cayere, total o parcialmente, bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena más grave”.

Así podemos ver que se ha mantenido una definición similar a la vigente, cambiando el concepto hecho por conducta. Esta modificación, si bien en la práctica no tiene consecuencias importantes, atento el desarrollo de la teoría del delito, resulta ser más acorde a la terminología empleada por la doctrina.

Ahora bien, como afirmé a priori, la teoría de los concursos se fundamenta en la conducta analizada, debiendo utilizarse como primer criterio de análisis determinar si nos encontramos ante un supuesto de unidad de acción, el cual nos llevaría a la aplicación del concurso ideal, o de pluralidad de conductas, debiendo aplicarse el concurso real.

Así, la definición del concurso ideal resulta esencial en el ordenamiento para dejar establecido cuál es el concepto que toma el legislador para definir la unidad de acción. El concepto de unidad de acción, es un concepto sumamente difícil de determinar de manera científica, razón por la cual el ordenamiento debe adoptar un criterio objetivo y lo más fácilmente posible determinable.

Se han propuesto distintos criterios para determinar la unidad de acción. En primer lugar, autores alemanes como Schmidhäuser establecieron el criterio de concepción natural de la vida, según el cual, para que exista unidad de acción debe existir unidad de propósito y conexión espacio-temporal, según los usos normales de la sociedad[2] .

Esta postura clásica fue la seguida por el Tribunal Supremo Alemán al entender que existió unidad natural de acción cuando “el sujeto actuante realiza su voluntad unitaria, dirigida a una meta en el mundo exterior, por medio de una pluralidad de actos de la misma clase y, además, estos actos particulares de realización puedan ser objetivamente reconocidos como pertenecientes a un mismo conjunto, debido a su conexión espacial y temporal, de manera tal que, según esta concepción de la vida, ellos forman una acción (Cfr. RG, 44, 223, 226 y 227 y 58, 113, 116; BGH 10, 230, 231)”[3] .

Esta opinión, conformada por un aspecto objetivo que sería la conexión espacio-temporal y otro subjetivo, la voluntad dirigida de manera unitaria, tiene serias dificultades al momento de analizar conductas que afecten múltiples bienes jurídicos.

La principal crítica que ha tenido esta postura es que “cuándo y por qué lo decisivo es, en un caso, la resolución unitaria de la voluntad, en otro, la misma clase de la voluntad de acción, o en un tercero, la persecución de un objetivo unitario, es algo que queda tan poco claro como la utilización y la comprensión del también recurrido criterio de la conexión temporal y espacial inmediata”[4] . Así, sería difícil, por ejemplo, en el caso de la persona que disparando en un mismo acto una ráfaga de tiros, mata a varias personas, desde el punto de vista de esta postura, aplicar un concurso real.

Por estos motivos, este criterio no da una solución integral al problema, sino que solamente serviría para resolver aquellos casos que no presentan mayores inconvenientes.

Así, este criterio debe ser completado por el criterio jurídico, según el cual, varios actos pueden ser unificados según el sentido del tipo penal. Y es en este punto donde se encuentra el acierto del Anteproyecto, el cual menciona en su texto los dos conceptos necesarios, “conducta” y “sanción”, para determinar de la unidad de acción.

A cada tipo penal realizado le corresponde una determinada acción típica, debiendo analizarse en primer lugar la conducta en cuestión, bajo la luz del precepto penal. Es decir que cuando sólo se produce una realización típica, sin importar los actos realizados por el sujeto, nos encontramos ante una unidad de acción. Este análisis es el que llama Welzel factor normativo, el cual es “el enjuiciamiento jurídico-social a través de los tipos”[5].

Esta postura puede ser utilizada, por un lado, cuando el tipo penal requiere la comisión de más de un comportamiento, como sucede con el tipo penal del art. 302, inc. 3 del Cód. Penal, según el cual, el autor debe, en primer lugar, librar un cheque y, en segundo, dar la orden de no pago, abusando así de las causales previstas por la ley de cheques.

Por su parte también existen conductas que requieren pluralidad de actos para su configuración, generándose así la unidad de acción a través de la multiplicidad de actos. Este es el caso del delito de robo que requiere, por un lado, violencia física o fuerza en las cosas y, por el otro, un desapoderamiento ilegítimo[6] .

Ahora, también debe incluirse dentro de la teoría de la unidad de hecho los casos de realización repetida del tipo y los de realización progresiva del tipo. En el primero de ellos, el autor realiza varias conductas para completar el tipo, como sucede, por ejemplo, el caso de una persona que realiza varios viajes sucesivos desde la camioneta donde carga las cosas sustraídas estacionada en la puerta de la vivienda hacia el interior de la casa, para robar la misma. Respecto de los delitos de realización progresiva del tipo, éstos se dan, por ejemplo, cuando recién con el tercer golpe se logra matar a la persona.

En estos casos, al igual que en los dos analizados anteriormente, la multiplicidad de conductas no varía la situación motivacional del autor, generándose una única afectación al bien jurídico[7] .

Zaffaroni, si bien comparte esencialmente este criterio, establece como límite el factor final del autor al momento de realizar la conducta ya que “si no existiese el factor final no habría posibilidad de desvalorarlo como una única conducta y, en caso de no haber pluralidad de movimientos voluntarios, tampoco habrá posibilidad de desvalorarlos como una pluralidad de conductas. Son, justamente, los límites ónticos que debe respetar la construcción jurídica de la unidad de conducta”[8] .

En conclusión, si bien en su explicación de motivos los autores del Anteproyecto analizan principalmente al problema de las escalas penales aplicables, permanentemente se hace referencia a las conductas realizadas y la vulneración de los tipos penales. Esto, a mi modo de entender, deja traslucir que se busca seguir una concepción que analice la conducta cometida pero siempre teniendo en cuenta la naturaleza de los tipos penales.

#### **IV. Concurso Real** [\[arriba\]](#)

El art. 12 del Anteproyecto establece que:

Artículo 12.- 1. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con prisión, la pena aplicable tendrá como mínimo, el mínimo mayor, y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos.

2. Esta suma no podrá exceder del doble del máximo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes, y en ningún caso será superior al máximo legal de treinta años.

3. Respecto de las demás penas, se aplicarán reglas similares.

Este artículo, si bien mantiene, como en el caso del concurso ideal, el sistema del código vigente, precisa algunas cuestiones que en la actualidad se encuentran debatidas.

Como adelantara, la definición del concurso ideal resulta fundamental para determinar el concurso real, ya que en aquellos casos donde se entienda que exista pluralidad de conductas, es cuando se aplicaría la concurrencia de hechos. Por ello, la cuestión de mayor relevancia al momento de analizar el concurso real es la calificación legal aplicable.

La primera modificación introducida por el Anteproyecto, en mi opinión acertada, es la diferenciación entre el concurso de delitos con pena privativas de libertad y aquellas con otra especie de pena. De este modo, se mantiene el criterio lógico de establecer el mínimo mayor y la suma de los máximos.

Respecto del mínimo mayor, es indudable que pretender tener un mínimo menor que el establecido por alguno de los tipos penales intervinientes, llevaría a la hipótesis de beneficiar a aquella persona que vulnera dos tipos penales, en comparación con aquel que lo hace solamente con uno.

Por su parte, respecto de los máximos deben analizarse dos cuestiones. En primer lugar, si se realiza una suma aritmética, y luego, si se limita esa suma.

El Anteproyecto mantiene así el sistema actualmente vigente de suma aritmética, pero estableciendo que ésta no podrá exceder “doble del máximo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes”, sin poder superar nunca 30 años.

Respecto del límite máximo de 30 años, parecería ser un lapso razonable, teniendo en cuenta, como afirman los redactores “la necesidad de evitar el absurdo impone que en la pena para el concurso real, que tiene lugar cuando se condena a una persona por varios delitos independientes, si bien corresponden tantas penas como delitos (conductas típicas), no es admisible la suma aritmética de todas ellas hasta el límite de superar cualquier posibilidad de cumplimiento o incluso de vida”.

Si bien podría ser discutible si el límite puede ser de 25, 30 o 37 años y medio como algunos sostenían con anterioridad a la sanción de la Ley N° 25.928, el límite máximo actual de 50 años resulta inaceptable.

En este sentido Zaffaroni al explicar el concepto de unidad de la reacción penal, limita este límite máximo, ya que las penas al deber ser ejecutadas en tiempo existencial y racional, impiden una acumulación irracional de las mismas

Por ello, este límite máximo, mucho más razonable que el vigente, es uno de los grandes aciertos del Anteproyecto en materia de concurso.

Por otro lado, el Anteproyecto limita el máximo de la suma en el doble del máximo mayor de las conductas desplegadas. En este sentido en la explicación de motivos se refiere que “El problema que plantea la fórmula vigente es que viola el principio de legalidad de la pena, pues da lugar a una pena indeterminada en el caso de una pluralidad de delitos de poca gravedad, como puede ser un concurso real de varios hurtos, que tendría una pena mínima de un mes y una máxima que hoy no se sabe cuántos años son, pero que pueden ser treinta o cincuenta años. Es claro que la punición de una cadena de hurtos simples con una pena de treinta o más años no es, claramente, lo indicado políticamente ni resulta respetuoso de los principios generales, en particular el de proporcionalidad”.

Es cierto que numerosos hurtos, bajo ningún punto de vista pueden tener el mismo máximo que un homicidio, pero también es cierto que numerosos hurtos tampoco pueden tener la misma escala penal que dos hechos. Por ello, entiendo que en este caso este nuevo límite establecido por el legislador, no resulta acertado ya que no sólo vulneraría la sistematización del Código sino que violaría el principio de proporcionalidad.

En este caso opino que establecer criterios generales termina desnaturalizando el sistema de penas del, razón por la cual el límite de 30 años debería ser suficiente. Después debe ser el juez, al momento del hecho quien determine la pena aplicable, siguiendo una escala penal razonable, pero también sistemática.

Resulta acertada la crítica de los redactores, respecto de que nos encontraríamos en escalas penales muy amplias, pero debería ser función del juez, en el caso concreto, respetando la sistematicidad del Código y, fundamentalmente, el principio de proporcionalidad quien aplique la pena correspondiente.

Por último, y siguiendo el argumento que utilizamos respecto del límite del doble de la pena mayor de que en algunos casos los reglas generales son contraproducentes, el Anteproyecto, a diferencia del Código actual, diferencia los casos en los cuales la tipos penales concurrentes no tengan pena de prisión. Así, si bien, establece que deberían seguirse estas reglas, deja al arbitrio del juzgador la solución del caso concreto, evitando así un casuismo innecesario.

## **V. Concurso aparente [\[arriba\]](#)**

Nuestro Código vigente, al igual que la gran mayoría de los códigos modernos, no se refiere al concurso aparente. A diferencia de los concursos ideal y real, que son considerados como concurrencia de hechos, el concurso aparente es una simple concurrencia de leyes, ya que, según lo entendido por el legislador al tipificar ciertos delitos, nos encontramos en presencia de una sola conducta.

El art. 14 del Anteproyecto, a diferencia del régimen actual, prevé expresamente el concurso aparente. Esta incorporación refleja la voluntad de los redactores de incluir también ciertos institutos o concepto, que si bien desde un análisis riguroso no sería necesaria su legislación, con el fin de dar más herramientas para una correcta interpretación.

En este artículo se enumeran así los 3 principios esenciales del también llamado concurso de leyes: especialidad, subsidiariedad y consunción. Asimismo, de manera correcta no tuvo en cuenta lo que algunos autores identificaron como un cuarto principio, el de alternatividad, contenido por ejemplo, en el art. 8, 4ª del Código Penal Español al referir que “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

Este supuesto principio busca regular aquellos supuestos en los que dos tipos se mantienen paralelos y excluyentes como resultado de un error legislativo. Como bien explica Zaffaroni, más allá de que no puede un principio tener como punto de partida el defecto de una ley, la alternatividad, en todo caso, sería parte del principio de especialidad[9].

A mi entender, si bien la incorporación que ha realizado el Anteproyecto de ciertos institutos con un fin netamente aclarador, no existe tal necesidad en este supuesto. Más allá de que en sus motivos, y no sin razón, funda la inclusión del concurso aparente para evitar soluciones ridículas, como por ejemplo la “condena por homicidio y daño, porque la bala perforó el traje o porque el veneno arruinó el vino de la botella de la que bebió la víctima; homicidio consumado y tentativa, porque el primer balazo no lo mató, sino el segundo; etc.”, estas soluciones jurisprudenciales no responden a una deficiente técnica legislativa, sino a una grosera interpretación de la ley. Al desarrollar de manera tan general los principios nucleares del concurso aparente, sin que dicha referencia permita determinar el alcance de los mismos, una sola mención del concurso de leyes para diferenciarlo del concurso de hechos, tendría el mismo efecto interpretador.

Por otra parte, en mi opinión, el Anteproyecto ha omitido, al momento de legislar el concurso aparente, el denominado principio de combinación. El principio de combinación establece que existen ciertos supuestos en los cuales la norma desplazada en el concurso aparente mantiene cierta influencia al momento de aplicar la ley[10].

Según Jakobs este principio se aplica cuando “la especialización se requiere por un efecto cualificante, y la ley desplazada permite una consecuencia jurídica más grave que la ley a aplicar (pena mínima más elevada, pena accesoria, etc.), hay que completar el marco de la ley a aplicar con la agravación (uno de los efectos cierre de la ley más leve)”[11].

Esta ha sido la solución tomada, de manera excepcional por nuestra jurisprudencia al entender que “las figuras de los artículos 89 y 104 del Código Penal prevén una pena máxima -un año y tres años respectivamente- inferior a la mínima del artículo 189 bis, inciso 2º, cuarto párrafo, ibídem -reclusión o prisión de tres años y seis meses-, lo que indica que si los únicos tipos penales que subsisten son los primeros, el autor merecería una sanción menor a la que le correspondería según el delito dejado de lado; es decir, la conducta que se presenta más grave por haber creado un riesgo a la integridad física de las

víctimas estaría reprobada en menor medida que la simple amenaza genérica derivada de la posesión de armas de fuego sin autorización legal”[12].

Es decir que en este caso la norma desplazada (art. 189 bis) mantiene un efecto de bloqueo, respecto de su mínimo, no pudiendo ser este menor que el que establece la norma dejada de lado.

Este llamado efecto de bloqueo, si bien es más severo que el establecido en la norma particular, tiene su fundamento en delito desplazado, en el cual el legislador ya estableció la pena que merece la infracción de dicha norma. Así para mantener la coherencia de nuestro sistema, si el legislador entiende que para tal afectación a un bien jurídico se merece cierta pena, el hecho de que exista un concurso aparente no puede contradecir lo establecido en la norma desplazado[13]

En conclusión, si bien coincido con el Anteproyecto acerca de la necesidad de incorporar al Código ciertos institutos con un fin más interpretador que de aplicación estricta, la sola enumeración del concurso aparente (con el agregado del principio de absorción como consecuencia del concurso real), sin mencionar de manera un poco difusa los principios que la integran, sería menos controversial que la redacción propuesta.

## VI. Conclusión [\[arriba\]](#)

En conclusión, el nuevo sistema propuesto por el Anteproyecto debe tener acogida favorable, ya que no sólo no se aparta del régimen vigente, aceptado de manera general por la doctrina y la jurisprudencia, sino que establece ciertos límites y precisiones que mejoran la legislación aplicable.

Si bien, se han formulado algunas críticas a esta propuesta, tanto la limitación impuesta al máximo general de la pena en el concurso real, como la incorporación del concurso aparente, son claramente adelantos en materia de concurrencia de delitos y conductas que traen una mayor claridad a un tema que como ha dicho alguna vez Enrique Gimbernat, junto con el concepto de omisión, el de unidad de acción es el más oscuro de toda la doctrina penal.

---

[1] Abogado Mag. en Derecho Penal. Profesor en grado y posgrado en la Univ. Austral.

[2] Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, p. 633, 7° ed, B de F, Bs. As., 2005.

[3] CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito continuado, p. 111, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

[4] MAURACH, R., GOSEL, K H. Y ZIPF, H., Derecho Penal. Parte General 2, p. 523, marg. 33, 1995 citado por CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito continuado, p. 115, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

[5] CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito continuado, p. 119, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997

[6] Cfr. RIGHI, Esteban, Derecho Penal Parte General, pp. 440/1, Ed. Lexis Nexis, Bs. As.,

2007.

[7] MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, p. 635, 7° ed, B de F, Bs. As., 2005.

[8] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal Parte general, p. 858, Ed. Ediar, Bs. As., 2003.

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal Parte general, p. 86-8, Ed. Ediar, Bs. As., 2003

[10] Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General, p. 794, Ed. Comares, 1996.

[11] JAKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General, p. 1068, Marcial Pons, Madrid, 1997.

[12] TOC 17, Sammy Junior Vargas Soler, 13/11/2010.

[13] No debe confundirse el supuesto de desplazamiento por especialidad por los atenuantes que puede tener un tipo penal.