

Ernesto E. Domenech

Año 2011.

Concurso Ideal

1. Presentación

El concurso ideal puede ser abordado desde diversas perspectivas.

- Una, la más frecuente, como uno de los casos de concurrencia de penas. Es decir desde la llamada *Teoría de la Pena*.
- Otra analizarlo desde la *Teoría del Delito*, y registrarlo como un caso singular que presenta la denominada relación de tipicidad. Más concretamente como un caso de tipicidad sobreabundante.
- Finalmente es importante relacionar el concurso ideal analizando sus incidencias en *las consecuencias jurídicas* de los actos típicos.

2. La concurrencia de penas

a. Tipos de concursos

Bajo el título de “concursos” el texto del C.P. regula situaciones distintas:

- El concurso ideal
- El concurso real
- La unificación de penas

Desde este ángulo el concurso ideal suele diferenciarse del llamado *concurso real*, y del denominado *concurso aparente de leyes*.

Tanto el concurso ideal como el concurso real poseen regulaciones legales específicas. Se encuentran previstos en los arts. 54 y 55-56, respectivamente. En cambio el llamado concurso aparente de leyes no posee regulación legal alguna.

El concurso ideal, a diferencia del concurso real implica que un hecho (o *varios con unidad de acción y propósitos*) cae bajo más de una sanción penal. En cambio el concurso real resuelve el problema de la administración de penas cuando se deben juzgar hechos independientes entre sí que pueden o no caer bajo más de una sanción penal.

Más adelante nos referiremos al llamado concurso aparente de leyes.

b. El concurso ideal y los problemas de interpretación

El concurso ideal se encuentra previsto en el art. 54 del C.P. que prevé que *“Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fijare pena mayor”*

Esta disposición legal presenta diversos problemas de interpretación. Los más significativos son la determinación del significado de las expresiones:

- “un hecho”,
- “caer bajo más de una sanción penal”,
- “pena mayor”.

Pero antes de presentar las dudas, he aquí algunos casos sencillos y claros que nos permita entenderlo un poco más:

Veamos algunos de estos.

He aquí diferentes “hechos” tomados del dolor cotidiano que se escribe en las sentencias penales:

1) Alrededor de la hora 2.00 del 15 de agosto de 2009, cuando Carla Sánchez, de 10 años de edad, se encontraba en la cama matrimonial en la que su madre y el compañero de su madre estaban acostados; éste, tras decirle a la madre si se podía "coger a la niña" le bajó los pantalones, exhibiéndole su pene le dijo "*chupame la pija*", para luego penetrarla por vía anal, y el toquetearle la vagina con los dedos.

2) El 4 de diciembre de 2008 a las 2.30 hs. de la madrugada, mientras María Virginia De Luca y Luciana Chipano, cuidaban a Roberto Salvatierra de 94

años en la casa ubicada en calle 9 N° 222 e/ 37 y 38 de La Plata, ingresaron tres personas jóvenes después de romper el vidrio de una ventana del frente de la morada. Tenían entre 16 y 18 años de edad y uno de ellos lucía un arito en la ceja.

Uno de ellos tomó a María Virginia De Luca por el cuello, le tapó la boca y la amenazó con un cuchillo. Otro llevaba un revólver.

Luego las ataron de pies y manos con corbatas y comenzaron a pedirles dinero, diciéndoles que si no se lo daban las violarían. Por ello, la Sra. De Luca entregó \$ 600 (pesos ochocientos) en efectivo y su celular.

Como el dinero que la víctima les entregó, no les resultó suficiente continuaron exigiéndoles más dinero y revolvieron toda la casa.

Luego, desataron a la Sra. De Luca y la obligaron a que les cocine hamburguesas. Las comieron, tomaron gaseosas y mientras lo hicieron, continuaron amenazándolas con violarlas. Una vez que terminaron de comer, volvieron a atar a De Luca y se retiraron, después de haber estado en la casa un poco más de dos horas.

3) Alrededor de la hora 1.00 del 28 de mayo de 2008 Franco Martinetti dormía en su domicilio, ubicado en calle Alcatraz N° 199 entre Brasil e Isla Margarita de San Vicente, partido de Presidente Perón, junto a su esposa Gisela, sus pequeños hijos y su hermana Dina.

En esa ocasión ingresaron al lugar cuatro jóvenes que conocían del barrio, después de patear y romper la puerta de entrada arrancándola, con armas blancas. Redujeron a todos los moradores en una habitación, amenazando a un niño de un año edad con un cuchillo. Los ataron con cinturones y luego tomaron una billetera con dinero en efectivo, un DVD, un secarropas, un televisor y un equipo de música marca JVC y una máquina de fotos marca Cívica. Luego se dieron a la fuga del lugar e ingresaron a una vivienda a 50 metros del lugar del hecho con los elementos sustraídos. Tres de ellos, en un auto de alquiler de un vecino, se fueron -con bultos y una cuchilla que se les cayó- hacia Florencio Varela.

Personal policial advertido por las víctimas con la anuencia a la propietaria de la finca a la que habían ingresado los jóvenes entró a la finca, secuestró detrás de un árbol, un equipo de audio JVC, una billetera con dinero en efectivo, un DVD, un televisor y un equipo de música marca JVC y una máquina de fotos marca Cívica, y también se aprehendió a otro joven que se hallaba en el lugar.-

4) El 3 de mayo de 2003, Santiago Callone, Mariela Castro y su hijo Fernando se hallaban descansando en su vivienda ubicada en calle 15 e/ 527 y 528 de La Plata.

Cerca de las 06:30 hs. escucharon el ladrido de perros. Inmediatamente Fernando, salió y les dijo "que se fueran".

En ese momento varios jóvenes que cortaban el tejido perimetral del frente de la vivienda comenzaron a arrojar piedras, rompieron la puerta de ingreso a la vivienda y tomaron de su interior un lavarropa marca Ceguesa, un televisor color de 20" Philco y un motor bombeador .

Uno de los jóvenes le tiró a Fernando una clavadera y le pegó en el pecho, el otro lo golpeó con un fierro en la cabeza.

También agredió a su padre (que cayó al piso) y a Mariela Castro (mamá de Fernando) la tomaron del pelo, arrastraron y la arrojaron al piso.

Una vecina al escuchar ruidos y golpes de chapa llamó a la policía que se hizo presente en el lugar. Los jóvenes al advertir la presencia de los funcionarios, se dieron a la fuga.

Los efectivos hallaron en un terreno baldío, ubicado frente a la casa de las víctimas, los elementos sustraídos.

Las víctimas por los golpes recibidos sufrieron lesiones, fueron asistidas en el Hospital Interzonal de Alejandro Korn.

Todas las lesiones constatadas los incapacitaron para el trabajo por un lapso menor a un mes.

Los agresores fueron detenidos cuatro años después.

5) Poco antes de la hora 0.20 del 26 de enero del 2001, el conductor de un vehículo Peugeot 404 de color gris dominio colocado ARM 611 circulaba en el sentido las Flores - Saladillo, por el acceso de la ruta 63, embistió a tres ciclistas que se dirigían en la misma dirección dos de ellos lo hacían en una bicicleta y sobre la cinta asfáltica, uno de los cuales era llevado en el manubrio, el otro por la banquina.

Como consecuencia del impacto fallecieron los niños Juan Pérez -de 15 años- y José Rodríguez -de 16- y resultó herido Carlos Sánchez.

La zona del impacto es oscura, carece de señales y en la hora del hecho la visibilidad es escasa. También el tránsito en ese lugar disminuye en la noche.

El conductor del Peugeot circulaba con las luces cortas y cuando advirtió a los ciclistas intentó maniobras de esquite hacia la izquierda pero desplazó el pie del freno hacia el acelerador.

Ambas bicicletas impactadas presentaban elementos reflectantes, la velocidad de circulación no pudo ser determinada.

b, 1. Un hecho

¿Qué significa la expresión “hecho”? ¿Cómo resolver los problemas de vaguedad que plantea? ¿Cómo saber cuando un hecho comienza y termina? ¿Cuándo debe entenderse que se está frente un hecho y no frente varios? ¿Qué denota, en suma, esta expresión?

Planteados estos interrogantes la forma de responderlos suscita una dificultad añadida. ¿Desde que perspectiva deben ser respondidos? ¿Corresponde analizar el problema desde el punto de vista del sujeto punible, teniendo en cuenta cómo lo entendió? ¿Debe mirarse desde la posición de la víctima? O más allá de esas visiones “subjetivas” debe adoptarse una perspectiva menos subjetiva, o más objetiva? Por ejemplo la de una persona “media”.

Estas preguntas han sido respondidas de modos diversos en la Doctrina Penal.

¿Cómo leer entonces esta expresión?

Conviene comenzar por ciertas precisiones.

Ciertamente los hechos no se presentan como *naturales*, como existentes por sí mismos y más allá de un modo de percibirlos. Por el contrario se los caracteriza a partir de *relatos o versiones* (que varían según las partes del juicio y los órganos jurisdiccionales que intervengan). Y estos relatos o versiones son verdaderas construcciones discursivas, que en los juicios se realizan en la medida en que la forma del debatir y las pruebas reunidas lo permitan.

Ahora bien ¿como relatar un hecho? ¿Qué circunstancias integrarán ese relato? ¿Cuándo se lo habrá de iniciar y cuándo concluir?

Para intentar responder estas preguntas es importante releer por completo el art. 54 del C.P, que ilustrará que esos hechos deben, cuanto menos estar denotadas por una figura delictiva. Es decir “caer al menos” bajo una sanción penal. De este modo serán circunstancias relevantes para figuras delictivas las que se seleccionarán para caracterizar el hecho de que se trata.

Claro que a poco que se analicen las figuras delictivas se advertirá que ellas pueden contener más de una acción de los sujetos que intervengan, sean o no punibles. Y que, en ciertas oportunidades, esas acciones deben darse con ciertas secuencias, de ciertos modos, y bajo ciertas circunstancias. De esta manera no es posible sin más identificar la expresión “hecho” empleada en el art. 54 del C.P. con “acción humana”.

b, 2. Caer bajo más de una sanción penal.

Para especificar el significado de esta expresión es necesario considerar en primer lugar que, de diversas maneras, el propio Código Penal contiene previsiones al respecto que en algunos casos excluyen alguna de las sanciones aplicables y en otros las prescriben.

Hemos analizado estas disposiciones dispersas en la Parte Especial del C.P. cuando analizamos los problemas de la determinación de la tipicidad. Veamos algunas de estas regulaciones.

- En ocasiones se prevé la aplicación de alguna figura delictiva *si y solo si no se aplica otra*. Tal el caso del homicidio simple (C.P. art. 79) o las lesiones leves (C.P. art. 89), o el abuso de armas (Art. 104) o la violación de domicilio (Art. 130)... Las figuras delictivas respecto de las cuales se emplean estas previsiones suelen llamarse *tipos subsidiarios*. *En estos casos por prescripción legal pese a que un hecho pueda caer bajo más de una sanción penal, una de ellas es excluida.*

- En otros casos se prevé la aplicación de una figura delictiva *aunque se aplique otra*, como ocurre con el art. 104.

En estos supuestos existe una suerte de concurrencia de sanciones penales expresamente prescriptas.

Más allá de estas regulaciones en muchos casos un hecho cae *necesariamente* bajo más de una sanción. Ocurre así cuando una figura delictiva implica a otra sobre cuya base ha sido construida. Tal lo que acaece con las llamadas figuras delictivas agravadas o atenuadas.

En muchos de estos casos o bien el texto legal prevé que la figura básica es aplicable sólo si otra no debe ser aplicada, o no pareciese razonable concluir que no se ha previsto ya que una acción determinada “cae” bajo más de dos sanciones penales. Precisamente porque una de ellas (la agravada) supone ineludiblemente a la primera (la figura delictiva básica).

De manera que la regla del art. 54, en estos supuestos, sería sencillamente redundante. Pues prevería la solución a una cuestión ya resuelta.

El problema puede ser examinado con más detalle.

En principio cuando un hecho cae bajo más de una sanción penal puede entenderse que violenta más valoraciones que otro que no posea estas características. Es decir que, intuitivamente, pareciese un hecho más grave que podría reflejarse al momento de establecer la escala penal aplicable y al momento de elegir, en concreto, una pena.

Pero en aquellos supuestos en que una acción cae *necesariamente* bajo más de un sanción legal, porque la propia ley ha construido la sanción más grave tomando en consideración una acción menos grave, esta mayor gravedad ya ha sido considerada al momento de agravar la escala penal. Por ejemplo al momento de considerarse un hurto agravado, ya se ha ponderado que ha existido un hurto y se ha previsto una mayor sanción por las razones de la agravación.

La Doctrina Penal ha considerado que, en ciertos supuestos, pareciese que un hecho cae bajo más de una sanción penal, cuando en realidad cae bajo una sola por razones muy diversas. Agrupan estos supuestos bajo el rótulo de concurso aparente de leyes.

De esta manera concluyen que existe un concurso aparente cuando una figura delictiva es de las denominadas subsidiarias. Es decir de

aquellas que se aplican sólo si otras no se aplican. De esta manera afirman que existirá un concurso aparente, cuando exista una *relación de subsidiariedad*.

También infieren que el concurso es aparente si una figura delictiva es agravada o atenuada sobre la base de otra. Dirán entonces que la figura agravada o atenuada es “especial”, y que guarda una *relación de “especialidad”* respecto de la primera a la que, en realidad “desplaza”.

Finalmente indican que tampoco habrá concurso ideal, es decir habrá simplemente un concurso aparente si existe una *relación de consunción*. Y esta relación existe cuando una figura delictiva “contiene” hechos denotados por otra. De este modo el daño que se provoca para apoderarse de un objeto mueble ajeno estará ya contenido en el robo.

b, 3. La pena mayor

En el art. 54 del C.P. pareciese que la palabra “pena” ha sido empleada como sinónimo de escala penal, porque, en principio los “hechos” “caen” (o son denotados por) figuras delictivas, que prevén “escalas de penas”.

Aquí la palabra “pena” se refiere, entonces, a la escala penal, como pena en abstracto, no individualizada.

Además la regulación del concurso consiste en la determinación de escalas penales, para luego, dentro de ellas individualizar la pena que corresponda.

Ahora bien ¿Cuándo una escala penal es mayor que otra?

No es una pregunta de respuesta fácil porque no existe un único orden de gravedad de las penas en el C.P.:

- Hay una gravedad relativa de las especies de penas entre sí. Está prevista en el art. 57 –que remite al art. 5-, pero para el artículo anterior, es decir, para el 56.
- Hay una gravedad en los montos de las penas previstas en las escalas, pero establecido entre mínimo y máximos de una pena.
- Una tercera forma de gravedad está dada por la posibilidad de aplicar más de una pena en forma conjunta.

El problema es relativamente sencillo cuando las escalas penales se refieran a una misma especie de pena, pues bastará cotejar los montos de pena previstos para dilucidar cuando una “pena” es mayor que otra.

El problema se complica si se considera que las escalas penales se estructuran en base a mínimos y máximos. ¿Qué hacer cuando una pena posea un mínimo mayor que otra, pero cuyo máximo sea inferior?

Otra fuente de complicación sucede cuando se cotejan penas de especies diversas graduadas de modo distinto. Tal es lo que ocurre, por ejemplo si concurriesen la reclusión (en general más grave que la prisión) con la prisión, cuando la escala penal de la reclusión sea inferior a la escala penal de la prisión. En estos supuestos existe en el C.P. un doble orden de gravedad: el de las especies entre sí, y el de la graduación de esas especies en tiempo o en dinero, que compiten entre sí.

Una dificultad añadida tiene lugar cuando se presenten escalas penales que involucren penas conjuntas. ¿Qué hacer por ejemplo, si una de las escalas involucra una pena de prisión solamente y la restante una pena de prisión (con escala inferior a la primera), pero aplicada en forma conjunta con otra pena como la multa o la inhabilitación?

El texto del C.P. no contiene una solución en este sentido que, en cambio, ha previsto para la fijación de escalas penales en el concurso real.

¿Qué entienden los autores por “pena mayor” en el art. 54?

Aquí los autores coinciden en lo general en que para determinar la “pena mayor” debe atenderse a:

- Máximo superior.
- Si los máximos son iguales, la que presenta el mínimo mayor.
- Si ambos son iguales, la que prevé una pena conjunta.
- La naturaleza de la pena (especie de pena: Art. 5: esta situación sí está prevista para el concurso real: Art. 57).
- Las penas conjuntas y las accesorias se aplican siempre.

Sin embargo, no coinciden en establecer un orden de prevalencia a esos factores; y quedan sin responder en la doctrina ciertos problemas como:

- Si debe tenerse en cuenta preponderantemente la especie de pena por sobre el monto o al revés; ya que nuestro art. 54 dice "*pena mayor*" y no "*pena más grave*", a diferencia de otros ordenamientos. Por ejemplo Creus sostiene claramente que debe atenderse primeramente al monto de las penas ("*...en primer lugar pena mayor es la pena de máximo superior...*"), mientras que Frías Caballero se inclinan por la tesis contraria al decir que "*...El que la pena sea mayor o menor depende, desde luego, de su naturaleza (multa, prisión, etc) o de que siendo de igual índole la pena de uno de los delitos sea superior en su límite máximo...*". Por otro lado, podría pensarse que la situación queda zanjada atendiendo a las diversas naturalezas de las especies de pena, agrupando a la reclusión y a la prisión por un lado frente a la multa y la inhabilitación. En los casos de pena privativa de libertad podríamos tener en cuenta el monto de los máximos y mínimos, considerando la falta de distinción actual entre ambas especies o el origen de su naturaleza. En cambio pareciera que las multas que no privan de la libertad a los condenados son menos graves siempre. Aunque aún en este razonamiento queden abierto siempre nuevos interrogantes, por ej: para algún imputado y según sus circunstancias personales, podría resultar más grave una inhabilitación o una multa que una condena de prisión en suspenso o que de lugar a una suspensión de juicio a prueba.

- Qué sucede si se prevé una pena de naturaleza más grave (*según art. 5*) pero con un monto menor y otra con una especie más leve pero con un monto mayor (interrogante relacionado con el anterior).

- Qué sucede si una sanción prevé un máximo mayor pero un mínimo menor que la de la otra figura. Para este caso, Righi opina que "*El derecho vigente o establece qué debe hacerse cuando el delito que tiene establecido un tope máximo más elevado prevé un mínimo inferior al del otro, lo que debe resolverse adjudicando al mínimo mayor una función de clausura para evitar que el concurso ideal beneficie al autor*" (Righi, Esteban.

Derecho Penal. Parte General. Edit. Lexis Nexis, reimpresión, Año 2008. Pág. 443). Así, si concurrieran idealmente una figura que prevé prisión de 2 a 8 y otra que prevé de 3 a 6, debería entenderse por **pena mayor** la de 3 a 8 años de prisión.

Autores consultados:

- Righi, Esteban. Derecho Penal. Parte General. Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, reimpresión, Año 2008. Pág. 443.
- Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Edit. Astrea. Buenos Aires, 5ta edición, Año 2004. Pág. 283.
- Frías Caballero, Jorge y otros. Teoría del Delito. Edit. Hammurabi. José Luis Depalma editor, Año 1993. Pág. 480.