

**El concurso ideal de delitos en el derecho penal argentino.
Problemática del artículo 54 del Código Penal y análisis crítico de las
posturas expuestas al respecto por la dogmática nacional.**

José Luis Ennis

Trabajo final de la Cátedra
Epistemología Penal
a cargo del Prof. Ernesto Domenech

1.- Introducción.

En el presente trabajo intentaremos analizar el texto del art. 54 del Código Penal argentino, señalar las cuestiones problemáticas que presenta la norma en su estructura interna y como componente de un conjunto normativo y relevar por último el tratamiento dado a estas cuestiones por diferentes autores de la dogmática penal nacional.

El tema reviste particular importancia práctica, toda vez que la norma en cuestión y las que integran el título del Código Penal que aquélla encabeza son aplicadas en una gran cantidad de casos que llegan al ámbito de la justicia penal. Cuando un magistrado decide positivamente o descarta la aplicación de la norma que analizaremos, resuelve una cuestión que incidirá directamente en el monto de pena a imponer y, en definitiva, en el tiempo que una persona permanecerá legalmente privada de su libertad. Pero no son los jueces que dictan sentencias definitivas los únicos que recurren al texto en cuestión en su actividad cotidiana, sino que también y en una fase previa y no menos relevante, así lo hacen los representantes del Ministerio Público Fiscal, los Defensores y –en nuestra provincia de Buenos Aires- los Jueces de Garantías, cuando postulan, resisten y resuelven respectivamente la aplicación de una medida de coerción personal o la elevación de una causa a juicio.

Por otra parte un dato de la realidad ha potenciado los casos de concurrencia formal o ideal de delitos. La proliferación de normas que imponen sanciones penales, ya sea como capítulos incorporados a las leyes que regulan las más diferentes materias, como creación de nuevas figuras incorporadas al texto del Código Penal o como agravantes genéricas que modifican escalas, multiplicando así las formas de adecuación típica, aumenta sensiblemente las posibilidades de que un hecho caiga bajo más de una sanción penal.

Cierto es que esta regulación penal parece excesiva y, en muchos casos, poco meditada, pero ello no excusa a los operadores del sistema penal de su obligación básica de

aplicar la ley al caso y ello quiere decir, dejando a salvo las facultades de control constitucional, todas y cada una de las leyes vigentes.

Los autores de la dogmática nacional se han limitado, por regla general y salvo contadas excepciones, a discutir la cuestión en un plano conceptual sin realizar consideraciones prácticas sobre el tema.

Intentar aportar elementos para la correcta interpretación y aplicación del art. 54 del Código Penal responde más, conforme lo expuesto, a necesidades concretas y actuales que a un mero afán de aumentar el volumen de los trabajos teóricos.

2.- El texto legal. Antecedentes.

Reza el art. 54 del Código Penal argentino: *“Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”*.

La norma encabeza las que conforman el Título 9 (“Concurso de delitos”) del Libro Primero (“Disposiciones generales”) del Código Penal.

La redacción del art. 54 corresponde al texto original del Código conforme Ley 11.179.

En el proceso legislativo nacional aparece como primer antecedente el texto del Proyecto Tejedor que en el art. 4º, del título V, del libro II, de la Parte Primera, establecía que “si el mismo culpable comete muchos crímenes al mismo tiempo y por una misma acción, se le aplicará la pena correspondiente al crimen mayor”.

El proyecto de 1881 omite tratar la cuestión y el de 1886 lo hace con un complejo sistema en sus arts. 85, 86 y 87, regulando la reiteración de delitos de la misma especie sobre la misma persona o cosa, la reiteración sobre varias personas o cosas y el delito cometido en ocasión de otro.

Es el del art. 78 del Proyecto de 1891 el antecedente que coincide con la redacción actual del artículo 54 del Código Penal. Este texto decía: “Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fijare pena mayor. Si un hecho estuviere diferentemente reprimido por una disposición general y por una disposición especial, se aplicará esta última”. El proyecto de 1906 reproduce el texto en su art. 58, suprimiendo la segunda frase y adoptando así una versión que permanece prácticamente inalterada en el código vigente¹.

¹ Cfr. relación de antecedentes en De La Rúa, Jorge *Código penal argentino. Parte general* 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 946 y ss. Señala además este autor que en la doctrina nacional se han discutido tanto la interpretación como los antecedentes mismos de la norma. Así, mientras Julio Herrera criticaba a los proyectos de 1891 y 1906 el haber seguido a códigos como el belga y el holandés en este tema, adoptando así la teoría de la *unidad de acción*, Sebastián Soler señala que el texto adoptado en estos proyectos implicó apartarse del ámbito de la teoría repudiada por Herrera, y que habría sido seguida por Tejedor que citaba como antecedente de la norma pertinente al código bávaro, para adoptar la teoría de la unidad de hecho propia de la legislación y doctrina italianas.

3.- Análisis del texto legal.

A continuación analizaremos el texto legal desde distintos planos: sintáctico, semántico y sistemático, siguiendo ese orden en la medida en que ello sea posible, toda vez que los planos de análisis necesariamente habrán de superponerse en algunos aspectos.

3.1.- Análisis sintáctico.

En este nivel de análisis del texto se puede señalar, en primer lugar, que la expresión *cuando* generalmente introduce **proposiciones temporales** que expresan el momento en que se realiza la acción del verbo de la oración principal –en este caso: *se aplicará*-. Sin embargo, el uso del modo subjuntivo en la proposición subordinada –*cayere*, futuro imperfecto del modo subjuntivo del verbo *caer*- permite considerar, por vía de interpretación semántica, que la expresión *cuando* implica en este caso una **condición** para que la acción del verbo de la oración principal ocurra. En este sentido, la expresión podría ser reemplazada por equivalentes tales como *si* o *siempre que* sin alterar el sentido de la oración.

De esta manera tendríamos en el texto analizado una **oración condicional hipotética** siendo la prótasis (oración con *si* que expresa la condición o hipótesis) “*cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal*”, operando la palabra *cuando* como nexo subordinante, y la apódosis (oración sin conjunción que expresa la consecuencia del cumplimiento de la condición)² “*se aplicará solamente la que fijare pena mayor*”. En este último componente de la oración encontramos un verbo principal impersonal y, como objeto directo, una proposición subordinada sustantiva objetiva. Esta proposición subordinada es, a su vez, relativa, con antecedente contextual o cotextual, pues para desentrañar su significado es necesario recurrir al término anterior de la oración, concretamente a la expresión *sanción penal*.

La estructura de la oración principal y el uso de la construcción verbal *se aplicará*, nos permiten afirmar que nos encontramos frente a una oración de tipo imperativo³, coincidiendo en el caso la forma gramatical con la función discursiva que generalmente corresponde a esta categoría, ello es, la función directiva⁴ propia de las ordenes. Más adelante, cuando nos aboquemos al análisis sistemático el texto legal realizaremos algunas consideraciones en este sentido.

² Moliner, María, *Diccionario del uso del español*. Tomo I, 2da. Edición, GREDOS, Madrid, 1998, pp. 818 y ss.

³ Conforme las cuatro categorías gramaticales que enuncia Copi, Irving Marmar, *Introducción a la lógica*, trad. por Néstor Alberto Míguez, 29ª. Edición de la edición en inglés de 1972, EUDEBA, Buenos Aires, 1986, pp. 54 y ss. a las que alude también Carrió, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje* 4ª. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 19 y ss.

3.2.- Análisis semántico.

3.2.1.- “Cuando un hecho...”.

El análisis sintáctico debe ser precedido del estudio semántico de los términos que en la etapa anterior individualizáramos. La estructura sintáctica de la oración pone en evidencia cuáles son los términos cuya significación corresponde dilucidar y que no son otros que los componentes de la condición y su consecuente.

En primer lugar corresponde señalar una serie de problemas que genera el uso de la expresión “un hecho”.

El diccionario ya nos pone en antecedentes de las numerosas acepciones del término: “hecho (del latín *factus*): 1.- Participio de “hacer” con muchas acepciones como adjetivo y como nombre... 2.- Adj. se aplica a las cosas que ya han alcanzado madurez, estado de desarrollo completo, o el punto debido... 8.- Acontecimiento, caso, suceso. 9.- Cosa hecha: “Es un hecho digno de él” similar **acción**... y en particular, señalando que corresponde al uso del término en derecho “Cuestión sobre la que versa el pleito o la causa”⁵. A esta pluralidad de significados posibles cabe agregar que existe una acepción coloquial o vulgar específica, relacionada a la problemática penal, del término hecho como hecho policial o hecho de sangre, expresiones con las que se alude a hechos delictivos aún en los medios periodísticos.

El término no cuenta con una definición expresa en el cuerpo legal que integra y que permita tener por resuelto el problema de la ambigüedad, como ocurre con los definidos en los arts. 77 y 78 del Código Penal. Existe una definición legal para el término en el Código Civil Libro II, Sección II, Título I “De los hechos”, pero el primero de los artículos del título indica claramente que la definición es aplicable exclusivamente a esa parte del Código Civil. A ello cabe agregar que la definición del Código Civil incluye en su denotado, elementos que no podrían ser incluidos en los términos del art. 54 del Código Penal, por ejemplo, los hechos accidentales o los hechos de la naturaleza⁶.

En la parte general del Código Penal y aún en la propia Constitución Nacional, la expresión es utilizada en reiteradas oportunidades: en el art. 22 bis. “si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro”, en el inciso 1ro. del art. 34 “en el momento del hecho”, en los

⁴ Genaro Carrió advierte que la forma gramatical de la expresión no es, ciertamente, una guía segura a la hora de determinar el uso que se da al lenguaje en cada caso (op. cit. pág. 21), afirmación que en el caso y previo análisis de la expresión no puede ser corroborada.

⁵ Moliner, María, op. cit. T. I, pág. 1462.

⁶ Ver nota al art. 896 del Código Civil. Puede advertirse, desde ahora, que el término hecho presenta la vaguedad propia de los lenguajes naturales que Carrió analiza al señalar que *no es cierto que todas las palabras son usadas, en todos los contextos, para connotar las mismas propiedades* (op. cit. pág. 28). En el caso, esos diferentes contextos serían los del Derecho Penal y Civil, aunque, como veremos más adelante, aún dentro del propio Código Penal la misma palabra es utilizada para connotar distintas propiedades.

arts. 45, 46 y 47 “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”, “los que cooperen de cualquier otro modo en la ejecución del hecho” y “un hecho menos grave” respectivamente y las propias normas del mismo capítulo, arts. 55 y 56. En la Constitución Nacional el art. 18 alude al “hecho del proceso”. Sin embargo ninguna definición legal, que pudiera eventualmente aplicarse al caso analizado, contienen estas normas.

Al problema de la ambigüedad de la palabra “hecho” se suma la vaguedad de la expresión “un hecho”, que carece de límites definidos de aplicabilidad, característica propia de los lenguajes naturales que comunican estas dificultades a las normas jurídicas en cuya redacción se utiliza este tipo de lenguaje.

En la tarea de despejar o resolver, fijando límites de aplicabilidad, el problema de la vaguedad del término ha invertido la doctrina considerables esfuerzos y ello es razonable si tenemos en cuenta que cuando algo deja de ser “un hecho” para pasar a ser “más de un hecho” la solución legal de un caso variará radicalmente. Para ello han intentado los autores **definir** el término hecho, resolviendo previamente el problema de la ambigüedad⁷ para pasar luego a definir los contornos del ámbito de aplicación de la expresión.

De lo expuesto puede advertirse que la vaguedad y la ambigüedad de la expresión “un hecho” utilizada en el texto legal, no pueden ser despejadas con facilidad, como lo ponen en evidencia las innumerables resoluciones judiciales que han resuelto la cuestión en forma contradictoria⁸. Las soluciones propuestas por la doctrina suponen, según los casos y como veremos más adelante, recurrir a elaboraciones de la dogmática extranjera, alemana en un caso –como claramente se advierte en la obra de E. R. Zaffaroni- e italiana en el otro –la postura originaria de Soler, seguida por Núñez y Fontán Balestra-, o apelan, como lo hace Nino a la sustitución del vocablo hecho por acción⁹, remitiendo al sentido coloquial de este último, enfrentándose nuevamente a la ambigüedad y vaguedad de este segundo término.

3.2.2.- “...cayere bajo...”.

La utilización del verbo “cayere”, que también resulta ambiguo, no presenta las mismas dificultades que la primera expresión. Parece claro que la expresión no está utilizada en sentido coloquial, pues ninguna actividad cabe atribuir al hecho como sujeto de la oración, sino que se alude a cierta propiedad que se atribuye a ese suceso una vez que han sido descriptas o aisladas sus características y analizadas utilizando una serie de

⁷ Eliminar la ambigüedad es uno de los propósitos que expresamente asigna I. Copi a la definición en op. cit. pág. 124.

⁸ Así lo pone en evidencia Nino, Carlos Santiago, *El concurso en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Astrea, 1972, pp. 24 y ss. donde realiza un relevamiento jurisprudencial que si bien no pretende ser completo resulta claramente ilustrativo.

⁹ Ver en apartado 3.3.2. los problemas de orden semántico que plantean las descripciones de acciones que contiene la parte especial y que Nino releva en la obra mencionada en la nota anterior.

categorías formales creadas al efecto. Este sentido al que me refiero equivale al resultado de la operación intelectual realizada por el juez o el intérprete de la norma consistente en realizar un juicio de adecuación o correspondencia entre un tramo de la realidad fáctica y una descripción legal, juicio que ha recibido el nombre de subsunción de los hechos en el derecho.

Sin embargo, la norma del art. 54 altera los términos de este silogismo, pues supone una premisa mayor integrada por más de una figura delictiva y por la norma que resuelve estos casos de concurrencia, mientras la premisa menor, el “caso” de la realidad, debe constituir un hecho único. Como señala Muñoz Conde, mediante la interpretación de las reglas del sistema se obtendrá la primera premisa, constituida por una norma jurídica; la obtención de la premisa menor, es decir, la inclusión del caso en el supuesto de hecho de la norma jurídica constituye la denominada subsunción; y la conclusión será la aplicación de determinada consecuencia jurídica¹⁰. Por ejemplo:

El art. 110 del CP dice: “El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos o prisión de un mes a un año.” y el art. 275 del mismo código reza en su primer párrafo: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente”. En el caso, ambas normas, que independientemente podrían funcionar como premisa mayor del silogismo, ahora lo harán en forma conjunta y acompañadas también por la norma del art. 54 CP “Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor” (**premis mayor**).

A, faltando a la verdad como testigo, le imputa a B una conducta deshonrosa (**premis menor**).

Luego, A debe ser castigado con la pena de prisión de un mes a cuatro años (**conclusión**).

3.2.3.- “...más de una sanción penal,...”.

Tampoco escapa al ámbito de lo problemático la expresión “más de una sanción penal”.

Por un lado se ha planteado la posibilidad de que un mismo hecho pudiera caer en forma reiterada bajo la misma sanción penal, supuesto que fuera denominado “concurso ideal homogéneo”. En este plano de análisis resulta bastante claro, apelando a elementales reglas lógicas e idiomáticas, que la expresión “más de una”, referida a una serie de

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2ª edición actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

descripciones legales, no puede querer decir “más de una vez bajo la misma”. El planteo carece, además, de relevancia práctica, pues la solución legal no varía dado que la norma aplicable en definitiva sería, ante sanciones idénticas, siempre la misma¹¹. En todo caso, la imprevisión de la cuestión del concurso ideal homogéneo en el texto del Código Penal resultaría un vacío legal, una laguna normativa en términos más estrictos, cuestión que nos traslada desde el análisis sintáctico al campo del análisis sistemático de la regla como componente de un conjunto normativo.

Por otra parte, y tal como advertiéramos al analizar la estructura sintáctica de la norma en cuestión, existe una clara remisión interna que permitiría sustituir los términos en este sentido: *cuando un hecho cayere bajo más de una **sanción penal**, se aplicará solamente la **sanción penal** que fijare pena mayor*.

No obstante la identidad de los términos que implica la remisión interna a la que aludiéramos, pueden distinguirse en la redacción del art. 54 del Código Penal dos referencias claras a cada uno de los componentes de las normas de la parte especial del Código Penal y de las demás normas de ese género: en un primer momento se alude a las **figuras delictivas** o antecedente, como descripciones abstractas y genéricas de acciones o conductas, en el segundo tramo, se alude a la norma completa, para enlazar la primera parte del artículo con las penas previstas como consecuencia para quien ejecute la acción que puede ser encuadrada en múltiples figuras. Así puede comprobarse que cuando el texto legal dice expresamente “sanción penal”, debe leerse, figura delictiva o descripción legal, mientras que la expresión “sanción penal” es adecuada, o más ajustada, cuando se alude a ella a través de una remisión sintáctica.

3.2.4.- “...se aplicará solamente la que fijare pena mayor.”.

Resta entonces señalar los problemas que suscita la expresión “pena mayor”.

Recurriendo al diccionario podemos advertir la ambigüedad del término pena, pero a la vez podemos intentar despejarla optando por la definición estipulada para el contexto en el que encontramos la expresión. Dice el diccionario del uso del español al que ya recurriéramos¹²: “Pena” (del latín *poena*) 1.- (Causar, dar, producir, sentir, tener) tristeza circunstancial producida por un suceso... Estado de ánimo menos intenso a ése... Cosa que produce esos sentimientos... 2.- (popular) padecimiento corporal, similar dolor... 5.- Equivale a veces a trabajos físicos o penalidades. 6.- Padecimiento, trabajo u obligación de pagar cierta cantidad, que se impone a alguien por haber cometido un delito o una falta de las

¹¹ Zaffaroni, Eugenio R; Alagia, Alejandro y Stokar, Alejandro (2002), *Derecho Penal: parte general*. 2ª. Edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 858 y ss. exponen este criterio y derivan la solución de eventuales casos de concurso ideal homogéneo al ámbito de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

¹² Moliner, María, op.cit. T. II, pág. 625.

castigadas judicialmente. Similar: castigo, sanción”, resultando bastante evidente que es ésta última la acepción del término más apropiada para el caso.

Sin embargo una definición denotativa¹³ de la palabra **pena**, aparece como la más adecuada a los fines de despejar tanto la ambigüedad como la vaguedad del término en este caso en particular. En efecto, las únicas penas a las que puede aludir el art. 54 del Código Penal son las penas previstas en el propio Código, con expresa exclusión de las penas prohibidas por las disposiciones constitucionales (tormentos y azotes, pena de muerte, confiscación de bienes, -arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional y art. 4 ap. 2º CADH-), y que son, actualmente, las penas de reclusión perpetua, prisión perpetua, reclusión temporal, prisión temporal, multa, inhabilitación absoluta perpetua, inhabilitación absoluta temporal, inhabilitación especial perpetua e inhabilitación especial temporal. En este sentido podría decirse que la expresión así definida presenta una textura abierta, pues la incorporación al repertorio legal de una nueva pena, que pudiese reputarse permitida por las normas constitucionales vigentes, ampliaría los límites de aplicabilidad del concepto. Podríamos entonces intentar una definición connotativa, válida exclusivamente en el contexto analizado, y que podría formularse en los siguientes términos: pena es –en el art. 54 del Código Penal- cualquiera de las sanciones penales previstas en el ordenamiento positivo vigente, enunciando así el conjunto total de características comunes a todos los objetos que constituyen la extensión del término¹⁴.

Corresponde ahora analizar, siempre en el plano semántico o de significación, la problemática del texto legal en cuanto dispone que la norma que se aplicará al caso será la que prevea una “pena mayor”. Vimos en el párrafo anterior que las penas a las que se refiere el texto son de distinta especie, circunstancia que dificulta la interpretación del sentido de la expresión.

Si las previstas en el derecho penal vigente fueran todas de una misma especie y estuvieran establecidas en montos fijos, en años, meses o días, para cada delito, fácil resultaría concluir que la pena mayor¹⁵ es la cuantitativamente más extensa en cuanto al tiempo o a la cantidad de bienes que afectará. Pero ello no es así y existen, por lo tanto, casos a los que no puede extenderse la aplicación de la regla sin alterar el significado de las palabras utilizadas.

3.3.- Análisis sistemático.

3.3.1.- Ubicación del art. 54 en la estructura del Código Penal.

¹³ Copi, Irving M. op. cit. pág. 148.

¹⁴ Op. cit. pág. 144.

¹⁵ “mayor: (del latín *maior-oris*) más grande en cualquier aspecto material. Comparación (comparación en desigualdad).” Moliner, María, op. cit. T. II, pág. 302

Al analizar en el campo semántico cada uno de los términos que integran el texto legal bajo estudio, aludimos, como advertiéramos en la introducción, a una serie de problemas que podrían corresponder a este apartado. Sin embargo, y en honor a la brevedad, nos limitaremos a analizar aquí las cuestiones que no hayan sido tratadas en capítulos anteriores.

El art. 54 encabeza el Título 9 del Código Penal, que prevé distintas hipótesis de concurrencia de delitos¹⁶, llamadas tradicionalmente concurso ideal o formal (art. 54) y concurso real o material (arts. 55, 56 y 57) y los casos de unificación de penas y de condenas (art. 58)¹⁷.

Como viéramos, el primero de estos artículos resuelve los casos en que **un hecho cae bajo más de una sanción penal**; los agrupados en segundo lugar están destinados a dar solución a los casos en que concurrieren **varios hechos independientes**, cayendo cada uno de ellos bajo una sanción penal (que puede, en este caso, ser o no la misma).

El texto legal no prevé expresamente dos cuestiones que, sin embargo, pueden ser razonablemente resueltas apelando a una interpretación sistemática de las normas en juego. En primer lugar, ambos casos presuponen que el autor de los delitos que concurren sea la misma persona y que, en el caso de cada uno de los hechos de un concurso real, se encuentren reunidos los elementos que la doctrina ha clasificado como acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹⁸, sin que alguna excusa absoluta excluya la punibilidad.

En segundo lugar, existe un supuesto que no requiere solución normativa expresa pues constituye el supuesto básico de aplicación de todo el sistema y no es otro que el caso en que un hecho cayere bajo una única sanción penal. En este caso sería más acertado sostener que el supuesto no cuenta con una solución legal expresa, sino con múltiples soluciones legales expresas.

Si bien la enunciación de esta regla es relativamente sencilla, su aplicación concreta genera una serie de dificultades. Bajo el título de “concurso aparente de leyes” ha tratado la doctrina una serie de relaciones lógicas entre las normas penales que determinan la aplicación exclusiva de una norma en un caso, sin recurrir para ello a las reglas del concurso

¹⁶ El título “concurso de delitos” parecería inadecuado en lo que respecta al primero de los supuestos contemplados en el capítulo, el del concurso ideal o formal que venimos analizando. Si concurrir significa coincidir o juntarse en un mismo tiempo o lugar diferentes personas, sucesos o cosas (*Diccionario Enciclopédico Larousse*. Larousse, México, 1997, pág. 272) parece inadecuado el término cuando en el caso que mencionamos concurren, en los términos del propio texto, sanciones penales y no hechos delictivos. La expresión concurso de delitos es aplicable al concurso ideal si entendemos al término delito como descripción legal de una acción y no como hecho de la realidad.

¹⁷ El tratamiento de estos últimos supuestos excede el objetivo de este trabajo, por lo que no serán abordados en esta oportunidad.

¹⁸ Un caso particular sería el del menor de 18 años y mayor de 16 que comete un delito de acción pública reprimido con pena superior a los dos años de prisión y que, cumplidos los 18 años comete un segundo delito. Las diferencias de jueces naturales y ley aplicable impiden que en el caso puedan aplicarse las reglas del concurso real.

ideal, sino aplicando una serie de reglas o principios de interpretación de la ley destinados a resolver supuestos de redundancia normativa. Estos principios son los de especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad, y resuelven, en un análisis puramente abstracto, relaciones de inclusión, exclusión o implicancia entre distintas normas. El concurso ideal requiere de un análisis de los hechos, de un dato de la realidad necesariamente variable, y de un posterior análisis o encuadre jurídico de ese dato concreto. Sin embargo, y una vez que se ha constatado que ese supuesto de hecho se ajusta a lo previsto en el art. 54 del Código Penal, es necesario, como punto de partida, que las figuras penales implicadas no sean incompatibles entre sí al aplicarse sobre un mismo hecho, mediando entre ellas una relación de neutralidad o indiferencia¹⁹.

Cabe advertir aquí y dejar expresamente aclarado que las reglas del concurso aparente de tipos o de figuras delictivas no se encuentran expresamente previstas en el texto legal. Son, como señaláramos más arriba, reglas de interpretación generalmente aceptadas por la doctrina, pero su ingreso al conjunto normativo requiere necesariamente de las normas que habilitan el ingreso de reglas no escritas al ordenamiento –como el art. 33 de la Constitución Nacional- generando ciertos problemas de imprecisión para el conjunto.

Existe un cuarto supuesto que no ha sido previsto en el texto legal y que puede constituir una laguna normativa o axiológica, según el ángulo desde el cual se lo analice. Así, podríamos encontrar una laguna normativa si consideramos que en el Código Penal se ha omitido dar tratamiento expreso a los casos en que concurren varios hechos dependientes entre sí (no independientes), casos que constituirían una clase intermedia entre el hecho único y los varios hechos independientes de los artículos mencionados.

Sin embargo la doctrina ha intentado encontrar en este caso una laguna axiológica, recurriendo a criterios de justicia para afirmar que no pueden ser aplicadas, sin incurrir en evidente injusticia, las graves consecuencias previstas para los casos del concurso real cuando concurriera una pluralidad de acciones homogéneas, unidas por una única

¹⁹ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*. Tomo II, 4ª edición, TEA, Buenos Aires, 1987, pp. 208 y ss. Lo expuesto no implica afirmar la naturaleza homogénea de ambos concursos, pues “uno contiene relaciones entre tipos y el otro entre un hecho y tipos... En el concurso formal de delitos hallamos un objeto mixto, integrado por una relación entre un hecho ocurrido y dos o más objetos ideales, en tanto que en el concurso aparente de figuras encontramos como objeto una relación entre dos o más objetos ideales.” Ghione, Ernesto Víctor *El concurso aparente de figuras delictivas* Tesis doctoral presentada en 1970 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, pp. 35 y ss. Sin embargo, y como lo expusieramos en el párrafo anotado, estimamos que tal heterogeneidad no obsta a que puedan relacionarse ambos tipos de concurso en forma necesariamente disyuntiva. Las razones fundadas en términos de “ontología” y “esencia”, vertidas por el autor citado en su tesis –recibida por el Superior Tribunal provincial que integrara en ac. del 4/10/2000 en causa P. 60.899 “Bordón, Pablo Javier. Robo calificado por el uso de arma, resistencia a la autoridad, abuso de armas”-, así como lo poco acertado de los ejemplos aportados (pp. 36), no pueden convencernos de lo contrario.

resolución y por la unidad de lesión jurídica, supuestos que se diera en agrupar bajo el nombre de delito continuado²⁰.

3.3.2.- Relaciones del art. 54 con las normas de la parte especial del Código Penal.

3.3.2.1.- Figuras delictivas simples y complejas. Pluralidad de acciones simultáneas o sucesivas.

El art. 54 del Código Penal es una norma que, conforme su ubicación en el Código Penal y la generalidad de sus términos, “bajo más de una sanción penal”, habrá de relacionarse con todas y cada una de las normas de la parte especial y las leyes complementarias, regulando una serie de combinaciones posibles y determinando la aplicabilidad de una y la prescindencia de las demás en el caso concreto²¹. Es la analizada una norma que, a partir de su simple lectura, pone en evidencia el carácter complejo y plurirrelacionado del conjunto normativo.

Entre las figuras delictivas previstas en la parte especial del Código Penal y en numerosas leyes complementarias encontramos descripciones típicas que difieren radicalmente pues mientras unas describen simplemente una acción del hombre, un hacer positivo, en algunos supuestos unido a un resultado concreto²², otras condicionan la aplicación de una sanción a una omisión, a la existencia del simple no hacer algo en

²⁰ Ver Soler, Sebastián, op. cit. tomo II, pp. 354 y ss.; Zaffaroni, Alagia y Slokar, op.cit. pp. 860 y ss. Algunos autores –Julio Herrera, citado por De La Rúa en op. cit. pág. 951 y Rodolfo Moreno (h) en *El código penal y sus antecedentes*, tomo III, H. A. Tomassi editor, Buenos Aires, 1922, pag. 137- han considerado, en postura que fuera abandonada por la doctrina posterior, que la existencia de una pluralidad de hechos dependientes constituía un caso de concurso ideal, negando así la existencia de la laguna normativa a la que nos refiriéramos y que autores posteriores llenan apelando a la construcción extralegal del concepto de delito continuado.

²¹ En este sentido, se alude a la “relación de aplicabilidad” como una de las múltiples relaciones que existen en un conjunto normativo en Domenech, Ernesto, “Dogmática penal. Funciones y prácticas”, Material de circulación interna de la cátedra de epistemología penal, UNLP, 1998, apartado 3.2.3.c.

²² La muerte de otro en el art. 79 del Código Penal, el daño en el cuerpo o en la salud del art. 89 del mismo cuerpo legal. El peligro concreto cuya producción requieren determinadas figuras – vgr. arts. 186 y 188 del Código Penal- es también un resultado. En otros casos la conducta del agente abastece las exigencias típicas, sin requerir la existencia de un resultado concreto, por ejemplo, en la violación de domicilio (art. 150 del Código Penal), en los delitos de tenencia (art. 189 bis del Código Penal y art. 14 de la ley 23.737). Estas diferencias han motivado las clasificaciones de la doctrina que identifica delitos de daño o lesión y delitos de peligro –concreto o abstracto-; delitos formales o de pura o predominante actividad y delitos materiales o de resultado. En ese sentido ver, entre otros, Frías Caballero, Jorge y otros, *Teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 191. En las páginas 213 y ss. de la misma obra pueden verse las distintas posiciones respecto del resultado en la teoría del delito, lugar al que remitimos para no exceder los límites del tema que nos propusimos tratar.

determinadas circunstancias²³, otras requieren la realización de múltiples actos -acciones o acciones y omisiones combinadas²⁴- por parte del sujeto activo, simultáneas o sucesivas.

En el mismo sentido, podríamos señalar que ciertas figuras delictivas exigen para la consumación del delito la acción de más de una persona, tanto en los casos de pluralidad necesaria de agentes²⁵ en los que se requiere la actividad coordinada de más de un sujeto activo, como en los supuestos en los que se exige determinada actividad desplegada por el propio sujeto pasivo²⁶ o por terceros.

Al relacionarse el art. 54 del Código Penal con todas y cada una de estas normas que describen hechos tan diversos, con estructuras típicas tan dispares, la expresión “un hecho” allí utilizada debe adquirir una amplitud tal que le permita comprender esa variedad de casos²⁷. Es que existen casos que corresponden al supuesto que denominamos más arriba como supuesto básico de aplicación, esto es, *cuando un hecho cayere bajo una única sanción penal*, en los cuales existirán pluralidad de acciones o actos y, en algunos casos, las mismas corresponderán a sujetos diversos. Si ese mismo hecho fuere susceptible de subsunción en más de una figura penal nos encontraríamos con el supuesto problemático al que aludimos.

3.3.2.2.- Supuestos particulares.

Por otra parte, existen casos en que las figuras penales de la parte especial se superponen total o parcialmente con esta norma de segundo rango o categoría, aplicada en función de otras normas de la parte especial, generando el defecto del conjunto denominado redundancia normativa.

A modo de ejemplo cabe citar el caso de los arts. 165 y 80 inc. 7º del Código Penal. Sin entrar a analizar con detenimiento estas figuras y las complejas relaciones que entre ellas se generan puede advertirse que, dependiendo siempre del alcance que se dé a la expresión “un hecho” del art. 54, hay una serie de casos que pueden ser a la vez un concurso ideal entre el delito de homicidio y el otro delito que con la comisión del primero se “consume”, o casos en los que con motivo u ocasión de un robo, y mientras se ejerce

²³ Por ejemplo, las distintas figuras previstas en el art. 108 del Código Penal, que no asocia un resultado a esta omisión. En el favorecimiento culposo de la evasión el agente puede actuar positivamente u omitir y, en este caso, su omisión irá asociada en la descripción típica a un resultado concreto, la evasión de un detenido o condenado.

²⁴ El art. 302 inc. 1º del Código Penal combina en la descripción típica hacer y no hacer en forma secuencial o sucesiva. El inciso 3º del mismo artículo presenta un supuesto de acción positiva doble o acciones sucesivas.

²⁵ Son claros ejemplos los de los arts. 167 inc. 2º y 210 del Código Penal.

²⁶ El art. 174 inc. 2º del Código Penal requiere que el damnificado firme un documento que importe cualquier efecto jurídico.

²⁷ La ubicación de esta cuestión problemática en la estructura del análisis podría ser tanto la escogida como la del apartado 3.2. “Análisis Semántico”, y a esos fines se realizó allí una expresa remisión al presente apartado.

violencia sobre la víctima para vencer su resistencia, se da muerte a esta última, ambos a modo de ejemplo. En los dos casos (arts. 80 inc. 7º y 165) las leyes penales de la parte especial prevén una sanción más grave para estos casos de concurso ideal o formal que la que resultaría de la aplicación de las reglas del concurso y se apela generalmente al principio de interpretación que indica que la ley especial se aplica por sobre la general. Sin embargo, no está de más señalar que la ley especial es en estos casos una ley que crea figuras que comprenden tanto a tipos menos específicos como a normas de la parte general.

Un caso más complejo de plurirrelación es el supuesto resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, cuando dispusiera que “media concurso ideal entre la tentativa de robo calificado por el resultado y el homicidio simple (arts. 42, 54, 79 y 165, CP) –para el autor de la muerte- porque tales dos encuadramientos no se suplen recíprocamente, en el caso particular. Si en la situación de ambos no fuera aplicable el art. 54, la ley aparecería asistemática en tanto quien matara con motivo u ocasión de una tentativa de robo recibiría menos pena que quien cometiera un homicidio sin relación.” (SCBA P. 40.411 sentencia del 11/2/1992, voto del Juez Ghione seguido por la mayoría). Se afirma entonces que *las descripciones normativas conflictivas son lógicamente independientes, pero no excluyentes*²⁸ y que por eso resulta aplicable el art. 54 del Código Penal, pero se agrega que por esa vía se resuelve además una eventual contradicción axiológica del conjunto normativo²⁹, cuando se alude a lo asistemática que resultaría la aplicación exclusiva de los arts. 42 y 165 del mismo código.

Otro caso particularmente problemático es el del homicidio preterintencional, descrito en el art. 81 inc. 1º ap. b del Código Penal. Esta norma nos sitúa frente a dos alternativas para su interpretación: o consideramos que el resultado muerte puede ser atribuido al autor de las lesiones sin que sea necesaria una conexión subjetiva –culpa- de éste con ese resultado, o afirmamos que ello se opone a principios constitucionales del derecho penal y que la norma resuelve necesariamente un supuesto de concurso ideal entre lesiones cometidas con dolo y homicidio culposo, resultando aplicable el art. 81 inc. 1º ap. b en función de la regla de aplicabilidad analizada, solución que supone afirmar que cuando el homicidio y las lesiones concurrentes son imputables subjetivamente a distinto título no opera la relación de consunción que media entre las lesiones y el homicidio cuando serían imputables al mismo título. También podríamos considerar, sin variar la solución concreta, que entre ambas normas media una relación de consunción expresamente prevista en la ley mencionada.

²⁸ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 274.

²⁹ Op. cit. pág. 278.

Algunos autores³⁰ señalaron como un caso de concurso ideal expresamente resuelto por la ley el previsto en el art. 104, segundo párrafo, del Código Penal. Sin embargo, esta postura mereció la crítica, acertada en mi opinión, de Soler y Núñez³¹, quienes sostienen que se trata de un supuesto de concurso aparente de leyes, específicamente, de un caso de subsidiaridad expresa, relación que excluiría, en principio, la posibilidad de resolver el caso en los términos del concurso formal.

Hasta ahora vimos algunas situaciones problemáticas generadas en torno al antecedente de la norma. A continuación, intentaremos relevar situaciones de la misma índole propias del segundo término de esa norma, en el que se prevé la consecuencia jurídica concreta.

En primer lugar, se advierte la existencia de una laguna lógica en el conjunto normativo, toda vez que el sistema jurídico carece, respecto de un caso (concurso formal o ideal entre normas que prevean sanciones o penas de distinta naturaleza), de toda solución normativa³². Siendo la norma bajo análisis una norma de tipo secundario, que regula la forma en que serán aplicadas las normas de la parte especial del Código Penal en determinados casos, no podemos recurrir al principio de clausura para “rellenar” la laguna normativa mencionada.

En los casos en que concurren normas que prevean penas de la misma especie, supuesto expresamente previsto, puede afirmarse que la pena mayor será la cuantitativamente más importante, afirmación que, sin embargo, requiere de una interpretación. Dado que el Código Penal argentino no establece penas fijas sino escalas penales, puede recurrirse a varios criterios para determinar cuál es la pena mayor: a) la que tenga un tope máximo mayor, b) la que tenga un mínimo mayor o c) la que tenga un término medio mayor, monto que se obtendría dividiendo por dos la diferencia entre el máximo y el mínimo y restando el resultado al máximo o, lo que es lo mismo, sumándolo al mínimo (criterio de la semisuma)³³.

Cuando concurrieran penas perpetuas con penas temporales de la misma clase (vgr. prisión perpetua y prisión temporal) nos enfrentamos a la imposibilidad de cuantificar algo que, en principio, no puede ser cuantificado, pues dependerá el hecho de que una pena sea mayor que la otra del inevitable pero impredecible acaecimiento de la muerte del penado.

El problema que plantea la divergencia de especies de pena que señaláramos más arriba podría ser solucionado recurriendo a dos herramientas interpretativas: por un lado,

³⁰ Malagarriga, Carlos, *Código Penal argentino* t. II, Buenos Aires, 1927, p. 380 y Díaz, Emilio, *El código penal para la República Argentina* 3ª ed., Buenos Aires, 1928, n° 264, ambos citados por Ricardo C. Núñez en “El hecho único como base del concurso ideal”, *Revista jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1952, Tomo 68, pág. 213.

³¹ El primero en op. cit. pág. 227 y el segundo en el artículo citado en la nota anterior.

³² Nino, Carlos S., *Introducción...* cit. pág. 281.

³³ Es este último el criterio que proponen Zaffaroni, Alagia y Slokar en op.cit. pág. 1007.

recurrir a un criterio cualitativo de *gravedad* de la pena para resolver cuál de ellas debe reputarse mayor cuando concurren penas de distinta naturaleza, utilizando al efecto las normas de los artículos 5º, 56 y 57 del Código Penal; por otra parte, aplicar al caso las pautas que surgen del art. 24 del mismo cuerpo, que permitirían traducir un monto de pena de una especie en cantidades equivalentes de otra especie. Ambas soluciones pueden ser objeto de la misma crítica: las disposiciones legales a las que se acude se refieren a supuestos específicos distintos del concurso formal o ideal y no puede ser extendido sin más su ámbito de aplicación so pretexto de solucionar por vía interpretativa un supuesto de vacío legal.

Otros casos problemáticos y que carecen de una solución legal concreta son los casos en que alguna o todas las figuras que comprenden a un mismo hecho estuvieren conminadas con penas conjuntas, alternativas y accesorias.

A la lista de lagunas normativas enunciada podemos agregar, en último lugar, los casos en los que las figuras penales que concurren en forma ideal son sancionadas con la misma pena. Los ejemplos que se pueden mencionar en este sentido no constituyen hipótesis altamente improbables, basta con mencionar en este sentido los casos en los que concurren idealmente las figuras previstas en los distintos incisos de los arts. 80 o 166, por mencionar alguno.

Conforme lo expuesto, podemos afirmar que la interpretación y aplicación de la norma escogida plantea múltiples y serias dificultades; veremos ahora como las enfrentó o eludió la doctrina nacional.

4.- Consideración del tema en la dogmática penal argentina.

En este apartado nos proponemos realizar una exposición y crítica del tratamiento dado al tema del concurso ideal en ciertas obras de algunos autores del derecho penal argentino. Realizaremos un análisis más pormenorizado de las obras de Sebastián Soler y Eugenio Zaffaroni, autores que suelen citarse como referentes de modelos o paradigmas distintos y enfrentados en la teoría del derecho penal. Sin perjuicio de ello, aludiremos también, aunque sucintamente, a los aportes de Ricardo Núñez y Carlos Nino al estudio de este tema.

4.1.- La obra *Derecho Penal Argentino* de Sebastián Soler.

Comenzaremos por la obra de Sebastián Soler para analizar el tratamiento argumental que da la dogmática argentina al tema del concurso ideal. El autor trata el tema en el apartado 60 de la obra, exponiendo sucesivamente la que denomina posición tradicional sobre la materia, las dificultades de la teoría de la acción, la teoría de la unidad

de hecho, la separabilidad de las lesiones jurídicas y la llamada regla del exceso del dolo y, por último, una apreciación crítica de la teoría del concurso ideal y el proyecto de 1960.

En el primero de los apartados distingue dos doctrinas que postulaban, respectivamente, la existencia del concurso ideal cuando a) entre los distintos delitos existiere una relación de medio a fin y b) no obstante el múltiple encuadramiento, no existiere más que *una acción*. Señala que la primera de estas doctrinas fue seguida por Tejedor en su proyecto y que alcanzó su máximo desarrollo en la doctrina carrariana del delito, advirtiendo que esta formulación teórica no encuentra apoyo en el Código Penal argentino.

A continuación reseña la denominada teoría de la acción, ampliamente difundida por ser la receptada en los códigos toscano y alemán, y dedica el segundo apartado a señalar las dificultades de esta doctrina. Entre ellas señala los casos en los que una pluralidad de actos o movimientos constituye una única acción, supuestos en los que se torna problemática la amplitud de este último término. Por otra parte advierte la existencia de una dificultad inversa que se presentaría cuando una actuación voluntaria única produjere varios resultados separables y autónomamente queridos. Dentro de esta corriente distingue a ciertos autores que, dando al concepto de acción una acepción amplia, hacen prevalecer la exigencia de unidad interna o subjetiva para afirmar la existencia de un solo delito, postura que sintetiza en la expresión de Liszt *unidad de acto voluntario*. Con este criterio, señala Soler, se resuelven los casos de unidad de acción con pluralidad de resultados (cuando de una sola imprudencia subjetiva resultan varias víctimas), y los casos de unidad de actuación externa, productora de varios resultados independientemente queridos (caso de pluralidad de víctimas en el homicidio doloso). A modo de crítica dice el autor: “En este caso, sin embargo, es manifiesto que a la expresión *acción* se le acuerda un sentido especial, acentuando en ella la parte de subjetividad”.

Esta crítica podría ser formulada a los autores nacionales que adoptan, sin perjuicio del texto legal vigente, la teoría de la unidad de la acción para abordar el tema del concurso ideal o formal de delitos. Sin embargo el embate pierde fuerza si tenemos en cuenta que la adopción de un concepto de acción en el que se acentúa la parte de la subjetividad es propio de los autores que han seguido al finalismo inaugurado por Welsel en la teoría del delito. En estos planteos teóricos, posteriores en la doctrina nacional a la obra de Soler, la adopción de un concepto de acción como el criticado no es más que una consecuencia de coherencia teórica, que, sin embargo, suele esconder una ciega devoción hacia la doctrina germana, que elabora sus conclusiones dogmáticas a partir de un texto legal diferente.

A continuación expone Soler la teoría de la unidad de hecho, adoptada por el código italiano de 1891, del que, según su expresión, “proviene directamente” el art. 54 del Código Penal argentino. Señala que después de la modificación introducida en este sentido por la

Comisión de 1891, la tarea interpretativa consiste en determinar la unidad de hecho de la cual derivará la unidad delictiva, indicando que habrá algunos casos de pluralidad de acciones que no importarán pluralidad de hechos (teoría de la continuación) y habrá, en cambio, casos en los cuales no exista más que una actuación externa, un movimiento corporal y hasta acaso un solo resultado físico y no obstante habrá pluralidad de hecho y, en consecuencia, pluralidad de delitos.

En la enunciación de la teoría sigue sucesivamente a Von Buri e Ipallomeni, quienes sostuvieron que para que exista una pluralidad delictiva se requiere no solamente una pluralidad de determinaciones traducidas en una pluralidad de encuadramientos, sino que aquella pluralidad de determinaciones debe ser real y efectivamente operante y corresponder a una pluralidad de causalidades, a una pluralidad de efectos reales y a una pluralidad de lesiones jurídicas. De esa pluralidad de efectos reales se infiere la existencia de una pluralidad de resoluciones³⁴. Reseña a continuación las pautas de corrección a las que recurriera Alimena, quien apelara a la idea de la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas para resolver los casos de concurrencia de delitos que lesionaran a bienes jurídicos abstractos, y a la regla del exceso en el dolo para resolver los supuestos en que concurren delitos que afecten a bienes jurídicos relacionados.

Esta última fue la teoría que, en un primer momento, adoptó el autor para resolver los problemas que planteaba la interpretación de la norma analizada. La adopción de estas teorías tenía dos fundamentos independientes, por un lado se las proponía como las únicas capaces de aportar soluciones útiles a una serie de supuestos problemáticos, argumento que a simple vista aparece como insuficiente, por parcial, para adoptar una supuesta solución definitiva del problema. Por otra parte, un argumento implícito sustentaba la respuesta dogmática propuesta: si el antecedente legislativo directo de la norma en cuestión provenía de un determinado país extranjero, la doctrina elaborada alrededor de este antecedente sería la adecuada para arribar a una correcta interpretación del texto legal. Este argumento es claramente falaz pues partiendo de premisas válidas (la legislación italiana es el antecedente del art. 54 / la doctrina italiana ha recurrido a las teorías enunciadas) llega a una conclusión inatinente (las teorías de la doctrina italiana son correctas pautas de interpretación del art. 54).

Aquí pueden advertirse dos errores que generan problemas en la construcción de un sistema legal coherente y en su aplicación en un ámbito espacial concreto. El primero es un problema **técnica legislativa** y consiste en importar disposiciones aisladas de un

³⁴ Cita como ejemplo de concurso ideal en esta formulación teórica, el caso en el cual de una sola imprudencia derive la muerte de dos personas, supuesto en el que habría concurso ideal por la indudable unidad del contenido subjetivo del hecho. El caso así descrito se corresponde con el texto vigente del segundo párrafo del art. 84 del Código Penal, que atribuye a esta circunstancia (pluralidad de víctimas fatales) consecuencias gravosas incompatibles con la postura teórica reseñada.

determinado ordenamiento para implantarlas en su par nacional, sin analizar eventuales incompatibilidades lógicas y valorativas con disposiciones que integran este último, que pueden ser, a su vez, importadas de otros ordenamientos o creación original del legislador nacional.

El segundo es un problema de **interpretación de la ley**. Cuando se sigue una determinada corriente legislativa no es correcto intentar imponer una determinada interpretación doctrinaria elaborada en el país de origen de la norma sancionada. Ya señalamos que la norma, proveniente de otro sistema legal, al insertarse en el ordenamiento nacional establece nuevas relaciones lógicas y valorativas con las demás normas vigentes, relaciones que no pueden ser obviadas con la imposición de determinada creación doctrinaria foránea.

A continuación, Soler enuncia, en las ediciones definitivas de su tratado, su apreciación crítica de la teoría del concurso ideal. Es aquí donde advierte las dificultades que presenta la figura del concurso ideal, y pretende encontrar en ellas justificación a las tendencias doctrinarias y legislativas que proponen prescindir de ella. En este punto parece el autor informar respecto del carácter problemático del tema, aunque no enuncia puntualmente una serie de problemas generados directamente por el texto del art. 54 del Código Penal y sus relaciones con el resto del conjunto normativo que integra, sino que pasa a denunciar una serie de cuestiones problemáticas en cada una de las teorías a las que hiciera referencia en apartados anteriores. En otras palabras, critica la reconstrucción dogmática de la norma y de allí infiere la conveniencia de prescindir del texto legal. Sustituye así, a los efectos de la crítica, el lenguaje objeto de la dogmática por el metalenguaje dogmático, pero extiende los resultados de la crítica al propio texto legal, proponiendo, como lo hiciera en el Proyecto de Código Penal argentino de 1960, el abandono del sistema.

Sin perjuicio de ello, agrega el autor en esta misma línea argumental dos razones que avalan la postura que propone adoptar respecto del concurso ideal: el desarrollo de la teoría de las relaciones de las figuras entre sí y la pérdida de cierta rígida severidad de los sistemas penales que obligara a los doctrinarios a realizar laboriosas construcciones para imponer principios de humanidad y justicia. Dos razones, una de carácter técnico y la otra de tipo histórico político.

La primera es una pauta de interpretación que parecería no corresponderse con los principios generales que, para la interpretación de la ley, señala este mismo autor. En efecto, propone recurrir a las reglas que la propia dogmática ha establecido para el concurso aparente de leyes, supuestos de redundancia en el conjunto normativo que se resuelven aplicando las reglas de especialidad, consunción y subsidiariedad. Pero en este caso apela

a estas reglas para proponer la derogación de una norma, tras haber reducido, por vía interpretativa, a la mínima expresión su ámbito de aplicación³⁵.

La otra razón es un argumento concreto, específico y expreso de política criminal y contiene, conforme esa naturaleza, un componente valorativo³⁶. En síntesis, propone Soler prescindir de la norma del art. 54 del Código Penal y resolver los supuestos de concurso ideal, que considera escasos conforme el argumento analizado en el párrafo anterior, con las reglas del concurso real, toda vez que considera que la suavidad actual de las penas, en términos comparativos con épocas pasadas y la existencia de un tope previsto para la composición de una nueva escala penal en el art. 55 del Código, son circunstancias que eliminan las razones de justicia que justificaron la previsión de respuestas normativas independientes. Es decir, estima que **ahora** la aplicación exclusiva de las reglas del concurso real no resultará ya injusta, pues no originará penas desproporcionadas o excesivas como antaño.

En el sentido en que venimos analizando la obra de Soler, corresponde destacar, nuevamente, una característica de este argumento de política criminal: el mismo es **expreso**, ha sido planteado claramente por el autor, evitando con ello la insana costumbre de ocultar los argumentos de esta naturaleza tras supuestas consideraciones puramente dogmáticas. Se comparta o no el argumento, el autor abre un espacio a la discusión y aclara, al menos en este punto, los argumentos en los que funda sus afirmaciones.

Sosteniendo Soler una postura crítica o negativa respecto de la norma analizada, no releva ninguno de los problemas señalados en el catálogo como propios del texto legal, sino que enfoca su crítica en las falencias de la teoría elaborada alrededor de esa norma y sus antecedentes foráneos.

Por último, corresponde señalar que el autor omite toda referencia a la serie de problemas relativos a la determinación de cual será, en cada caso, la pena mayor³⁷, criterio que decide, en definitiva, qué norma será aplicada en el caso. Esta omisión se corresponde con las diferencias que presentan, aún hoy, los desarrollos de las teorías del delito y de la pena. Abocado a resolver el tema de la unidad de hecho, no trató el autor el segundo término de la norma, que plantea, como ya adelantáramos, múltiples problemas interpretativos.

³⁵ Ha dicho la CSJN que *“la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos y constituye una causa definida de arbitrariedad”* (Fallos 311:2548, autos “Sánchez, Juan Antonio”, sentencia del 1/12/1988). La cita pone en evidencia la suerte que correría, en mi opinión, una sentencia de instancias inferiores en la que un magistrado o tribunal descartara la aplicación al caso del art. 54 del Código Penal fundándose en esta postura crítica de Soler.

³⁶ Ver, en este sentido, la obra de Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal* 2ª ed. 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2002. Este autor propone introducir en el sistema de derecho penal las decisiones valorativas.

³⁷ Problemática planteada en el apartado 3.2.4. del presente.

4.2.- La obra de Ricardo C. Núñez.

Núñez ha variado su criterio sobre el tema en más de una oportunidad. Corresponde destacar que en cada oportunidad que así lo hiciera, el autor advierte al lector que el criterio expuesto no coincide con el que sostuviera en otras oportunidades y funda este cambio de postura.

Tanto en su Tratado de Derecho Penal como en el artículo publicado en la revista jurídica LA LEY en el año 1952, adhirió Núñez a la postura adoptada originariamente por Soler, siguiendo los lineamientos de la doctrina italiana, aunque atribuyendo aquel una especial relevancia a la obra de Masucci y adoptando la tesis de la unidad de hecho por unidad de efecto real causado de Ipallomeni. Abandonaba así el criterio divergente expuesto en su tesis doctoral publicada en el año 1939³⁸, aceptando las críticas de Soler y afirmando que “la solución del problema debía buscarse excluyendo del concurso ideal todo lo que habíamos colocado en él”.

Al publicar su *Manual de Derecho Penal*³⁹ vuelve a cambiar su criterio y critica en esta oportunidad el criterio seguido por Soler en las nuevas ediciones de su *Derecho Penal Argentino*. Funda su crítica a las teorías de la unidad de fin, intención o designio; de la relación de medio a fin y de la inseparabilidad natural o jurídica de las lesiones en su incompatibilidad con el texto del art. 54 del Código Penal y con el concepto natural de *hecho* que representa la base fáctica del concurso ideal y que sólo alude a la singularidad material de lo que el delincuente realiza materialmente. Rechaza también la tesis de la unidad de acción subjetiva señalando que esta fue expresamente rechazada por el legislador italiano de 1889, antecedente del que provienen el texto y la teoría del art. 54.

Señala el autor que la cuestión del concurso ideal no puede resolverse al margen del sistema del Código Penal y se remite al uso que de la expresión *un hecho* o *el hecho* se hace en otros artículos del mismo cuerpo legal (arts. 34 inc. 1º, 45, 46 y 47 del Código Penal), para concluir que en el artículo 54 la expresión un hecho significa un hecho previsto y penado como delito en el Libro Segundo del Código. Afirma que “el concurso ideal no es otra cosa que una cuestión de doble tipicidad de un hecho naturalmente único”. La conducta del agente que ya cae como tal en una sanción penal, debido a una circunstancia de modo, lugar, tiempo, etc. cae también bajo otra sanción penal. Esas circunstancias, sin multiplicar materialmente la conducta del agente, multiplican su delictuosidad. Por último señala que la unidad del hecho implica la unidad de culpabilidad.

La tesis de Núñez presenta ciertos puntos destacables: por un lado, apela a las normas del ordenamiento positivo vigente para fundar su postura, por el otro rechaza la

³⁸ “El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código” publicado en *Revista de Psiquiatría y Criminología*, Córdoba, enero-febrero 1939.

postura que prescinde o minimiza al máximo la aplicación del art. 54. Sin embargo, intercala en la construcción de este concepto legal del hecho nociones poco precisas, como la del hecho naturalmente único.

Trata por separado el autor, bajo el título de “Pena aplicable” las cuestiones relativas a la determinación de la pena mayor entre las que ideal o formalmente concurren. Sin embargo, no plantea la cuestión como un asunto problemático, sino que simplemente enuncia criterios que implican resolver sin someter a discusión los defectos lógicos del ordenamiento. Así sostiene que la mayoría de la pena depende de su naturaleza, cuando el propio Código distingue entre gravedad y mayoría. Con el mismo criterio de “gravedad” resuelve los casos de penas conjuntas y alternativas. Para las penas de igual naturaleza, señala que la mayor es la pena cuya cantidad es superior en su máximo, y ante máximos iguales, la mayoría se determina por el mínimo.

En este punto puede criticarse al autor el no haber denunciado o informado respecto de los problemas que presenta en este punto el texto legal analizado, optando por resolver las cuestiones sin desarrollar una argumentación para fundar sus conclusiones, como si la norma previera un catálogo exhaustivo y expreso de soluciones legales⁴⁰.

4.3.- El aporte de Carlos Santiago Nino.

Nino advierte y resalta en su ensayo sobre el tema⁴¹ la existencia de problemas de vaguedad y ambigüedad en la expresión “un hecho” e intenta solucionarlo apelando a la equiparación de los términos *hecho* y *acción*⁴², en el uso común u ordinario de esta palabra, sustituyendo el primero por el segundo en la interpretación del texto legal y respondiendo a la crítica que formularan autores como Soler y Núñez al uso de este recurso, señalando que existen diferentes categorías o clases de acciones, algunas que se definen por ciertos movimientos característicos, por cierta *forma* y otras que se definen por la generación de un resultado determinado. Trata con profundidad este problema central, pero omite referirse a las demás situaciones problemáticas que plantea la norma.

Del catálogo de problemas enunciado trata expresamente los problemas semánticos referidos a la expresión “un hecho” (3.2.1.) y es el único autor, de entre los analizados, que

³⁹ Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 3ª ed., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1984, pp.309 y ss.

⁴⁰ Esta crítica no puede dejar de ser relativizada cuando el texto analizado es un manual de estudio, obras que generalmente remiten al lector a textos más completos para poder apreciar en toda su extensión los argumentos del autor para sostener determinada posición.

⁴¹ Nino, Carlos Santiago, *El concurso...* cit., pp. 24 y ss.

⁴² Equiparación o equivalencia a la que recurriera, en la doctrina nacional, González Roura, Octavio, *Derecho Penal* t. 2, Buenos Aires, 1922, núm. 144. Sin embargo, este autor combina esta equiparación con conceptos de la doctrina italiana opuesta a la teoría de la unidad de la acción, quitando claridad a su exposición.

repara en los problemas que surgen de la relación de la norma estudiada con las normas de la parte especial y las diversas *formas de acción* previstas en las figuras penales (3.3.2.1).

Sin embargo, su tesis está dirigida a poner en evidencia la inexistencia de criterios jurisprudenciales uniformes sobre el tema, limitándose a sugerir se limite la aplicabilidad del art. 54 a los supuestos en que se de una relación lógica parcial entre clases de acciones, dejando a salvo que en algunos casos el criterio valorativo del juez puede llevar a una correcta extensión de esos límites de aplicabilidad para favorecer la punición simple. Coherente con la postura asumida respecto de la dogmática y el enfoque conceptualista, se limita a exponer una situación problemática del texto legal y de su aplicación concreta, limitándose a sugerir un criterio unificador.

4.4.- Tratamiento de la cuestión en la obra de Eugenio R. Zaffaroni.

Zaffaroni⁴³ se aparta de las posturas seguidas por la doctrina nacional anterior, señalando que la teoría de la unidad de hecho implica afirmar que la pluralidad de resultados multiplica los delitos⁴⁴ y pasa a exponer las razones por las que considera incorrecta esta postura teórica. En primer lugar señala que “este antiquísimo recurso distintivo ha sido completamente desechado por la doctrina alemana” recurriendo así a un argumento de autoridad, que constituye una falacia en la medida en que la autoridad a la que se recurre elabora sus conclusiones a partir de un dato distinto: el ordenamiento jurídico alemán. Utiliza además el lenguaje en una clara función emotiva procurando la adhesión del lector a su posición que habrá de estimarse actualizada frente a vetustos criterios expuestos con anterioridad.

Siguiendo con este objetivo de fundar su crítica a la postura adoptada por la doctrina nacional, clasifica los fundamentos de estas posturas en históricos y gramaticales. Respecto de estos últimos, afirma que el Código emplea la voz *hecho* en sentido genérico y que es imposible extraer alguna consecuencia práctica de una voz que se emplea con semejante amplitud. Así advierte o **informa** sobre la existencia de un supuesto problemático, y en este sentido y conforme lo expuesto a lo largo de este trabajo es posible señalar que esta afirmación es **verdadera**. Sin embargo, y como veremos más adelante **decide** sustituir este término genérico por otro de idénticas características, tal el vocablo *acción*.

Para rebatir el argumento histórico, que sería el adoptado por quienes siguieron a la doctrina italiana en este tema, señala que la unidad de hecho fundada en la unidad de resultado es fruto de una postura *idealista*, incompatible con el concepto *naturalista* de

⁴³ Zaffaroni, op.cit., pp. 853 y ss.

⁴⁴ Sin embargo, a pesar de esta expresa referencia, no informa expresamente en este punto sobre la problemática relacionada con las diferencias que presentan las figuras delictivas de la parte especial, que permitieran elaborar las clasificaciones de los delitos a las que aludíamos en el apartado 3.3.2.1. de este trabajo.

acción adoptado desde Von Liszt, al que adhería la doctrina nacional criticada. Como lo hace durante toda la obra, coloca en polos opuestos a la doctrina nacional anterior, que encuadra sin distinciones en el idealismo, vetusto y superado, y a la propia posición que estima, aún en el campo filosófico, actual y superadora.

De esta forma desplaza el problema a un terreno filosófico, sobre el cual no profundiza, y resuelve el problema diciendo que *se ha demostrado suficientemente a lo largo de esta exposición que específico objeto del desvalor jurídico es invariablemente una conducta humana*, concepto que se correspondería con la postura autodenominada *realista* que adopta el autor. Extrae así la solución del problema de su propia construcción teórica elaborada alrededor del concepto de acción como elemento de la definición analítica de delito, instrumento dogmático del que se vale para conocer e interpretar el derecho penal, estableciendo límites *ónticos* a la extensión del concepto: cuando exista un único movimiento que integre la actividad final del sujeto sólo puede haber una única acción, cuando la actividad final se integre por varios movimientos, serán el factor final y el factor normativo los que determinarán la unidad o pluralidad de acciones.

Tras estas consideraciones, afirma que el concurso ideal es un supuesto de conducta única y tipicidad plural, señalando que se trata de un único delito, pues la pluralidad es solamente de desvalores. Más adelante indica que el concurso ideal requiere siempre una acción única, lo que supone que haya identidad de acción es decir, que la acción permanezca idéntica en su aspecto objetivo.

El autor elude la existencia del problema que él mismo denuncia, equiparando los términos hecho y conducta humana, remitiéndose al indescifrable concepto ontológico de acción humana. En todo caso, debió remitirse al concepto ontológico de hecho para arribar a una solución por esta vía argumental. Con esta equiparación conceptual atrae hacia su obra el apoyo de los autores de la dogmática alemana.

Advierte este autor la existencia de una serie de problemas en la determinación de la escala penal que en el caso de un concurso ideal de delitos habrá de absorber a las demás implicadas. El expreso tratamiento de estas cuestiones se corresponde con el aumento que, en términos relativos, registra en su obra el desarrollo de la teoría de la pena o de la responsabilidad o respuesta punitiva, como el propio Zaffaroni la llama.

Sin embargo, tras haber informado sobre la existencia de un supuesto conflictivo o problemático, procede a decidir la cuestión remitiéndose a *“las reglas que emanan del principio de absorción”*. Estas reglas no pertenecen al derecho positivo, el principio del que emanan no está incluido en las normas del bloque constitucional, circunstancias que ponen en evidencia el camino argumental seguido por el autor. En primer lugar infiere, de la letra y sentido del art. 54 del Código Penal, que el ordenamiento adoptó para este caso el mentado principio de absorción, al que se remitirá luego para interpretar la misma norma de la que

dedujera el principio rector, incurriendo en la falacia de atinencia denominada *petición de principio*⁴⁵. Las soluciones propuestas podrán estimarse o no como políticamente correctas, pero son, en el análisis estrictamente dogmático, arbitrarias.

5.- Conclusión.

Dos cuestiones se presentan como particularmente problemáticas en el análisis del art. 54 del Código Penal: primero determinar el significado y los límites de aplicabilidad de la expresión “un hecho”, segundo averiguar cuál es la pena mayor de entre las que concurren en un caso concreto.

Para ninguno de estos casos han proporcionado la doctrina o la jurisprudencia una solución que pueda reputarse pacífica y definitiva. En la dogmática se han sucedido en este tema, como en otros, opiniones fundadas en la importación de doctrina europea, sin que ninguna de ellas haya aportado demasiada claridad sobre el punto. Resulta evidente en el caso analizado que el conceptualismo, propio de nuestra tradición jurídica⁴⁶ y particularmente acentuado en la dogmática penal, no ha aportado una solución acabada y aceptable a una serie de problemas generados en torno al concurso ideal. Tampoco la jurisprudencia ha sentado criterios definitivos, aceptando los criterios de los precedentes y formando un cuerpo de soluciones estables para series de casos, modalidad que si bien es propia de los sistemas de la tradición jurídica del derecho común, podría haber permitido una unificación de criterios y un mayor grado de seguridad jurídica.

Con lo expuesto, voy adelantando que estimo más útiles para arribar a ese criterio definitivo las teorías que intentan resolver la cuestión en el marco de la legislación nacional vigente. En esta línea, se enmarcan los aportes de Carlos S. Nino y de Ricardo C. Nuñez que, en lugar de apelar a conceptos de *acción* o *hecho* extralegales o pretípicos, recurren a las concretas descripciones realizadas en las normas de la parte especial del Código Penal y las leyes complementarias. Ello toda vez que, si tenemos en cuenta el carácter secundario de la norma analizada al que ya aludíáramos, destinada a regular las relaciones entre figuras penales, lógico es recurrir a éstas para interpretar una norma que presupone necesariamente su existencia.

En mi opinión, las situaciones problemáticas que plantea el texto legal analizado pueden ser salvadas, en la práctica, a través de un análisis pormenorizado del hecho histórico que se investiga, de su calificación legal, de las relaciones entre las figuras penales implicadas y de la apelación al principio del *non bis in idem*⁴⁷. Así, cuando se determine que

⁴⁵ Copi, I., op. cit. pág. 94.

⁴⁶ Merryman, John Henry *La tradición jurídica romano canónica*, trad. de Carlos Sierra, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pág. 15.

⁴⁷ En este sentido se expide De La Rúa, Jorge, op. cit. pág. 961, aunque entiende que el art. 54 consagra un “principio de interpretación” mientras en el presente trabajo se ha señalado que lo

un hecho recortado de la realidad puede ser encuadrado en más de una figura penal y que la aplicación simultánea de esas figuras no es imposible en función de las reglas del concurso aparente, corresponderá apelar a la regla del art. 54 a los fines de evitar la doble punición de una misma conducta. El criterio para fraccionar la conducta de un mismo sujeto en varios hechos independientes o considerarla un hecho único puede orientarse, como ya señalamos, en las descripciones de las propias figuras penales.

Sin intentar elaborar aquí una propuesta definitiva para la interpretación de esta norma, considero de utilidad señalar que los problemas de vaguedad y ambigüedad que, desde su formulación en un lenguaje natural, plantea el texto analizado, pueden ser reducidos en la práctica a partir de una correcta aplicación de las reglas de interpretación de las figuras penales, en particular de las comprendidas por la teoría del concurso aparente, y de una aplicación de la regla prevista en el art. 54 del Código Penal en función de la prohibición de doble punición.

En lo relativo a la problemática planteada en torno a la interpretación del segundo tramo de la norma, esto es, en lo relativo a la determinación de la pena más grave entre las concurrentes, parece evidente que el texto legal resuelve exclusivamente uno de los casos posibles y que la solución de los demás no podrá reputarse verdadera o falsa hasta tanto no se incluyan en el ordenamiento soluciones legales expresas, específicas y concretas.

6.- Bibliografía.

1. Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje* 4ª. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
2. Copi, Irving Marmer, *Introducción a la lógica*, traducido por Néstor Alberto Míguez, 29ª. Edición de la edición en inglés de 1972, EUDEBA, Buenos Aires, 1986.
3. De La Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*. 2ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1997.
4. Domenech, Ernesto, "Dogmática penal. Funciones y prácticas", Material de circulación interna de la cátedra de Epistemología Penal, UNLP, 1998.
5. Ghione, Ernesto Víctor, *El concurso aparente de figuras delictivas*. Tesis doctoral presentada en 1970 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.
6. Frías Caballero, Jorge; Codino, Diego y Codino, Rodrigo, *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

previsto en la norma sería una regla de aplicabilidad. El principio que obsta a la doble punibilidad, *non bis in idem*, es una de las reglas no enunciadas a las que remite el art. 33 de la Constitución Nacional -calidad que imprime a la propuesta formulada un componente de imprecisión-, su concreción a nivel legal la podemos encontrar, precisamente, en la norma del art. 54 del Código Penal.

7. Moliner, María, *Diccionario del uso del español*. 2ª Edición, GREDOS, Madrid, 1998.
8. Moreno (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tomassi Editor, Buenos Aires, 1922.
9. Muñoz Conde, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2ª Edición actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
10. Nino, Carlos Santiago, *El concurso en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Astrea, 1972.
11. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1988.
12. Núñez, Ricardo C., "El hecho único como base del concurso ideal", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1952, Tomo 68, pág. 213.
13. Núñez, Ricardo C., "El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código" publicado en *Revista de Psiquiatría y Criminología*, Córdoba, enero-febrero 1939.
14. Núñez, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*. 3ª ed., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1984.
15. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, traducción de Carlos Sierra, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
16. Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*. 2ª edición 1ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
17. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*. 4ª edición, TEA, Buenos Aires, 1987.
18. Zaffaroni, Eugenio R; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal: parte general*. 2ª. Edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.