

# Módulo 1. Concurso de delitos

## Unidad 1

### 1.1.1 Introducción

Hablamos de concurso de delitos cuando, en el caso de una persona que ha cometido más de uno, debe resolverse si existe una sola conducta que cae en dos o más tipos penales o bien dos delitos que deben ser juzgados en forma simultánea. Resulta de aplicación el principio *ne bis in idem*, a su vez, no analizar conjuntamente estos comportamientos, a pesar de dar lugar a sendos tipos penales, podría imposibilitar su análisis más tarde, ante la posible afectación de la prohibición contra el doble juzgamiento de raigambre constitucional.

### 1.1.2 Concurso ideal

En estos casos, estamos ante una sola acción que queda atrapada en dos o más tipos penales, es decir, existe unidad de acción (art. 54 del Código Penal). Si ese único comportamiento afecta varios bienes jurídicos, no resulta suficiente para configurar más delitos, pues estamos de todos modos ante una acción única.

Puede ocurrir que el agente intente matar a una persona con un disparo, pero en lugar de matarla solo la hiere y a su vez, le quita la vida a un tercero que estaba detrás circunstancialmente, según la mayoría de la doctrina se trata de un concurso ideal, homicidio simple en grado de tentativa y homicidio culposo, otros autores abogan por sendos homicidios dolosos, uno tentado, claro está. Pero siempre en este el concurso será ideal, pues hay unidad de acción. Entonces, hay una sola conducta y pluralidad de tipos penales.

La elección del tipo de concurso es sumamente relevante, tiene consecuencias en la prescripción de la acción y la sanción aplicable. En caso de concurso ideal, se aplica la pena más grave de los dos o más tipos penales en que quedará atrapada la acción.

### 1.1.3. Concurso real

Este tipo de concurso se diferencia del anterior, pues aquí verdaderamente

estamos ante hechos independientes, es decir, conductas que no guardan relación entre sí, por lo que hay pluralidad de acciones y pluralidad de delitos.

Los delitos bajo este concurso pueden juzgarse simultáneamente o bien, en sendos procesos sin peligro de afectar la garantía contra el doble juzgamiento (art. 55 del CP).

Las consecuencias son más gravosas que el concurso ideal, pues aquí, si se trata de la misma especie de pena (por ejemplo, la prisión), la pena aplicable tendrá, como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos (principio de suma aritmética o de acumulación). Esta suma no debe exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate, en el caso de la prisión, serán 50 años.

En nuestro ordenamiento jurídico, cuando concurren penas de diferente especie, se impone el principio de absorción (art. 56 del CP), se impone la pena mayor.

Ahora bien, si alguna de las penas no fuera divisible, a la luz del segundo párrafo del art. 56 del CP, (por ejemplo, la prisión perpetua), y la otra fuera de índole divisible (por ejemplo, una cantidad de años de prisión), la no divisible absorbe a la divisible.

En lo atinente, a las penas de multa e inhabilitación, estas funcionan de manera autónoma, es decir, acumulativamente.

#### **1.1.4. Concurso aparente**

Tal como se denomina esta variante, se trata de una concurrencia de leyes, pero en realidad es solo aparente, pues de una adecuada interpretación se aplica un solo tipo penal. No guarda ninguna relación con el concurso real, pues aquí hay unidad de acción, y sí puede generar problemas a la hora de determinar si se trata de un concurso ideal o uno aparente.

La interpretación adecuada de los tipos penales, a la luz de una acción determinada, se alimenta de distintas operaciones, en tanto un tipo puede desplazar, absorber o prevalecer por especialidad. En conclusión, el concurso aparente no es un verdadero concurso de delitos, puede ser un tema de estudio en interpretación de los tipos penales en lugar, y su importancia mayor está dada por su necesaria diferenciación con el concurso ideal.

##### a) Alternatividad

No pueden coexistir ciertos tipos, en tanto resultan excluyentes entre sí, es decir, si se aplica una figura no podrá aplicarse la otra. Un ejemplo podría ser: estafa

y libramiento de cheques sin provisión de fondos.

#### b) Consunción

Se rige por el principio *lex consumens derogat legi consuetae*, que da cuenta de que las formas más complejas de delitos desplazan a las menos complejas, en tanto el delito antecedente es consumido por otro. No se trata de un abarcamiento conceptual, por el contrario, una figura consume el contenido material de la prohibición de otra y hasta puede hablarse de una progresividad en algunos casos. Por ejemplo: lesiones gravísimas y homicidio, seguramente antes de la muerte evidenciamos lesiones, pero una vez acontecido el deceso la figura de homicidio consume el contenido del tipo de lesiones.

#### c) Especialidad

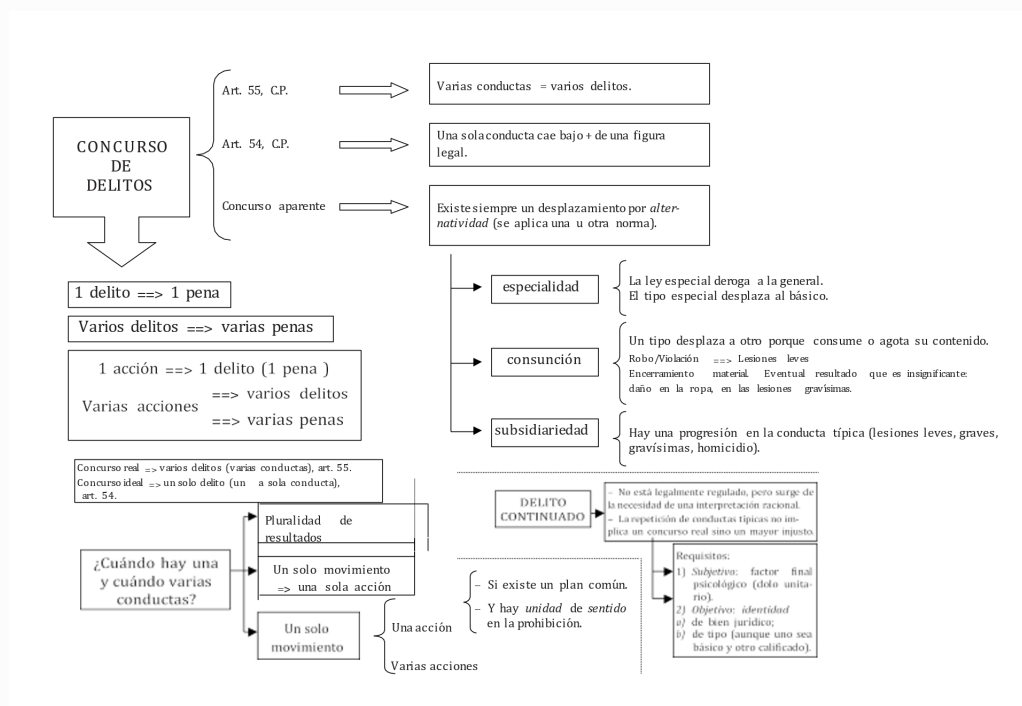
Con base en el principio *lex specialis derogat legi generalis*, el tipo que posee más características suple al más general, en razón de que contiene elementos adicionales que hacen más adecuada su aplicación, la ley especial deroga la ley general. Un ejemplo: si se comprueba que un homicidio ha sido cometido con alevosía, quedaría desplazada la figura simple por la agravada.

#### d) Subsidiariedad

Aquí un tipo resulta subsidiario de otro, la ley puede disponer que su aplicación esté condicionada a otro tipo o no, lo cual acontece de modo expreso o tácito. En el caso de previsión expresa, la ley declara que su aplicación dependerá de que no se aplique otra figura, y será tácita cuando dicha subsidiariedad deba deducirse por vía interpretativa, tal cual vimos en los otros casos.

### 1.1.4 Resumen gráfico

Figura 1. Resumen gráfico



Fuente: elaboración propia.

## Unidad 1.2. Tentativa

### 1.2.1 Introducción

Un sector de la doctrina entiende que se trata de una figura penal propiamente dicha, al margen del delito consumado en cada caso concreto. La parte subjetiva estaría completa, y la parte objetiva sería la que queda inconclusa.

En otras opiniones, se trata de un delito incompleto es decir, la figura consumada que se trate pero tentada. Una especie de figura accesoria, por aplicación del artículo 42 CP, que reza “el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...<sup>1</sup>”.

Nuestro digesto no solo castiga las acciones cuyos delitos se consuman, sino también cualquier intento de delito, siempre que se haya iniciado el comportamiento correspondiente, no exista desistimiento voluntario y el delito no se haya consumado.

<sup>1</sup> Código Penal [CP]. Ley 11.179 de 1921. Artículos 1 a 317. 29 de octubre de 1921 (Argentina).

De lo contrario, la tentativa queda subordinada al delito consumado.

Además, la importancia del tema está dada porque el código, a la vez que describe la tentativa, da cuenta de lo que el legislador entendió por “dolo”. Esa finalidad que se busca en la acción emprendida, lo cual se trata de un comportamiento prohibido típicamente, no es otra cosa que el “dolo”, la faz subjetiva de ese encuadre.

### 1.2.2 Teorías

- **Objetiva:** justifica el castigo de la tentativa porque pone en peligro el bien jurídico. Resulta acorde con el principio de legalidad y el principio de lesividad (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional), también impresiona como la posición que tomó nuestro digesto, conforme lo expuesto. No pena la tentativa inidónea.
- **Subjetiva:** castiga la voluntad hostil, no considera relevante la puesta en peligro del bien jurídico y en su entendimiento el resultado es un mero componente azaroso. La tentativa es el modelo de ilícito penal, en consecuencia, también debe ser punida la tentativa inidónea, pues desde el plano subjetivo no se diferenciaría del delito consumado. Es contraria al principio de lesividad (art. 19 de la CN).
- **De la impresión:** el fundamento del castigo se basa en la voluntad contraria a la norma. Sin embargo, la pena sería merecida si dicha voluntad es capaz de socavar la confianza general en la vigencia del orden jurídico. Este enfoque presenta el problema de permitir la punición de actos preparatorios, lo cual transgrede el principio del derecho penal de acto (art. 18 de la CN), ya que la preparación de un delito grave podría "conmover la confianza"<sup>2</sup>.
- **Infracción a la norma:** es una teoría del funcionalismo, la tentativa debe ser penada porque pone de manifiesto una infracción a la norma, debe establecerse para ello si el agente obró según un juicio “racional”.
- **El fin de la pena:** la punición de la tentativa encontraría explicación en las teorías de la pena, por ejemplo, para los partidarios de la prevención general, estaría dado por el potencial de la pena para transmitir una advertencia y habilitar el castigo de la tentativa.
- **Criterio positivista:** si bien están desactualizadas por la positivización de los

---

<sup>2</sup> Constitución de la Nación Argentina [CN]. Ley 24.430 de 1994. 15 de diciembre de 1994.

derechos humanos, cabe recapitular que el fundamento de la tentativa radicaría en la peligrosidad revelada por el autor al intentar un delito, no por su acto.

- Criterio doble: busca una doble interpretación, tanto desde lo objetivo la afectación del bien jurídico y, desde lo subjetivo, debe tenerse en cuenta el dolo del autor.

### 1.2.3 Etapas del delito

Como hemos visto, la tentativa es una figura independiente del resto de los delitos, aunque también puede considerarse un delito incompleto. En la tentativa, la fase subjetiva del tipo penal se ha cumplido, pero no todos los elementos del tipo objetivo. Es decir, el resultado buscado no se concretó en la realidad por razones ajenas a la voluntad del agente.

La doctrina ha distinguido distintos pasos en el camino del delito (*iter criminis*). No todos los pasos del delito son punibles. En general, las fases serían las siguientes:

a) No punibles

- Idea (o plan), es una fase interna incluye la deliberación y resolución.
- Actos preparatorios, contienen realización material, es una idea que se plasma en actos propios, pero que no se trata de la acción típica del caso, no hay una puesta en peligro del bien jurídico.

b) Punibles

- Principio de ejecución, es el punto más importante para el derecho penal, pues comienza a tratarse de una conducta pasible de castigo. Es la exteriorización de la voluntad dirigida indiscutiblemente a lesionar un bien jurídico.
- Consumación, la conducta logró el resultado típico, deja de tratarse de una tentativa y la sanción es mayor.
- Agotamiento, a pesar de que se consumó el delito, no se agotó y ello resulta importante a los efectos de diferenciar partícipes de encubridores, también a la hora de la determinación de la pena.

### 1.2.4 Principio de ejecución

Como vimos, la ideación y los actos preparatorios no son punibles, toda vez que no constituyen el “acto” que exige nuestro art. 18 de la CN, de lo contrario se tratan de “acciones privadas”<sup>3</sup> y están exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19 CN). El principio de ejecución da cuenta de que el delito ha comenzado, y como contrapartida, el derecho penal debe intervenir.

Es el paso necesario del pensamiento o del fuero interno, a la puesta en obra, desde donde el derecho penal puede actuar y las fuerzas estatales evitar su consumación.

Cierto es que, salvo excepciones, prohibir etapas anteriores implicaría un sinnúmero de hipótesis delictivas de imposible configuración. Recordemos que además del derecho penal de acto, rige el principio de legalidad y los tipos penales deben ser precisos y determinados.

Tener claridad en cada caso sobre el principio de ejecución es una tarea que implica un análisis del tipo penal y de la acción concreta, pues cada figura legal prevé al describir la conducta la fórmula para fijar dicho comienzo. Va de suyo que debe sumarse algún grado de afectación o puesta en peligro del bien jurídico, sino se conculcaría el principio de lesividad.

A efectos de distinguir el comienzo de ejecución de los actos preparatorios, se elaboraron tesis objetivas y subjetivas, y otras de tipo agnóstica, que niegan poder establecer un criterio definitivo.

Como criterio objetivo, se refiere a la “univocidad” o “inequívocidad” de los actos, si de las circunstancias se desprende que la finalidad del autor no puede ser otra que la de cometer el injusto, se habrá configurado la tentativa y tendremos principio de ejecución. Dentro de esta línea, según la teoría formal objetiva, hay principio de ejecución cuando la acción penetró en el núcleo del tipo, y así el inicio del acto ejecutivo sería el de la conducta típica. Para el criterio objetivo material, debe atenderse a una yuxtaposición de elementos subjetivos y objetivos, en donde juega un papel importante el uso del lenguaje corriente y la natural concepción de lo ilícito.

Como criterio subjetivo, se pone el foco en el plan concreto del sujeto activo, pues el comienzo de ejecución debe develarse sobre dicho plan, más que por la puesta en obra. En sintonía, como toda postura de raigambre subjetivo, al perder como foco la realidad y la objetividad, puede caer en situaciones que impliquen la sanción de actos preparatorios.

---

<sup>3</sup> Constitución de la Nación Argentina [CN]. Ley 24.430 de 1994. 15 de diciembre de 1994.

### 1.2.5 Tentativa acabada e inacabada

Ante delitos que no se consuman, sí puede quedar debidamente configurada previamente la tentativa del delito. En la tentativa acabada el sujeto ha realizado la totalidad de los actos ejecutivos, más allá que no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad, todo lo que de él dependiera lo exteriorizó.

Ahora bien, la tentativa inacabada, la conducta que se despliega por parte del autor no ha sido completa a los fines de lograr su consumación, lo cual debe interpretarse a la luz del tipo penal que se trate.

En ambos casos actúa el derecho penal pues existió principio de ejecución, se trata de una mera diferenciación en el plano teórico, pero podría influenciar a la hora de determinación de la pena, ante la mayor puesta en peligro del bien jurídico de la tentativa acabada.

### 1.2.6 Desistimiento voluntario

Ante el desistimiento voluntario, el código penal exime de pena al autor (art. 43), si no se consuma “por razones ajenas a su voluntad” mal podríamos hablar de desistimiento. Se trata de los casos donde hay principio de ejecución, no hay consumación, pero la razón obedece a una decisión del autor. El desistimiento será válido como eximente de pena si no depende de una circunstancia exterior que dificulte alcanzar el resultado buscado, es decir, una situación novedosa que no formaba parte del plan ideado con antelación.

En el supuesto de que el autor desista por temor a recibir una pena o por haber recapacitado de la conducta que lleva a cabo, debe interpretarse que operó favorablemente la prevención general del derecho penal, entonces será aplicable la eximente de pena.

Debe diferenciarse los casos de tentativa acabada e inacabada. En esta última, el autor alcanza para la eximición de pena que abandone la acción emprendida. En la tentativa acabada, por el contrario, es mayor el esfuerzo para ser alcanzado por la eximición de sanción, dado que el autor ya ha desplegado toda su actividad delictiva, sin haberse consumado el delito, entonces debe “deshacer” ese camino, todo lo que sea necesario para evitar la pena.

### 1.2.7 La pena de la tentativa

El art. 44 del Código Penal dispone que la pena que corresponde en estos casos parte del delito consumado, luego debe disminuirse en un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua (delito consumado) la pena de tentativa será de

reclusión de 15 a 20 años.

La escala ha dado lugar a ponderaciones disímiles, si cuando la ley habla de un tercio se refiere al mínimo o al máximo, cuando se refiere a disminuir a la mitad también. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, sumando en esta línea una interpretación *favor rei*, que cuando la ley habla de disminución de la pena a la mitad, se trata del mínimo, cuando refiere a reducir en un tercio, da cuenta que se trata del máximo penal.

Por ejemplo, la pena del delito de homicidio consumado (art. 79 del Código Penal) va de 8 a 25 años de prisión, en caso de quedar tentado (art. 44 del Código Penal), la escala sería de 4 a 14 años y 8 meses (un tercio consiste en 8 años y 4 meses).

### 1.2.8 El delito imposible

Se relaciona con la distinción entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea. Cabe resaltar que, la tentativa inidónea es aquella en la cual los medios son “groseramente insuficientes” para alcanzar el resultado. Los medios seleccionados por el autor para consumar el hecho no resultan idóneos, es decir, los medios escogidos no eran aptos o suficientes para alcanzar el resultado.

El delito imposible podría no recibir pena, pues no revestía entidad para poner en riesgo el bien jurídico, a pesar de que subjetivamente el autor haya tenido la intención de lograr su consumación, desde el plano objetivo no resulta posible. Analizada *ex post*, toda tentativa es inidónea y analizada *ex ante* (al menos en la mente del autor) toda tentativa es idónea.

La solución para fijar esta distinción, está dada por la idoneidad o no de los medios empleados, en los casos de delito imposible debería resultar burda la posibilidad de que los medios escogidos puedan concretar el delito, para evitar la pena. El autor, sin embargo, será penado con la mitad de la pena o con pena reducida al mínimo legal, si a pesar de tratarse de un delito imposible, demostró peligrosidad suficiente respecto del bien jurídico. No resulta acertado ni constitucional, hablar de peligrosidad del “delincuente” y no a la luz de su comportamiento y en la medida en que haya puesto en riesgo el bien jurídico. El artículo 44, último párrafo del Código Penal de fondo, reza “si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Código Penal [CP]. Ley 11.179 de 1921. Artículos 1 a 317. 29 de octubre de 1921 (Argentina).

# Referencias

Constitución de la Nación Argentina [CN]. Ley 24.430 de 1994. 15 de diciembre de 1994.

Código Penal [CP]. Ley 11.179 de 1921. Artículos 1 a 317. 29 de octubre de 1921 (Argentina).