

Prólogo

Entre los espinosos temas que atraviesan la dogmática penal, el de los concursos de delitos es, quizá, uno de los que más dificultades presenta. Bajo esa denominación se estudian el concurso real, el concurso ideal y el concurso aparente que, en realidad, se suele decir, no es un concurso de delitos. También se incluye en la categoría al delito continuado, denominación que entiende como un todo único a acciones autónomas que ni siquiera tienen regulación expresa en el Código Penal ni perfiles demasiado definidos. Quizás un paso más allá en la escala de dificultades se sitúa la unificación de penas que, justamente, en nuestro Código Penal se encuentra regulada en el título de los concursos.

A pesar de la disparidad de criterios y la opacidad de los términos con los que se pretende dominar el tema, lo cierto es que de la descripción de un hecho como concurso real, ideal o aparente se desprenden consecuencias nada despreciables tales como la multiplicación de una escala penal (que con la ley 25.928 se volvió poco menos que infinita), la manera en que deben tenerse en cuenta o no las figuras al momento de fijar la pena, o la imposibilidad de volver a perseguir por el mismo hecho.

Es que si bien en todos los temas jurídicos hay posiciones diversas, en el caso de los concursos es difícil identificar un binomio central al que se le puedan adosar criterios periféricos. Mu-

chos dicen cosas diferentes. Basta para una primera aproximación revisar las decisiones judiciales sobre portación de armas en el contexto de un robo para apreciar de qué modo parejo se distribuyen las opiniones en cuanto a si se trata de un concurso real, ideal o aparente. En doctrina, cada autor parece dar vueltas sobre concepciones distintas. Por ejemplo, para Soler el concurso aparente es un problema de adecuación por absorción de figuras ajeno al concurso que no debe ser tratado en función del art. 54 del *CP*; diferentes autores reconocen en esta forma concursal diversas subcategorías (especialidad, subsidiariedad, absorción, consunción, actos posteriores copenados); y Nino, uno de los pocos que en la Argentina se animó a dedicarle un libro hoy difícil de conseguir, que se volvió cita obligada de quienes tratan la cuestión, señala que concurso ideal y aparente es una clasificación que solo marca diferencia al analizar figuras atenuadas, dentro de la relación de especialidad.

Justamente en ese punto es donde el bisturí de Matías Mancini ha decidido ingresar para contestar una pregunta central: ¿qué es lo que determina que un tipo sea una forma atenuada de otro y no que sea la base de ese otro que en realidad es una figura agravada? El foco se ha puesto, entonces, en un segmento difícil, de una sección embarazosa (el concurso aparente), de un área complicada (el sistema de concursos en materia penal). Cualquiera que se dedique a la docencia puede dar fe del laberinto conceptual que puede importar la diferencia clara entre subsunción, consunción o absorción. Se trata de conceptos infaltables en todo programa de parte general del derecho penal que, sin embargo, desaparecen de las mentes de los alumnos antes de ser alcanzados por un mínimo de comprensión. Muchas veces, los propios docentes nos sorprendemos en cada nueva oportunidad en que nos vemos obligados a afrontar una clase sobre concurso aparente descubriendo que no estamos repasando lo que se sabe, sino reiniciando el estudio de categorías

que se mantienen apenas con alfileres y que, además, los jueces escasamente utilizan.

De todo ese universo nebuloso, es la relación de especialidad la que hace algún tipo de diferencia. Para no violar el principio de congruencia, de defensa en juicio o impedir la retrogradación de la causa a etapas anteriores, allí están las reglas lógicas de género y especie, de figura contenida en la otra. El arma no acreditada vuelve simple el robo que hasta ahora se entendía que había sido realizado con un revólver (y de ese modo reingresan ya sin dificultad los planteos que habían sido expulsados de la causa, ligados a la excarcelación, la suspensión del juicio a prueba, la condena condicional).

Se suele decir que la figura calificada se encuentra contenida en la figura básica, y que se diferencia de ella por adosar una nueva característica que agrega sin quitar nada de lo que la figura básica ya tiene. Las descripciones calificadas por ser más gravosas o de menor entidad, son tributarias de la simple; tienen ese qué sé yo que ésta no tiene.

Pero, ¿cómo se identifica esa figura básica? Muchos recordamos aquí los luminosos textos de Sancinetti analizando este problema en relación con la violación y el estupro, o el hurto y la apropiación de cosa perdida, que de alguna manera daban una vuelta de tuerca para mostrar un problema que tradicionalmente se veía de un modo, con una perspectiva distinta. ¿Por qué determinada conducta es atenuación y no figura genérica de la otra?

En este cruce central de la discusión se ubica el texto que tengo el honor de prologar. Mancini no se ha quedado en las puertas de la ley, sino que ha traspasado el umbral armado de una propuesta original, basada en definir los tipos penales como básicos, atenuados o agravados a partir de criterios probatorios. Es la carga de la prueba aquello que permite reconocer la función que cada figura cumple. Para ello ha analizado muchos de los casos que en la parte especial del Código Penal y en leyes espe-

ciales presentan causales de aumento o disminución de pena y ha evaluado con éxito el valor de su criterio de distinción. También ha confrontado satisfactoriamente su tesis con las posibles críticas que el modelo de análisis plantea.

He tenido el orgullo de seguir el trabajo de Matías Mancini desde las primeras páginas hasta la concreción del libro que hoy edita Hammurabi.

He compartido con él debates relacionados con el tema de este texto que fue en sus inicios una tesis de la carrera de Especialización en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires—institución en la que se desempeña como docente—y después se transformó en un libro. No es común encontrarse con textos que, con discurso claro y seguro, aporten miradas novedosas, aunque cualquiera que haya asistido a sus exposiciones o sus clases puede reconocer la solidez de sus ideas y la claridad de sus argumentaciones.

La propuesta de Mancini se sostiene con solvencia poco común y, además, en un claro desafío al pensamiento dogmático tradicional. No ha pretendido ingresar en esencia alguna, ni busca desentrañar una hipotética naturaleza verdadera de un tipo penal en relación con el otro, tampoco ha dado por sentado cómo debe ser entendido el mundo de los valores. Ha centrado su propuesta en función de su efectos, del modo en que procesalmente operan estas distinciones, que es en definitiva el rasgo que vuelve relevante una u otra clasificación. Es evidente que tener estupefacientes para consumo personal es, en la ley, menos grave que simplemente tenerlos. Pero, si no hay otro elemento en la causa que habilite a pensar que estamos ante uno u otro supuesto, ¿quién es el que debe probar?, ¿el que pretende adecuar su conducta a una situación que implica más pena o quien sostiene la hipótesis menos gravosa? ¿Existe una forma a partir de ello que habilite a conceptualizar a una de las figuras como simple y a la otra como agravada? El lector podrá compro-

bar que a lo largo de las páginas que siguen, Mancini responde estas preguntas con muy buenas razones.

Leonardo G. Pitlevnik

febrero de 2016