

ANEXO II

INFORME SOBRE CONCURSOS DE LEYES Y DE DELITOS. PROPUESTA DE ARTICULADO

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del concurso se desenvuelve en un plano en el que inciden cuestiones de parte general y de parte especial, y, sobre todo, nos acerca a la problemática de la determinación de la pena, esencial en la resolución de todo caso penal. Por ello, es una materia que no podía dejar de tratarse en este nuevo Encuentro de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano, aunque, ciertamente, las dificultades que plantea no son pocas.

Naturalmente, si en el caso que se nos llegara a plantear sólo hubiera una acción, que realizara una sola vez un único tipo penal, no habría problema concursal alguno. Pero la realidad nos ofrece con frecuencia casos en los que inicialmente entran en consideración varios tipos penales y casos en los que el mismo sujeto realiza una o varias acciones,

con pluralidad de subsunciones. Por ejemplo, el autor encierra a otro y luego le roba. Es claro que en este caso entran en consideración dos tipos penales, entre los que no hay una relación de exclusión, luego efectivamente hay una pluralidad de subsunciones, y, por consiguiente, un concurso de delitos. Pero, ¿cómo debemos tratar este concurso? ¿Comprobamos si hay una o más acciones?, es decir, si estamos en presencia de un concurso ideal o real, o, sencillamente, comprobada la existencia del concurso de delitos pasamos directamente a la determinación de la pena. Y, llegados a este punto, ¿qué pena aplicamos?, ¿sumamos las penas de los dos delitos?, ¿aplicamos sólo una pero en su grado máximo? Como puede verse, hay varias cuestiones a resolver: la de la concurrencia de leyes penales, la cuestión de si se debe distinguir o no entre uno y otro concurso de delitos, y, finalmente, la cuestión del tratamiento punitivo del concurso.

II. CONCURSO DE LEYES

1. Los autores, por lo general, tratan esta cuestión, que suelen denominar “concurso aparente de leyes”, con mayor o menor extensión, en sus manuales, aunque no ocurre lo mismo en las legislaciones. Pocas legislaciones contienen alguna dispo-

sición dedicada a esta materia, sin duda por entender los legisladores, a mi juicio con acierto, que la misma pertenece a la hermenéutica de la ley y que, por ello, no se debe contener en ésta.

El legislador español del Código Penal de 1995, en cambio, no lo entendió así, incluyendo en su título preliminar un artículo, el 8o., que contiene las reglas sobre el concurso (aparente) de leyes. Reglas que no van a ser de mucha utilidad, porque, en verdad, la verdadera dificultad del concurso de leyes no reside en la determinación de las reglas que han de observarse para su resolución, sino en saber cuándo se dan entre los tipos penales las relaciones a que este artículo se refiere. Precisamente, esta cuestión es la primera que se debe resolver en el momento de aplicación de la ley penal, cuando en un mismo hecho delictivo concurren varios tipos penales, no la del concurso de delitos, como parece inferirse de la regulación del artículo 8o. del Código Penal español, cuando hace depender su aplicación de que el hecho no esté comprendido en los artículos 73 a 77, que son los que están dedicados al concurso de delitos. ¡Son las reglas del concurso de delitos (artículos 73 a 77) las que son aplicables cuando no lo sean las del concurso de leyes (artículo 8o.)!, es decir, cuando no concorra ninguno de los criterios de exclusión que se mencionan en dicho artículo.

Veamos, aunque sea brevemente, cuáles son esos criterios de exclusión o principios reguladores del concurso de leyes.

2. El principio de *especialidad*, según el cual la ley especial excluye a la ley general (*lex specialis derogat legi generali*), es el que ofrece menos dificultades. Hay relación de especialidad cuando un tipo penal tiene todos los elementos de otro más uno adicional que lo individualiza y demuestra un fundamento especial de la punibilidad, es decir, se trata de elegir el tipo penal más específico, más concreto; ejemplo característico de esta relación de especialidad es el que se da entre el homicidio, tipo básico, y las demás figuras específicas de este mismo delito, como la inducción y auxilio al suicidio, el homicidio consentido y el asesinato. En realidad, es la relación que se da entre los tipos básicos (genéricos) y sus respectivos tipos agravados o atenuados (especiales); por ejemplo, en un caso en el que el autor realiza un homicidio con consentimiento es claro que también realiza, al mismo tiempo, el homicidio común (artículo 138 del Código Penal español), y, sin embargo, sólo se le aplicará el tipo penal atenuado (ley especial); igualmente, en un caso de lesiones con armas, el tipo penal de lesiones utilizando medios peligrosos es especial con respecto al tipo básico de lesiones; la misma relación se da entre los tipos penales de apropiación in-

debida y malversación de caudales públicos, entre el hurto y el robo, etcétera.

3. Otro principio es el de *subsidiariedad*, según el cual la ley principal deroga la subsidiaria (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). Esta relación de subsidiariedad se da cuando un tipo penal (subsidiario) sólo es aplicable en tanto no resulte aplicable otro (principal), y puede ser expresa o tácita, según esté prevista en la propia ley o deba ser deducida de ésta por vía de interpretación. Cuando el artículo 263 del Código Penal español castiga al que “causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código”, es claro que está contemplando un supuesto de subsidiariedad. Mayores dificultades presentan los supuestos de subsidiariedad tácita, aunque son los más frecuentes. La propia naturaleza y contenido de la norma servirán para conocer su sentido, y, por tanto, si se le debe computar su vulneración al autor (concurso de delitos), o si, por el contrario, la vulneración constituye una circunstancia totalmente ajena al mismo (concurso de leyes).⁶⁶ Hay subsidiariedad tácita en la relación entre el delito doloso y el imprudente, es decir, éste es subsidiario respecto a aquél (en España,

66 Cfr. Cuello Contreras, J., “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos”, *ADPCP*, 1978, pp. 35 y ss., y 1979, pp. 45 y ss., 451 y ss.

artículos 138 y 142). También “cuando uno de los tipos penales no implique sino una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo”;⁶⁷ es el caso de la relación entre la tenencia de materiales para la falsificación (artículo 400 del Código Penal español) y las falsedades (artículos 386 y ss.), o entre los delitos de peligro y los de resultado contra un mismo bien jurídico, así como entre la tentativa y la consumación. Por último, existe igualmente relación de subsidiariedad entre las formas de participación (artículos 28.a) y b) y 29 del Código Penal español) y la formas de autoría (artículo 28, párrafo primero), de tal modo que si, por ejemplo, alguien induce a otro a cometer un hecho delictivo, pero resulta que luego él mismo actúa como coautor, responderá, no como inductor, sino coautor; lo mismo rige en relación a las formas de participación; luego, si alguien, en un mismo hecho, induce y coopera, sólo responderá como inductor.⁶⁸

4. Otra hipótesis de concurso aparente de leyes, aunque ciertamente muy polémica, pues no todos los autores la aceptan, es la que tiene lugar cuando se produce una relación de *consunción*. Hay rela-

67 Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, Madrid, 1994, p. 420.

68 *Cfr.*, entre otros, Jescheck, *Tratado de derecho penal*, II, p. 1037, y Stratenwerth, *Derecho penal*, pp. 287 y 288, y 347.

ción de consunción cuando el contenido de ilicitud de un hecho delictivo abarca (consume) el contenido de ilicitud de otro hecho delictivo, de tal manera que la norma que contiene el primero comprende el disvalor del hecho en su totalidad; por ello, se aplica el principio *lex consumens derogat legi consumptae*.

Aunque los supuestos de consunción en particular son discutidos, la opinión generalizada considera consumido en el tipo penal más grave el llamado “*hecho acompañante típico*”, como es el caso del hurto del combustible que se consume en la realización de la acción de robo o hurto de uso de vehículo (artículo 244 del Código Penal español); también se puede apreciar una relación de consunción entre el aborto (artículos 144 y ss. del Código Penal español) y las lesiones que con él se causan, o, por citar otro ejemplo, entre un homicidio en grado de tentativa (artículos 138, 16 y 62 del Código Penal español) y las lesiones producidas, aunque entiendo que, en este último caso, de tener prevista dichas lesiones una pena más grave, ésta tendrá un efecto de cierre o clausura, y que, por tanto, la pena que se aplique no podrá ser en ningún caso inferior a la pena mínima correspondiente a las lesiones.

En cuanto a los “*hechos posteriores copendos*”, que son aquellos que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el

aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente, unos autores los consideran dentro del ámbito de aplicación del principio de consunción,⁶⁹ y otros los tratan en forma independiente,⁷⁰ aunque, en cualquier caso, la discusión no tiene trascendencia práctica, porque en lo que sí hay acuerdo es en la impunidad del hecho posterior copenado; por ejemplo, el uso del documento por quien lo ha falsificado, o la utilización de la cosa obtenida mediante un delito de estafa. Por el contrario, como dice Bacigalupo, “no serían hechos posteriores copenados la destrucción (delitos de daños) o la venta posterior de la cosa hurtada engañando a un tercero sobre la propiedad de la misma, pues ocasionan un nuevo daño o se dirigen contra un nuevo bien jurídico respectivamente”.⁷¹

5. El artículo 80. del Código Penal español contiene un último criterio, el de la *alternatividad o gravedad*, cuando dice que “en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor” (4a.), aplicable, pues, cuando no hay relación de especialidad, subsidiariedad o consunción, entre los tipos penales que entren en consideración. Sin embargo,

69 Así, Jescheck, *op. cit.*, nota 68, p. 1038.

70 Así, Stratenwerth, *op. cit.*, nota 68, p. 347.

71 *Principios de derecho penal*, *cit.*, nota 67, p. 421; *cfr.*, en el mismo sentido, Mir Puig, S. *Derecho penal*, Barcelona, PG, 1996, p. 672.

dicho criterio es innecesario, porque ya está implícito en el de la consunción, que precisamente permite que el tipo penal menos grave quede absorbido por el más grave, siempre que el contenido de ilicitud de este último comprenda también el de aquel otro tipo penal, pues, de lo contrario, más bien se tratará de un concurso de delitos.

En verdad, es absurdo el anterior supuesto, pues supone que dos o más preceptos contemplan un mismo hecho, y, además, en la caracterización de los concursos de leyes “la mayor sanción no constituye un criterio adecuado de decisión, pues se trata de relaciones lógicas”;⁷² más bien, esta consecuencia es propia del concurso de delitos.

En conclusión, la regla de la alternatividad o gravedad no resuelve ningún supuesto de concurso de leyes, luego es ajena a la materia que quiere regular el artículo 8o. del Código Penal español.

III. CONCURSO DE DELITOS

1. En el momento de proponer una regulación de los concursos de delitos, hay una cuestión previa que hay que resolver: la cuestión de si se debe distinguir o no entre el concurso real y el concurso

72 Bacigalupo, *Principios de derecho penal*, cit., nota 67.

ideal. Un sector minoritario de la doctrina⁷³ entiende que no debe mantenerse esta distinción, sosteniendo una figura unificada, el llamado concurso efectivo de tipos, sin más.⁷⁴ La razón fundamental del tratamiento unitario está en que tanto en el concurso real como en el ideal hay una pluralidad de lesiones de bienes jurídicos, siendo irrelevante que el autor haya necesitado de una o varias acciones para conseguir su objetivo, “el mecanismo ingeniado por el autor para producir esas mismas lesiones”.⁷⁵ También algunas legislaciones han recepta-

73 Cfr., Bustos Ramírez, J., *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Ariel, pp. 350 y 351, según este autor, “toda esta materia de aplicación de la pena debería reformularse completamente, pues lo importante es el fin que cumple la pena y desde ahí formular criterios de aplicación. No debería haber diferencia alguna entre concurso real e ideal, en primer lugar, ya que se dan varios delitos”. Reyes Alvarado, Y., *El concurso de delitos*, Bogotá, Reyes Echandía abogados, 1990, quien entiende que “lo que a la ciencia penal debe interesar es la puesta en peligro o causación efectiva de una o varias lesiones a uno o más bienes jurídicos”, p. 347. Sanz Morán, A., *El concurso de delitos*, Universidad de Valladolid, 1986, quien llega a afirmar que “carece de relevancia práctica la distinción entre concurso ideal y concurso real”. Vives Antón, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, 1981, para quien “la unificación del régimen punitivo es, a la vez que una exigencia de justicia, una demanda de claridad legislativa,...”, p. 42. Zaffaroni, E. R., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, PG, t. IV, quien afirma que si hay varios hechos punibles tanto en el concurso real como en el ideal, no tiene sentido alguno una regulación separada, p. 516.

74 Cfr. Reyes Alvarado, Y., *op. cit.*, nota 73, p. 348.

75 *Ibidem*, p. 347.

do este punto de vista, especialmente en Iberoamérica.⁷⁶

2. A mi juicio, no se debe identificar el número de resultados o lesiones de bienes jurídicos, con el número de acciones: tantos resultados, tantas acciones. Salvo que se siga el viejo punto de vista que fundamentaba el delito en la causalidad. Sólo las acciones —no los resultados— pueden infringir las normas, al menos si se parte de un concepto personal de lo ilícito penal, ampliamente mayoritario en la actualidad. Por lo tanto, la pena sólo se puede dirigir contra la acción, no contra el resultado, y el número de infracciones de la norma depende del número de acciones, no del número de resultados. Además, si lo decisivo fuera el resultado o lesión del bien jurídico, resultaría que no sería posible apreciar infracción alguna en los supuestos de tentativa.

⁷⁶ Así, por ejemplo, el artículo 31 del Código Penal colombiano (*Diario Oficial* del 21 enero de 2000), señala lo siguiente: “*Concurso de conductas punibles*. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta años...”.

IV. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONCURSO DE DELITOS⁷⁷

Capítulo...

Concurrencia de delitos

Artículo... *Pluralidad de acciones* (concurso real).

1. Cuando el autor haya realizado varias acciones punibles, sancionadas con una pena de la misma clase, se aplicará una única pena, que tendrá como mínimo, el mínimo de la pena mayor, y como máximo, la suma que derive de la acumulación de las penas correspondientes a los hechos realizados, que no podrá exceder del máximo de la clase de pena aplicada.

2. Si concurren penas de distinta clase, se aplicarán todas ellas, para su cumplimiento simultáneo, si

⁷⁷ En el anterior Código Penal Tipo se contenía un capítulo dedicado a la unidad y pluralidad de hechos y de delitos. El *concurso ideal* se expresaba así: “Cuando un solo hecho sea constitutivo de dos o más delitos se aplicará una pena no menor del máximo de la prevista por la ley para el delito más grave”. Por su parte, el concurso real estaba expresado en los siguientes términos: “En caso de pluralidad de delitos reprimidos con penas de igual naturaleza, el mínimo será el correspondiente a la más alta de las penas previstas para los delitos concurrentes, y el máximo de la pena aplicable será el que corresponda a las dos terceras partes de la suma de los máximos previstos para tales delitos”.

fuera posible, o sucesivo, si no lo fuera, siguiéndose entonces el orden de su respectiva gravedad.

3. Las reglas anteriores se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos, salvo que se trate de procedimientos con sentencias ya ejecutorias.

Artículo... *Unidad de acción* (concurso ideal).

1. Cuando el autor haya realizado una única acción, que lesione simultáneamente varias leyes penales o la misma varias veces, no existiendo una relación de exclusión por especialidad, consunción o subsidiariedad, se aplicará solamente una pena, que tendrá como mínimo, el mínimo más alto, y como máximo, el de la pena más grave.

2. También se considerará una unidad de acción, aplicándose la regla del número anterior, cuando el autor realiza una pluralidad de actos u omisiones, entre los que pueda apreciarse una conexión temporal y espacial estrecha que fundamente una vinculación de tal naturaleza que permita aceptar la existencia de un único hecho punible.

En cuanto al tratamiento punitivo del concurso, la propuesta de artículo que se presenta relativo al concurso real contempla un principio de combinación, que toma en cuenta el mínimo mayor, y como máximo la suma aritmética de las penas correspondientes a los diversos hechos, aunque con el tope del máximo legal de la clase de pena aplicada.

Y la propuesta relativa al concurso ideal prevé la aplicación de una pena que tendrá como mínimo el mínimo mayor, y como máximo el de la pena más grave. Se contempla así el criterio del efecto de cierre o clausura, conforme al cual no se puede bajar nunca de la pena mínima que esté prevista para alguno de los delitos aplicables. Este criterio surge porque ocurre que no siempre la pena más grave es la menos beneficiosa para el autor. A veces, la más grave puede tener más posibilidades de atenuación que la menos grave, y lo que pretende evitar aquel criterio es que alguien se pueda beneficiar simplemente porque su hecho, en lugar de subsumirse en un tipo, se subsuma en varios.

A los supuestos de unidad de acción en sentido natural se equiparan aquellos otros supuestos de unidad valorativa (unidad natural de acción).