

La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal (II*)

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

En torno al *Principio de legalidad* ha surgido una corriente de opinión filosófica y dogmática tendente a considerarlo como una pura utopía, como un programa difícil de llevar a la práctica. Su carácter formal «parece» decir muy poco al jurista de hoy (153). La estricta deducción de la ley de la concreta decisión judicial, se dice, no es posible en términos absolutos. La búsqueda del Derecho justo ha de hallarse por otro camino. El principio «nulla poena sine lege» corresponde a una concepción dogmática totalmente superada (154). Esta actitud crítica frente al Principio fundamental del Derecho penal moderno se produce desde diversas posiciones filosóficas (155).

El origen del Principio, coincidente con el fenómeno de la «Codificación, está en el convencimiento de juristas y filósofos (Feuerbach, Montesquieu) de que la decisión jurídica podía ser *deducida* de la ley mediante un procedimiento estrictamente lógico. El juez,

(*) Este artículo es continuación del publicado en ANUARIO 1979, fascículo I.

(153) Cfr. H-L SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Frankfurt 1976, especialmente la última parte de la obra: *Die gegenwärtige Auseinandersetzung um die Grundlage und die Konsequenzen des Prinzips*, págs. 209-232, pág. 220.

(154) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 221.

(15) Como en seguida veremos, la «denuncia» va referida a una *determinada* concepción del principio de legalidad (Cfr. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7. Aufl., Stuttgart 1977, págs. 106-137). Hermenéutica y Filosofía analítica son las dos grandes corrientes que mejor permiten caracterizar el panorama teórico de la Ciencia del Derecho en la actualidad (ver, por ejemplo, H. RÖTTLEUTNER, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, en H-J KOCH (Hrg.), *Juristische Methodenlehre*, páginas 27-29). Como recientemente ha puesto de relieve ALEXY, que la aplicación de la ley no sea una subsumción lógica bajo premisas conceptualmente formadas (LARENZ), es uno de los pocos puntos donde en la actualidad reina unanimidad entre las distintas posiciones metodológicas: R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt 1978, página 17.

según Montesquieu, debía prescindir en su tarea de toda *valoración* propia. En tal vinculación a la ley se vio la máxima garantía del ciudadano frente al aparato penal del Estado.

Poco a poco, sin embargo, se ha ido generalizando la idea de que la «búsqueda» del Derecho por el juez no consiste en un acto de *subsunción*, sino que por el contrario siempre está basada en una *decisión valorativa*. No se trata de una pura deducción lógica, sino de una decisión basada en la ponderación de fines y valoraciones (156). Esta actitud representa la primera reacción frente a la «Jurisprudencia de conceptos» y su «culto a lo lógico», a lo que se opone la idea de *Finalidad*. La tarea del intérprete y de la jurisprudencia no consiste en una operación lógica, sino que por el contrario es el producto de una reflexión sobre la ley, sobre la que aquéllos llevan a cabo una función dadora de sentido. En fin, no es este el lugar adecuado para detenerse a estudiar corrientes metódicas tan significativas como la «Jurisprudencia de intereses» o la «Doctrina del Derecho libre». Sí es importante, sin embargo, señalar cómo las mismas han ido preparando el terreno para que de la mano de corrientes filosóficas contemporáneas podamos partir en el momento actual de una concepción del *Principio de legalidad* radicalmente distinta a la que del mismo se tuvo en sus orígenes.

Pese a la diversidad de puntos de partida utilizados por la doctrina que se ha ocupado del Método jurídico, todos coinciden en afirmar que la búsqueda del Derecho es algo más que la simple aplicación de la ley. Schreiber (157) alude a los siguientes extremos, a título ejemplificativo, en que lo indicado se pone de manifiesto. En primer lugar se encuentran los llamados «conceptos normativos» o «necesitados de valoración» por el juez, como ocurre con los términos «buenas costumbres», «reprochabilidad», «interés público», «móviles viles», «temeridad manifiesta», etc. Algo parecido ocurre en el terreno de las consecuencias jurídicas del delito, donde puede apreciarse el carácter «abierto» y la indeterminación de la pena, como el cada vez más amplio marco de la pena que el legislador pone en manos del juez para que éste pueda concretarla mejor conforme a las circunstancias del caso concreto; la introducción de «causas innominadas de atenuación y agravación»; la sustitución de una pena por otra de forma facultativa no prescriptiva; o, finalmente, la indeterminación de la medida de seguridad. Reconocimiento de circunstancias, en fin, que permiten al juez una valoración de la personalidad del autor.

De la mano de la *Filosofía analítica* (158), y con las conclu-

(156) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 222.

(157) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 224.

(158) Un excelente y muy claro estudio de los elementos descriptivos y normativos del tipo en Derecho penal desde presupuestos de análisis del lenguaje: M. HERBENGER, *Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, en KOCH, *Juristische Methodenlehre*, págs. 124-154.

siones a que los juristas se han visto obligados en el tratamiento de los *elementos normativos*, se ha reconocido la opinión de que también los *elementos descriptivos* carecen de *univocidad* lógica absoluta, sustrayéndose por tanto a cualquier operación lógica simple. Los conceptos jurídicos, se señala (159), proceden del *lenguaje natural*, cuya equivocidad y variabilidad producen una borrosidad que impide la formación de conceptos lógicamente unívocos. Las expresiones empleadas por la ley proceden del uso normal del lenguaje, cuyo sentido no es captado de igual forma por todos los individuos que componen la comunidad lingüística, pudiendo cambiar en el transcurso del tiempo (como ocurre con el término «buenas costumbres»). La carencia de univocidad del *lenguaje natural* determina la necesidad de interpretación, basada en definitiva en una comparación valorativa de los distintos significados de las palabras, entre sí y con otros emparentados y opuestos (160).

Tampoco podemos detenernos en el estudio de los diferentes criterios propuestos para salvar esta dificultad, como puedan ser la utilización de un criterio objetivo de interpretación que permita distanciarse al intérprete de la voluntad originaria del legislador (161), u otro basado en una interpretación conforme a la Constitución, es decir, tratando de armonizar la ley penal con los valores supremos recogidos en el texto constitucional (162).

(159) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 224. Sobre el ámbito de significado de la letra de la ley, R. ZIPPELIUS, *Die Auslegung von Gesetzen*, en KAUFMANN/KÜCHENHOFF/ZIPPELIUS (Hrg.), *Rechtsphilosophie*, Karlsruhe 1976, págs. 112-113.

(160) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 225. Sobre el carácter científico del lenguaje jurídico: J. SCHMIDT, *Einige Bemerkungen zur Präzision der Rechtssprache*, en *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft* (Hrg. ALBERT/LUHMAN/MAIHOFFER y WEINBERGEN, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo II, Düsseldorf 1972, págs. 390-437; A. PODLECH, *Die juristische Fachsprache und die Umgangssprache*, en KOCH, *Juristische Methodenlehre*, págs. 31-52.

(161) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 225. Sobre la polémica entre defensores de criterios objetivos y subjetivos de interpretación, véase ENGISCH, *Einführung*, págs. 85-105. Hoy puede decirse que predomina la opinión favorable a sostener criterios objetivos de interpretación (véase, sin embargo, W. NAUCKE, *Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht*, en Fest. f. ENGISCH, Berlín 1969, págs. 274-286). No creo que la solución de este problema básico del quehacer del jurista esté en la contraposición entre la voluntad subjetiva del legislador histórico y la voluntad objetivada de la ley, sino más bien en un entendimiento de los actos de crear e interpretar la ley como un proceso de comunicación entre el autor y el destinatario. En este sentido E. BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozess*, Baden-Baden 1977, págs. 124-136 y 197-262, fundamentalmente.

(162) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 226. Esta es la posición mantenida sobre todo por los constitucionalistas: M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín 1967, pág. 310-316 especialmente (y el epílogo de la 2.ª edición de su obra: Berlín 1976, págs. 310-348); F. MÜLLER, *Arbeitsmethode des Verfassungsrechts*, en *Enzyklopädie der geisteswis-*

Sí nos interesa, sin embargo, dejar claro que la Ciencia del Derecho penal en la actualidad no puede ni quiere prescindir del Principio de legalidad. Partiendo del mandato constitucional de que ningún hecho puede ser penalmente perseguido sin que su punibilidad haya sido legalmente determinada con anterioridad a su realización, se pregunta Schreiber (163): «Welche Bedeutung kann des Gesetz für die Rechtsfindung im Strafrecht haben? Was kann unser Princip sinnvollerweise noch vorschreiben bzw. verbieten?».

La solución de este dilema ha de discurrir necesariamente entre dos extremos, rechazables en su máxima radicalidad. Es imposible una vuelta a la pretensión de Montesquieu de que el juez sea «la boca que pronuncia la ley», mero ejecutor de la misma por el camino de la subsunción. Por otra parte, el Derecho penal no puede prescindir del Principio de legalidad de los delitos y las penas. Sin embargo, hay que expresar muy enérgicamente que la *concreción* o aplicación de la ley (en oposición a subsunción) que se pretende para el Derecho penal no está en contradicción con el Principio de legalidad.

Un análisis *sociopsicológico* de la tarea del juez penal pondría de manifiesto que en su quehacer aquél opera siempre conforme a un *prejuicio* («Vorverständnis»), mediato o inmediato, representado por la ley estricta; con independencia de que en su decisión influyan también otros factores (164). Precisamente la armonización de la tarea del intérprete con la ley penal está asegurada por el hecho de que la formación de *conceptos abstractos* se basa en la *comprensión de lo concreto*. La decisión particular no puede derivarse de una interpretación estricta de la premisa principal; sin embargo, sí puede ser puesta en conexión con ella, de la que representa una aplicación particular. Si aquélla es la medida de una pluralidad de casos, entonces también será posible el procedimiento inverso de poner en conexión el caso particular con la regla general. El camino a seguir, pues, es uno equidistante de la mera subsunción y del puro decisionismo. En esta operación, la premisa mayor o regla general no aparece como un todo cerrado, de tal manera que la regla general y la decisión particular se complementan mutuamente, encontrando aquélla en esta su realización definitiva. La concretización de la decisión particular en el caso

senschaftlichen Arbeitsmethoden, hrg. M. THIEL, vol. 11, München 1972, reeditado en F. MÜLLER, *Rechtsstaatliche Form. Demokratische Politik*, Berlín 1977, págs. 145-211. Críticamente: H-J. KOCH, *Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht*, introducción a la obra: *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht* (Hrg. H-J KOCH), Frankfurt 1977, págs. 129-133.

(163) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 228.

(164) Es curioso poder apreciar cómo el Tribunal del Reich (RG), en una época en que el § 2 del StGB contenía la exigencia de aplicar la ley penal por analogía no la tuvo jamás en cuenta: J-M PRIESTER, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, en KOCH (Hrg.) *Juristische Methodenlehre*, págs. 155-185.

cuestionado se realiza siempre vinculada a la regla general. De esta forma ha caracterizado Gadamer (165) la tarea del jurista: «Gewiss meint der Jurist stets das Gesetz selbst. Aber sein normativer Gehalt ist auf den gegebenen Fall hin zu bestimmen, auf den es angewandt werden soll».

La pura subsunción sólo sería posible si el Derecho pudiera reducirse a un lenguaje axiomatizado, matematizado. Con ello no es posible ni deseable, el camino hermenéutico aludido es el único adecuado. Dicha vía, por otra parte, de «orientación a la ley» y consideración de momentos ajenos a la misma, conforma el Principio de legalidad, realizable mediante la exigencia de una precisa determinación de los tipos penales y la prohibición de toda interpretación extralegal por el camino de la costumbre o de la analogía (166).

La delimitación exigida, como el fácil suponer en una estructura interpretativa basada en los caracteres del lenguaje natural, habrá de estar necesariamente situada dentro del límite del «tenor literal» (167). Como han puesto de relieve A. Kaufmann y W. Hassemer (168), el razonamiento jurídico es siempre analógico ya que la aplicación de la ley al caso concreto, según hemos visto, se basa siempre en comparaciones y semejanzas, pues «una exacta igualdad formal no es posible en el terreno del lenguaje» (169). Sin embargo, creemos con Schreiber (170) que ello no impide una diferenciación entre interpretación extensiva (permitida) y la analogía (prohibida) del precepto penal a casos no comprendidos en aquél.

La finalidad para la que se estableció el Principio de legalidad

(165) H-G GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl, Tübingen 1975, pág. 309.

(166) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, págs. 228-229.

(167) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 230.

(168) A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"* —Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt 1972, págs. 272-320; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln 1968, págs. 160-165.

(169) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 230.

(170) Como recientemente ha puesto de relieve V. KREY, *Studium zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlín 1977, la norma penal constituye un marco de regulación dentro del cual el intérprete puede moverse en libertad (interpretación *secundum legem*) (págs. 113-126). En ese sentido, el intérprete *completa* la norma. Dentro de ese marco operan dos límites: uno formal, constituido por el sentido literal posible (*mögliche Wortsinn*) (págs. 127-172); y material el otro: las decisiones valorativas del legislador (*rechtspolitische Wertentscheidung des Gesetzgeber*) (págs. 173-194). Toda interpretación que se salga del marco constituido por los indicados límites es *praeter legem*, y por tanto prohibida en Derecho penal por contradecir el principio de reserva de ley (págs. 199-214 y 240-245). La prohibición de la analogía más allá del marco de regulación abarca no sólo el presupuesto típico sino también la consecuencia jurídica (página 215-239).

y que ha justificado su mantenimiento en su ya larga historia, sigue siendo la misma hoy en día: «El poder punitivo debe estar vinculado a leyes generales, es decir, a constataciones lingüísticas objetivizadoras, para que no dominen la desigualdad y la arbitrariedad, para que la libertad no dependa de las decisiones incontroladas de quien poseía el poder en un momento u otro... Sólo de esa manera puede alcanzarse un nivel de confianza y seguridad en el Estado que permita a cada cual contar con y prever las reacciones del poder punitivo y le permita planear su vida» (171).

Por supuesto que hoy en día no puede hablarse de una confianza total en la ley, ni el Derecho penal ha realizado a la perfección la sumisión al Principio de legalidad. La ley no significa la realización de una inteligencia absoluta. Muy por el contrario, el arbitrio y la injusticia pueden tomar forma de ley; experiencias de este tipo hemos tenido en tiempos muy recientes. Sin embargo, es la ley la única posibilidad de alcanzar la necesaria distancia respecto al caso concreto. Como ha precisado Wieacker (172), son tres los elementos de la ley que fundamentan su utilidad social: la participación de todos los ciudadanos en el establecimiento de la norma, lo que contiene un momento democrático y asegura la conformidad de la regla general con las expectativas sociales de la mayoría; el servicio que la ley presta a la validez no arbitraria de los correspondientes mandatos estatales; y, finalmente, la seguridad jurídica conseguida mediante la publicidad (173).

Toda confrontación con el Principio de legalidad en Derecho penal, como venimos haciendo en este apartado, obliga a enfrentarse con el tema de la *interpretación de la ley penal*, ya que en definitiva la concepción que de aquél se tenga determinará que los cánones interpretativos cuya importancia se resalte sean unos u otros. Si hoy predomina la opinión favorable a seguir criterios objetivos de interpretación (174), ello obedece, junto con las peculiaridades del proceso de elaboración de la ley en las democracias occidentales, a una teoría determinada de la interpretación. El juez no será más la boca que pronuncie la ley, mejor: la voluntad del legislador (*interpretación subjetiva*), sino que por el contrario atenderá al contenido de *sentido* objetivo de la misma que,

(171) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, págs. 230-231.

(172) F. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, en *Fest. für GADAMER*, vol. II, Tübingen 1970, pág. 317-318.

(173) De la posibilidad de aplicar el Derecho en conformidad con la ley y en conexión con la exigencia de concreción (*Bestimmtheitsgebot*) y prohibición de la analogía (*Analogieverbot*) deduce SCHREIBER la prohibición de retroactividad de la ley penal (*Rückwirkungsverbot*): SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, págs. 230-232. Más extensamente en: *Systematischer Kommentar*, Band I, comentario al § 1 (que regula el principio de legalidad de las penas), págs. 37-39; y *Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte*, en *ZStW* (80) 1968, págs. 348-368.

(174) J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, Introducción, págs. 51-53.

conforme a los principios que justifican el Derecho penal en el momento actual y conforme a las metas asignadas a su función dentro de la actividad estatal total, será aplicada al caso concreto.

Conocidos son los esfuerzos realizados por Schmidhäuser para elaborar una sistemática teleológica de la teoría del delito, que puede encontrarse en el capítulo sexto de su *Lehrbuch* (175). La justificación última de su tarea es una interpretativa: «Toda interpretación racional es en definitiva una teleológica», pues ha de partir de un entendimiento de la ley como la indicación más racional posible para los órganos del Estado encargados de administrar justicia, es decir: la función de la ley penal determina su interpretación. Tan importante o más que una determinada interpretación esté en armonía con el tenor literal del precepto en cuestión, es que dicho tenor literal esté en armonía con la finalidad perseguida por la ley penal (176).

Este entendimiento de los elementos generales de la teoría del delito que Schmidhäuser propugna como tarea a realizar por la Dogmática, domina ya en la Parte especial. Veamos cómo: «La ley penal indica que frente a un supuesto de hecho (el correspondiente al tipo en cuestión) se reaccione con una consecuencia penal (la prevista). A partir de esta conexión ha de ser comprendido el Derecho penal: *Tipo y consecuencias penales deben corresponderse mutuamente*» (177).

Una razón fundamental justifica la constatación acabada de realizar: la técnica de elaboración de la ley penal (178). El tipo en Derecho penal no tiene su origen sólo en la idea de seguridad jurídica del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, sino que también pretende resolver un problema de economía legislativa (simplificación legal, evitación de repeticiones innecesarias, lógica en las decisiones del legislador) (179). Evidentemente, esta técnica ha traído junto con numerosas ventajas considerables dificultades interpretativas. De todos los peligros yo destacaría uno, que no ha pasado desapercibido a Schmidhäuser (180): el *esquematismo*.

Dentro de un mismo tipo, por ejemplo, ya nos encontramos casos en que el legislador no ha acudido a una regla general para tipificar la conducta en cuestión, sino que ha preferido seguir un criterio de *casuística*, es decir, una regla que incluye una pluralidad de casos particulares. Con la ventaja de representar un tipo más gráfico, pero con el defecto de la producción de lagunas en

(175) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, págs. 139-158; del mismo, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en RADBRUCH-Gedächtnisschrift, Göttingen 1968, págs. 268-280.

(176) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 106.

(177) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 107. El subrayado es nuestro.

(178) Véase CUELLO CONTRERAS, *Anuario 1978*, págs. 35-40.

(179) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 114.

(180) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 115.

supuestos no reducibles a los casos tipificados, lo que no ocurre con la regla general (181). Algo parecido ocurre en el terreno de la consecuencia jurídica, donde el legislador por lo general no fija taxativamente la duración de la pena a imponer, sino un marco más o menos amplio.

Por lo que se refiere a la conexión entre varios tipos, también surgen diversos problemas interpretativos derivados de la técnica legislativa, que se pueden reducir a conexión de especialidad, relación de autonomía o no autonomía, subsidiariedad expresa o tácita y técnica de ejemplificación.

La *relación de especial a general* supone que la ley especial reúne todos los caracteres de la general y, al menos, uno nuevo constitutivo de la especialidad. La consecuencia: *Lex specialis derogat legi generali*. Sólo se aplicará, pues, la ley especial. Figuras de la *especialidad* son los tipos básicos, privilegiados, cualificados y combinados. Ahora bien, «welchen Umfang die Spezialität hat, ist jeweils durch Auslegung teleologisch, d.h., im Hinblick auf die Rechtsfolge zu ermitteln» (182).

La *relación de autonomía (delictum sui generis) o no autonomía* no es tanto un problema de técnica legislativa sino de cómo se entiendan las consecuencias jurídicas a causa de la técnica empleada por el legislador, ya que mientras en la relación de no autonomía el tipo en cuestión aparece conectado con el tipo básico el tipo autónomo, pese a estar conectado con el básico, aparece totalmente independizado en lo que se refiere a la regulación de la consecuencia jurídica. Para Schmidhäuser (183), la autonomía se derivará no de la técnica legal sino de razones materiales.

La *subsidiariedad expresa* hace referencia a la voluntad legal de que un tipo penal sólo será aplicado en el caso de que el tipo preferente no pueda ser tenido en cuenta. La *subsidiariedad tácita*, en cambio, no es producto de la voluntad explícita del legislador sino de la conexión de sentido de los tipos implicados (184).

Por *técnica de la ejemplificación* se entiende un complejo de constelaciones en las que se produce una tensión entre la idea de seguridad jurídica (por lo que se refiere a todos los casos incluidos en el tipo) y de justicia (en atención a cada caso en particular). Se habla de *casuística* cuando el legislador no ha acudido a una regla general para tipificar el injusto sino a la descripción de una serie de casos particulares. Otras veces, el legislador ha pretendido ser «expresivo» mediante la técnica de construir una serie de ejemplos *obligatorios y vinculantes* para el intérprete (por ejemplo en el asesinato). Finalmente, existen supuestos en los que el legisla-

(181) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 119.
 (182) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 120.
 (183) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 121.
 (184) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 122.

dor sólo ha querido caracterizar ejemplificativamente qué casos hayan de ser incluidos en el tipo, sin voluntad de ser exhaustivo ni vinculante. La técnica seguida en estos casos es la siguiente: «Los supuestos especialmente graves de tal delito serán castigados con la pena X. Son supuestos especialmente graves: 1..., 2..., 3..., etc.». En este caso los supuestos nominados serán subsumibles en el tipo, salvo que circunstancias especiales induzcan al juez a no estimar la gravedad exigida con carácter general. Por otra parte, serán incluidos supuestos semejantes a los nominados en los que el juez esté convencido de que reúnen los elementos constitutivos de la gravedad exigida. En la actualidad se discute la oportunidad de esta técnica (185).

Poco tenemos que decir en esta ocasión, después de habernos ocupado «in extenso» del *delictum sui generis* al principio de nuestro trabajo. Para nosotros, toda esta serie de distinciones elaboradas por la doctrina en base a la técnica de construcción de los tipos se relativiza en el momento crítico de administrar justicia. Allí, cuando el juez ha constatado los hechos realizados por el inculgado y los ha subsumido en alguno o algunos de los preceptos penales infringidos, al objeto de obtener la pena correspondiente, ninguna «regla» va a exonerarle de examinar la relación en que se encuentran los preceptos infringidos (no sólo los tipos de injusto sino también las consecuencias jurídicas), en el aspecto concreto que se refiere a los hechos realizados. Sólo así tendrá la garantía de que la pena a aplicar sea la justa para el caso concreto.

Por eso, tiene razón Schmidhäuser cuando señala que la especialidad vendrá condicionada por la interpretación de los preceptos en cuestión, incluida la consecuencia jurídica. Ahora bien, siempre que dicha interpretación no se haga globalmente, sino en concreto, atendiendo a la pena resultante de aplicar los preceptos en cuestión, al problema concreto que se enjuicia. La relación de especialidad, o la de autonomía, no se encuentra al principio del proceso de interpretación, sino al final, como su producto (186).

b

Recientemente se ha ocupado P. Bringewat de la base metodológica del *delito continuado* (187). Se ha visto frecuentemente en esta figura un buen ejemplo para el estudio de la problemática

(185) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, págs. 122-124, nota (37).

(186) CUELLO, *Anuario 1978*, págs. 41-45.

(187) P. BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richtrecht im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Fortsetzungszusammenhang*, en ZStW (84) 1972, págs. 585-611. Ya con anterioridad en: *Fortsetzungszusammenhang und "in dubio pro reo"*, en JuS 1970, págs. 329-332.

de la *formación de los conceptos jurídicos*. En esta ocasión no nos interesan tanto las razones de índole dogmática, politicocriminal y de practicabilidad que ls impugnadores de la institución han aducido (188). Ni tampoco las razones que puedan existir para su mantenimiento. Sí, en cambio, el aspecto teórico de su *fundamento jurídico*. Se ha hecho un lugar común la afirmación de que el *delito continuado* es una institución de creación jurisprudencial para resolver satisfactoriamente el problema de la serie sucesiva de actos que lo constituyen, evitando estimar la pluralidad de penas particulares correspondientes a cada uno de los actos constitutivos (189).

Para Bringewat (190), el *delito continuado* es una típica figura de creación jurisprudencial (en este sentido se habla de *Richterrecht* en oposición a *Gesetzrecht*). Dejando a parte el difícil problema de señalar la frontera donde acaba el *Gesetzrecht* y comienza el *Richterrecht*, lo que obviamente dependerá en gran medida de cómo se entiendan las funciones del legislador y del intérprete en el Derecho actual, me interesa resaltar en esta ocasión cuál ha sido la vía que ha conducido a Bringewat a la conclusión en cues-

(188) La afirmación de que el delito continuado sea una *ficción* para evitar los efectos del concurso real de delitos se encuentra en muchas decisiones del RG y del BGH, y ya fue hecha por v. BURI. Una de las razones históricas que explican esta teoría de la ficción ha sido la dificultad que la doctrina ha tenido de distinguir entre el concepto material de acción y el de hecho procesal (D. y U. MANN). Ahora bien, ¿se trata de una ficción en sentido técnico? ¿o de una ficción fingida (valga la redundancia) para evitar la producción de determinados efectos? Para BRINGEWAT, se trata de una ficción en sentido técnico puesto que, como después veremos, el delito continuado no se encuentra previsto en las normas concursales del StGB (BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 586-588). En segundo lugar, las objeciones de política criminal. Para SCHMIDHAUSER, por ejemplo, existe el peligro de que se castigue por la sospecha de que se ha cometido un delito. BRINGEWAT, como defensor de la figura, contraargumenta señalando que todas estas objeciones se quieren hacer derivar de su carácter ficticio, lo que constituye un círculo vicioso. Las dificultades suscitadas con los elementos constitutivos del concepto no pueden ser utilizadas para invalidar el mismo concepto. Las mismas dificultades aparecen también en otros conceptos penales como la imprudencia, el dolo, la coautoría o el tipo del delito de omisión impropia y, sin embargo, nadie cuestiona su validez (BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 588-589). Lo mismo cabe decir de la objeción de que los tribunales de instancia no han logrado ni lograrán llenar de contenido los presupuestos establecidos por el BGH para reconocer esta figura, de lo que se quiere derivar su impracticabilidad.

(189) Con razón insiste BRINGEWAT en el doble origen de la figura en la jurisprudencia alemana. Por un lado está un criterio de equidad, que invita a los tribunales a evitar los efectos del concurso real de delitos. Pero por otro, una razón de tipo práctico (¡muy peligrosa!) de ahorrar al juez la comprobación de cada uno de los hechos constitutivos de la serie, al objeto de fijar una pena para cada uno de ellos: BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 590-592.

(190) Véase la exposición teórica de BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 592-608.

tión: la interpretación de los términos *hecho* y *acción* en los preceptos reguladores de la concurrencia en el StGB.

En el § 74 (hoy 53) (*concurso real*), el elemento *mehrere Straftaten* admitiría una interpretación que permite incluir a los actos *del delito continuado*. Ahora bien, Bringewat ve una diferencia fundamental entre la pluralidad de actos del *concurso real* y la del *delito continuado* en el *plus* representado por éste de que además dichos actos aparecen unidos (objetivamente mediante la igualdad de los actos de ejecución y subjetivamente mediante un único dolo) (191).

En cambio, el punto de referencia del § 73 (hoy 52) (*concurso ideal*) es el término *dieselbe Handlung*, en oposición al cual es característica del *delito continuado* la pluralidad de actos de ejecución. El *delito continuado* no contiene, pues, una *única acción* en el sentido exigido por el § 73 para el *concurso ideal*, por lo que no es subsumible en aquel párrafo.

La conclusión no podía ser otra: puesto que de por sí la figura del *delito continuado* no es directamente subsumible en ninguna de las modalidades del concurso, «sólo queda para la solución de esta cuestión la aceptación de un concepto jurídico pensado, comprobado y aplicado continuamente por jurisprudencia y doctrina (192).

Vehementemente hemos de subrayar que no compartimos la solución de Bringewat, ni la conclusión ni las premisas. Con su interpretación de los párrafos 72 y 73 distorsiona Bringewat la función de la normativa concursal, ya que con aquéllos el Legislador ha querido solucionar todos los problemas interpretativos que en los casos de pluralidad de acciones y preceptos lesionados puedan plantearse: *tertium non datur*.

Bringewat (193) falsifica la opinión de Stratenwerth, que junto con otros muchos autores estima que la solución dada por la jurisprudencia al *delito continuado* no tiene amparo en la Ley. Pero lo que no dicen estos autores es que tampoco sea subsumible en la norma del *concurso real de delitos* (!). Al contrario, todos coinciden en subrayar que aquélla es la *sede materiae* (194). Sólo una vez aceptada esta premisa, podrá estimarse la conveniencia de someter esta figura a la norma del *concurso ideal de delitos*, más benigna que la del concurso real.

Fue precisamente una *interpretación teleológica de la normativa concursal*, en el sentido propugnado por Schmidhäuser para la Parte general del Derecho penal, la que nos permitió encontrar una solución satisfactoria al árduo problema del *delito continuado* en el Derecho penal español, donde, dada la peculiaridad del

(191) BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, pág. 609.

(192) BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, pág. 610.

(193) BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, página 611, nota (116).

(194) Véase, por todos, SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, págs. 728-729.

sistema de determinación de la pena en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, una interpretación «pretendidamente estricta» de la ley permitiría castigar más severamente el supuesto de la unidad de delito que el de la pluralidad de delitos y acciones (concurso real). Precisamente por eso, no tuvimos inconveniente en estimar la norma del concurso ideal de delitos, por ser la que en el *caso concreto* mejor se adapta a la gravedad de los hechos (195).

Todo lo demás es puro *conceptualismo*. Para mí no tiene sentido plantear la existencia de un llamado *Richterrecht* al margen y como complemento del *Gesetzrecht*. El juez, o bien se mueve dentro de los límites que le ha marcado el legislador, en cuyo caso *concretiza* la ley; o bien actúa al margen de las indicaciones que el legislador previamente le ha marcado, lo que en Derecho penal está prohibido (196).

II

Hasta ahora nos hemos confrontado con una serie de cuestiones que creemos fundamentales y constitutivas del *ser* de la concu-

(195) Véase *supra*, págs. 72-73.

(196) Ver *supra*, nota (170).. Por lo que se refiere al límite formal del posible tenor literal (en terminología de KREY), hay que poner de relieve la laboriosa tarea que E. v. SAVIGNY, J. RAHLF y U. NEUMANN, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München 1976, se han propuesto de revisar sentencias del BGH en las que este Tribunal se ha enfrentado con problemas intepretativos en los que el tenor literal del precepto chocaba con la solución justa. En todos estos casos era tan claramente injusta la solución dentro del límite del tenor literal que el Tribunal se veía obligado a salirse del mismo, si bien era a la vez tan grande su temor a infringir aquel límite que trataba de encajar en su seno, forzándolo, interpretaciones que resultarían inaceptables conforme a criterios de uso normal del lenguaje. Ver especialmente los trabajos de E. v. SAVIGNY, *Konflikte zwischen Wortlaut und Billigkeit in der Rechtsprechung des BGH*, págs. 60-78; U. NEUMANN, *Der 'mögliche Wortsmn' als Auslegungsgrenzen in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH*, págs. 42-59 (con una buena bibliografía). Sobre conflictos y orden jerárquico de los distintos cánones interpretativos en la misma jurisprudencia: J. RAHLF, *Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der Strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre*, págs. 14-26 (revisión doctrinal); del mismo, *Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH*, págs. 27-41; del mismo, *Offene und verdeckte Konflikte zwischen klassischen juristischen Interpretationsmitteln in der Argumentationspraxis des BGH*, págs. 79-99. La mayoría de los casos estudiados por E. v. SAVIGNY en su artículo ya citado presentan la misma o muy parecida estructura que los estudiados por nosotros bajo el concepto de delito "sui generis". Para este autor, el papel del dogmático consiste precisamente en asegurar la equiparación en el tratamiento de todos los casos concretos a subsumir en la misma norma. Ello se consigue mediante *verificaciones*, en armonía con el significado del precepto, única manera de dejar indemne el tenor literal de aquí (E. v. SAVIGNY, *Hypothesenbildung als Auslegung: Ein Detailanalyse*, págs. 110-119, pág. 119. Cfr. del mismo autor, *Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze*, München 1967).

rrencia. El concepto de acción a los efectos del concurso, por ejemplo, necesitaba de una revisión tan importante como para trastocar conceptos que parecían inamovibles (y todo ello por partir de una acción a los efectos del concurso conceptualmente concebida). Lógicamente, la pretensión de prescindir de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones para estimar una u otra modalidad concursal, y su sustitución por el concepto de *tipo legal* como más idóneo para el tratamiento de los problemas a que se alude con la teoría del concurso, obliga a ordenar la materia de manera distinta a como se ha hecho hasta ahora. Al estudiar cada uno de los problemas esenciales del concurso, hemos puesto de relieve las consecuencias que se derivaban de uno u otro entendimiento del problema para puntos concretos de este apartado de la teoría jurídica del delito. Ahora se hace necesaria una consideración unitaria de la materia. Como se comprenderá, en esta ocasión no podemos ser exhaustivos. Mi intención, por contra, es la de señalar criterios ordenadores conforme a los cuales ha de ser estudiada esta materia, atendiendo sobre todo a una óptima delimitación de las distintas modalidades concursales. Así, por ejemplo, no es mi intención estudiar los conceptos de *especialidad*, *consumación* o *subsidiariedad*, como principios constitutivos del *concurso de leyes* (197), o los requisitos exigidos por jurisprudencia y doctrina para estimar el *delito continuado* (198); más bien nos ha interesado el problema metodológico de cómo ha de proceder el intérprete que tiene que confrontarse con esta materia, pues un punto de partida falso, como ha podido ser a veces el de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones como puras categorías de jurisprudencia conceptual, ha podido llevar a «aberraciones jurídicas» de manera semejante a lo ocurrido con el tratamiento del delito «sui generis».

Pretender, con Geerds (199), distinguir entre una *concurrencia inauténtica*, con la que se alude a los problemas subsumidos en el concurso de leyes (y que en realidad no ofrecen cuestión concursal alguna), y otra *auténtica* (concurso ideal y real de delitos) que sí presenta auténticos problemas concursales (dada la pluralidad de normas penales que han de ser tenidas en cuenta para abarcar la totalidad del injusto realizado), no nos parece correcto. Y ello no solamente por la razón de que hay supuestos de difícil delimitación (como ya vimos que no pasó desapercibido a Jescheck (200), sino sobre todo porque ambos temas están implicados, porque la estimación del concurso ideal de delitos está condicionada a que los problemas en cuestión no puedan haber sido previamente re-

(197) Para el estudio de estos problemas nos remitimos al ya citado trabajo de KLUG, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, ZStW (68), páginas 399-416.

(198) Véase por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, páginas 370-374.

(199) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 237.

(200) Ver *supra*, págs. 52-54.

sueltos con los criterios de «especialidad», «consumción» o «subsidiariedad» del concurso de leyes.

Los problemas a que se alude con una y otra expresión (conurrencia auténtica e inauténtica) son cuestiones que surgen a lo largo de un proceso interpretativo que va de los hechos a las normas penales y de éstas, nuevamente, a los hechos. El destino de la conurrencia auténtica y de la inauténtica es el mismo: *ver la necesidad de estimar una u otra modalidad concursal en el proceso de interpretación de la ley penal.*

Yo diría que «fenomenológicamente» el intérprete ha de proceder de la siguiente forma: ¡Si me encuentro ante una «unidad de acción» (identidad), tendré en cuenta y estimaré la norma del concurso ideal de delitos del art. 71 CP *siempre y cuando no se den los presupuestos de «especialidad», «consumción» o «subsidiariedad»,* lo que obligaría a estimar el concurso de leyes del art. 69 y, por tanto, el castigo conforme a una sola de las normas infringidas (concretamente la que imponga la pena más grave)! Ello quiere decir que el estudio del concurso ideal de delitos (conurrencia auténtica en la terminología de Geerds) exige el del concurso de leyes. La aplicación de una u otra norma concursal no es presupuesto de la interpretación, sino consecuencia de la misma (201).

A continuación, trataremos de ver someramente las más importantes constelaciones de casos incluidas en el concurso de leyes:

1. En primer lugar, los supuestos de *unidad típica de acción*, que son los casos que menos problemas presentan. El desarrollo de un tipo de la Parte especial del Código determina la directa aplicación de la sanción prescrita por el mismo, con independencia de que la pluralidad de actos que constituyen el tipo en cuestión sea requisito exigido por el tipo (delitos constituidos por una pluralidad de actos) (202), o sólo admitida por el mismo (el delito puede realizarse mediante una acción, pero la posible pluralidad de acciones no determina un aumento del injusto). Piénsese en el supuesto de las injurias: un único delito de injurias con independencia de que la acción haya consistido en uno o varios insultos o expresiones deshonrosas. Supuesto parecido a los anteriores es el llamado *delito permanente* (203). Aquí estamos ante un delito que comienza con la creación de un estado antijurídico (el momento en que el autor priva de libertad a la víctima en las detenciones ilegales) y abarca todos los actos posteriores encaminados a mantener dicha situación (204).

(201) Véase, *Anuario 1978*, págs. 67-69. De la misma forma procede R. SCHMITT para trazar la frontera entre las distintas modalidades del concurso: R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 48, 54 y 55.

(202) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 46.

(203) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 47.

(204) Sobre la figura del *delito permanente*, véase por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, pág. 368.

Es de subrayar cómo aquellos supuestos en que la unidad típica de acción está formada por una pluralidad de actos que a su vez constituyen sendos delitos independientes de la Parte especial del Código, operación que el legislador español ha realizado frecuentemente (205), aquéllos pueden jugar un papel muy importante de Hermenéutica jurídica, condicionando la interpretación del tipo compuesto (casos de esta naturaleza los hemos estudiado de la mano del delito «sui generis») (206), representando un límite mínimo, por debajo del cual el juez no podrá desenvolverse al determinar la pena del delito compuesto ante el que se encuentra. Estos supuestos se presentan muy frecuentemente y dan lugar a conflictos interpretativos en los delitos cualificados por el resultado en relación con los casos en que el resultado se produce dolosamente (207). En mi opinión, la solución justa depende de una interpretación desde el contexto de la totalidad del Ordenamiento jurídico-penal, que permite resolver los equívocos en que inconscientemente (?) ha incidido el legislador (contradicciones «intra legem»). No estoy de acuerdo con aquel sector de la doctrina que no acepta una interpretación contraria a la clara voluntad del legislador, expresada en cada uno de los concretos tipos pena-

(205) Véase *Anuario 1978*, págs. 38-40.

(206) *Anuario 1978*, págs. 62-69.

(207) En efecto, así ha pasado en el Derecho alemán a partir de la reciente reforma, tendente a recoger expresamente que en los casos de delitos cualificados por el resultado, dicho resultado determinante de una pena más severa ha de ser producido al menos imprudentemente, para así respetar el principio de culpabilidad. El problema ha surgido en aquellos casos en los que, como en el § 251 StGB, el legislador castiga con una pena que puede llegar hasta la cadena perpetua el robo con producción del resultado de muerte. El conflicto surge porque el legislador ha exigido *Leichtfertigkeit*, equivalente a nuestra imprudencia temeraria, es decir, aquél no ha exigido que *por lo menos* haya habido imprudencia temeraria, lo que cierra el paso a la estimación de la cualificación cuando el mismo resultado se ha producido *dolosamente*, pues evidentemente dolo y "*Leichtfertigkeit*" se excluyen mutuamente. Produciéndose la paradoja de que en el robo con resultado muerte producido imprudentemente la pena puede ser de cadena perpetua; pena a la que en ningún caso puede llegarse si ese mismo resultado se ha producido dolosamente, siendo así que este caso es más grave que el anterior. RUDOLPHI, *JR 1978*, págs. 73-75, en comentario jurisprudencial, reconociendo lo injusto de la resolución acepta la decisión del BGH, basándose única y exclusivamente en el respeto al "tenor literal" del precepto, que parece claro en este punto. El legislador, y no el intérprete, es quien ha de corregir la situación creada. Mucho más coherente nos parece la opinión de LACKNER, de aplicar la doctrina de la *Sperrwirkung der Mindeststrafe* al § 251, es decir, de no aplicar al robo con homicidio doloso una pena inferior a la que el legislador ha previsto para una modalidad comisiva menos grave, como la de *Leichtfertigkeit* del § 251, razón por la cual el robo con homicidio doloso también podrá ser sancionado con cadena perpetua (LACKNER, *Strafgesetzbuch*, § 251, 4, pág. 810). Véase JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 463-464.

les (208). Esta idea, que procede de Frank (209), ha estado presente en nuestro trabajo desde un principio, y combatirla ha sido una de las razones que lo han justificado. En contra, a parte de los argumentos de carácter interpretativo a que hemos aludido, existe uno de carácter exclusivamente legal, y que aleja cualquier posible duda sobre lo acertado de nuestra tesis, cual es el contenido del propio artículo 68. El artículo 68 del CP no indica que para resolver los casos de conflictos de normas haya que acudir a los criterios de especialidad, subsidiariedad o consumación (tal tipo de prescripción no corresponde al legislador, sino a la doctrina). La Ley señala que en esos casos se aplicará la norma que imponga la sanción más grave, aunque ésta sea la norma general y no la especial, la subsidiaria y no la principal o la consumida y no la que consume. Sobre el argumento de la determinación de la pena, hemos de volver después.

2. Es de señalar en este lugar, que figuras como la *unidad natural de acción* y el *delito continuado* no son problemas que pertenezcan a este apartado, pues aquí se trata de supuestos de pluralidad de actos incluidos en la unidad jurídica constituida por el desarrollo de un único tipo penal, mientras que aquellas figuras realizan una pluralidad de tipos o un único tipo varias veces (en grado de tentativa o consumación). Su lugar adecuado es el estudio de la frontera entre el concurso ideal y real de delitos (210).

Lo mismo cabe decir de la llamada *Klammerwirkung*. La realización del tipo A es, en parte, idéntica a la del tipo B, que, a su vez, lo es a la del tipo C; mientras que A y C no tienen nada en común. En la hipótesis de que B esté menos gravemente sancionado que los otros dos tipos la función de «aglutinación» no se produce (por tanto concurso real), pues no tiene sentido castigar menos severamente a quien además de dos delitos ha cometido un tercero menos grave (211).

3. Hasta ahora hemos tratado de delimitar el concepto de *unidad de acción*, es decir, supuestos en que pese a la realización de una pluralidad de tipos penales no puede hablarse de pluralidad de delitos dada la unidad de acción. La misma acción significa la realización de una pluralidad de delitos. En este caso no puede

(208) R. SCHMITT, por ejemplo, ha defendido enérgicamente esta tesis: R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 52: "Auch wenn die Schaffung zweier gleichrangiger Tatbestände zum Schutze desselben Rechtbefehls als gesetzesgeberischer Fehler erscheint, ist der Richter nicht befugt, von Gesetz abzuweichen; er muss vielmehr —bis zur Harmonisierung des Gesetzes— beide Tatbestände neben einander anwenden".

(209) R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen 1931, pág. 233: "In der Tat handelt es sich bei dieser Erscheinung um Fehler des Gesetzgebers, die nicht zum Ausgangspunkt einer allgemeinen Theorie gemacht werden dürfen".

(210) *Infra*, apartado IV.

(211) *Ver infra*, nota (262).

hablarse de concurso real, pues el mismo requiere una pluralidad de acciones (aunque no siempre la pluralidad de acciones significa pluralidad de delitos, pues, como después veremos, existe una concurrencia real inauténtica que en realidad es un supuesto de concurso ideal de delitos). Basta recordar la polémica entre los partidarios de la *Einheit*- y de la *Mehrheitstheorie*, y la pretensión de estos últimos de estimar tantos delitos como resultados producidos. Como ya expusimos en su lugar (212), la unidad de acción impide estimar una pluralidad de delitos, y por tanto la norma del concurso real. Quien coacciona con un acto a una pluralidad de personas no comete una pluralidad de delitos de coacciones, en virtud de la singularidad del bien jurídico protegido (¡También el patrimonio es un bien jurídico personalísimo!). El tenor literal del artículo 71 es bastante claro: «... un solo hecho constituye dos o más delitos». Pensar de otra manera, y pretender aplicar la norma del concurso real de delitos, iría en contra del principio de legalidad. En ese caso, estaríamos ante una interpretación que exceda del límite constituido por el significado natural del contenido lingüístico del precepto (*natürliche Wortbedeutung*), en perjuicio del inculpado (*contra reo*). Con ello se pone de manifiesto cómo los conceptos de unidad y pluralidad de acciones pueden ser relevantes a la hora de solucionar problemas concursales. Es ésta una de las pocas veces en que nos hemos visto obligados a extraer determinadas consecuencias (la necesidad de estimar el concurso ideal y no el real de delitos) del concepto unidad de acción.

Ahora bien, con la afirmación de la unidad de acción no está todo dicho (para poder estimar el concurso ideal de delitos), ya que previamente hay que probar si concurren los presupuestos del llamado *concurso ideal inauténtico*; o dicho de otra manera, si conforme a los diversos criterios de especialidad, subsidiariedad, etcétera, no se excluye la estimación de uno de los tipos penales en conflicto mediante la aplicación del otro, encontrándose, por tanto, en una relación de concurso de leyes.

No nos interesa en esta ocasión hacer un estudio exhaustivo de lógica formal sobre los criterios de exclusividad, especialidad, subsidiariedad, etc. (213). Sí, en cambio, determinados problemas relacionados con sus límites, y en los que se ha podido negar la existencia de una tal relación de especialidad o consumación. La relación de *especialidad* es la más clara, y la que menos problemas ha planteado. Ya al estudiar el delito «sui generis» veíamos algunos casos en los que surgía este problema (214). Como muy acertadamente señala Rudolf Schmitt (215), «aquella (la especialidad) se

(212) Véase *supra*, págs. 64-66.

(213) Para familiarizarse con los conceptos de lógica pura aplicados a la lógica jurídica, me remito a la obra ya clásica de U. KLUG, *Juristische Logik*, 3. Aufl., Berlín 1966, págs. 21-96 especialmente.

(214) *Anuario 1978*, págs. 70-90.

(215) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 49.

produce cuando un tipo aparece necesariamente contenido en otro (igualmente realizado) conforme a sus elementos abstractos, con independencia de que aquel tipo, en relación con el otro, sea un delito básico o un delito autónomo».

Lo que ya no es tan correcto es que a continuación niegue la relación de especialidad en algunos supuestos en que la cualificación añade algún elemento fundamentador (*Grundmerkmal*), es decir, se desvíe en cierto modo del tipo básico. La situación se salvará porque en muchos casos sí cabrá una relación de *consumción*; siendo así que como Klug ha demostrado lógicamente, la *consumción* se reduce a una forma de *subsidiariedad*, que, a su vez, es una modalidad de la *especialidad* (216). El reproche de que pueda llegarse a una interpretación «contra legem» no lo tengo yo por sostenible. A mi entender, se basa en un defecto de «miopía jurídica», de contemplar únicamente lo que el legislador ha dicho al construir un tipo penal concreto, cuando el significado de la voluntad del legislador necesita del contexto legal en que el tipo en cuestión se encuentra.

Como acabamos de poner de relieve, la relación de *consumción* no es específicamente aceptada. La *consumción* no es sino una forma de *subsidiariedad* que abarca una pluralidad de supuestos muy heterogéneos, razón por la cual es difícil dotarla de confines (217). Para Rudolf Schmitt no existe un principio lógico que permita una diferenciación; pues el de la *interferencia* a que alude Klug (218) es común a la *subsidiariedad*. Sí puede haber un significado criminológico, de fenomenología criminal: «Existe por tanto *consumción* si un tipo más severo no se da necesariamente, pero, sin embargo, concurre de manera regular y típica» (219).

En definitiva, a todas las relaciones lógicas que estamos analizando subyace una *valoración* que la lógica formal no puede salvar. Por esta razón, estimo que muchos de los problemas planteados en esta materia son inexistentes. R. Schmitt (220), al formular la regla de la *subsidiariedad tácita*, lo pone de relieve implícitamente: «Si uno de los múltiples tipos realizados abarca ya la totalidad del contenido de injusto, culpabilidad y peligrosidad, entonces los restantes tipos penales serán *subsidiarios*, siempre que no hayan sido excluidos ya por el camino de la *especialidad* o de la *consumción*. La *subsidiariedad* es, por tanto, subsidiaria (en el más amplio sentido de la palabra) frente a las otras dos formas de la concurrencia ideal inauténtica». Por ejemplo, los actos preparatorios de la participación del artículo 4 CP en relación con las propias formas de participación, es decir, la conspiración es una forma subsidiaria

(216) KLUG, *Gesetzkonkurrenz*, págs. 407, 409 y 415.

(217) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 49.

(218) KLUG, *Gesetzkonkurrenz*, pág. 415.

(219) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 50.

(220) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 51.

de la inducción (221). Por diverso camino llega Klug a la misma conclusión (222).

Unanimidad en la doctrina existe en cuanto al rechazo de la relación de *alternatividad* (223), que se produce en los casos «en que la acción realiza dos tipos del mismo rango, mientras que la infracción tiene por contenido el mismo mandato jurídico» (224). En estos supuestos, indica un sector de la doctrina (225), sólo se aplicará un tipo, y en el caso de que establezcan penas distintas el que imponga la más grave. Este parece que es también el criterio del Legislador español en el artículo 68. Frente a esta opinión se han levantado algunas críticas. Según Geerds (226), aunque los dos tipos han sido creados por el legislador para proteger el mismo bien jurídico, el juez no puede contrariar la voluntad de aquél; por el contrario, hasta que se produzca la necesaria corrección de la ley por el legislador vendrá el juez obligado a aplicar ambos tipos, pues ésta ha sido la clara voluntad de la Ley. Un «respeto» tan estricto de la voluntad claramente «equivocada» del legislador no lo tengo yo por exigido.

Para finalizar este apartado, es necesaria una referencia a la consecuencia penal. De la redacción del artículo 68 del Código penal y del propio «ser» del concurso de leyes, se deduce la idea de que la pena habrá de tomarse del tipo penal *predominante*, no estimándose la pena correspondiente al tipo que cede ante el predominio de aquél. Este segundo tipo, se dice, queda *excluido* («ausgeschlossen») (227).

En contra de Geerds (228), que quiere impedir la producción de cualquier efecto del tipo excluido, la doctrina mayoritaria (229), en el caso en que aquél posea un marco penal con el límite inferior más severo que el tipo predominante, o que contenga efectos penales, consecuencias secundarias o medidas de seguridad de las que éste carezca, podrá ser estimada la ley «excluida»; es decir, la pena a imponer no podrá ser inferior a la pena mínima del tipo excluido (*Sperrwirkung des milderer Gesetzes*) (230). El principio de la *absorción* es modificado por el de la *combinación* (231).

(221) Véase, J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, Barcelona 1978, páginas 191-192.

(222) KLUG, *Gesetzkonkurrenz*, págs. 414-416.

(223) Véase por todos, JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 600-601.

(224) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 52.

(225) Esta idea ya se encuentra en BINDING. Cfr. FRAK, *Strafgesetzbuch*, pág. 231.

(226) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 224-227.

(227) Por todos, SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB Kommentar*, página 576.

(228) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 167 y 231.

(229) SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *Kommentar*, pág. 576.

(230) Véase *supra*, nota (133).

(231) Ver por todos, JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 603.

Si el tipo predominante no puede aplicarse porque, por ejemplo, concurre una causa personal de exclusión de la punibilidad, o porque se trate de un delito perseguible a instancia de parte y la víctima no quiere hacer uso de la facultad que la ley le otorga, no habrá inconveniente en castigar al autor en base al tipo *excluido* (232).

Tan sólo en los casos en que el tipo predominante sea un tipo *privilegiado* (233), no producirá efecto alguno el tipo excluido. La razón es la misma que justificaba el efecto del caso anterior, sólo que al revés. Allí se decía para justificar la estimación del tipo *excluido*: es absurdo no castigar al autor por el simple hecho de que también haya realizado algo más grave (234). Aquí, sería injusto perjudicar al autor porque el precepto penal que primariamente debería aplicarse no puede serlo (235). Así, por ejemplo, quien no puede ser castigado como autor de tentativa por haber desistido de ésta (tipo privilegiado), no puede serlo por los actos preparatorios de conspiración, proposición o provocación (236).

Por todas estas razones, se hace difícil hablar de un tipo «excluido» o «penetrado», cuando lo que realmente ocurre es que aquél pasa a un segundo plano, desde el que ejercer una influencia decisiva sobre el tipo «preferente», a los efectos de la determinación de la pena.

Ello representa, por otra parte, un paso más en el acercamiento de las distintas modalidades del concurso, pues con razón indica Rudolf Schmitt (237), «damit ist im Bereich der Straffrage der Unterschied zwischen echter und unechter Idealkonkurrenz beseitigt».

III

Una vez estudiados en el apartado anterior los supuestos típicos del concurso ideal de delitos que limitan con el concurso de leyes, y habiendo de considerar en el siguiente la misma problemática en relación con el concurso real, vamos a centrarnos en este apartado en considerar determinadas cuestiones que surgen en el terreno de la consecuencia jurídica, es decir, la determinación de la pena.

El artículo 71 CP sólo contiene una referencia al límite máximo, que según su tenor literal estará constituido por el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave, es decir, el que

(232) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 604.

(233) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 604; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *Kommentar*, pág. 575.

(234) Véase, por ejemplo, la relación hurto-robo que estudiamos en *Anuario* 1978, pág. 69.

(235) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 604.

(236) CUELLO, *La conspiración*, págs. 208-211.

(237) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 53.

imponga la pena más severa (238). El precepto parece prescribir que ésa será la pena a imponer «necesariamente» en caso de concurso ideal. Y puesto que el mismo párrafo alude al límite representado por la suma de las penas correspondientes a todas las infracciones cometidas, llega Córdoba Roda a afirmar que el artículo 71 contiene dos penalidades distintas, de las que el juez ha de escoger una de ellas, la que más beneficie al reo (239).

No estamos de acuerdo con este entendimiento del problema. El artículo 71 no pretende fijar dos penas, de las que el juez haya de elegir una. La suma de las penas resultantes de castigar cada delito por separado no es un *límite absoluto* de determinación de la pena, sino *relativo*, un criterio de medición de la misma que el legislador ha estimado oportuno formular (240). Con ello queremos decir que no solamente no es una pena alternativa, sino que además el juez ha de evitar en lo posible acercarse a este límite relativo, pues si no desembocaría en el concurso real de delitos, conducta más grave castigada más severamente por el legislador y que éste no ha querido equiparar evidentemente al concurso ideal (241). Así pues, el artículo 71 sólo marca el límite máximo.

(238) Como en seguida se verá, no es lo mismo ver en este precepto la indicación de una pena que *necesariamente* ha de ser impuesta que un límite hasta el cual el juez *puede* llegar. Aparte de las razones de índole material que abogan por esta interpretación, existe una basada en el propio tenor literal del precepto, que es la siguiente: la única manera de que la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo pueda ser más severa que la suma de las penas correspondientes a cada infracción en particular es entender aquélla en abstracto (si el delito más grave es una tentativa, la pena del delito más grave a que alude el artículo 71, II es la de ese mismo delito consumado), pues si la pena del delito más grave se entiende en concreto (la pena de la tentativa) difícilmente la suma total podrá ser inferior a una de sus partes. La única manera de que se plantee el problema a que alude el artículo 71, II es entender en abstracto (delito consumado) la pena correspondiente al delito más grave cometido. Por esta razón, decíamos en la nota (133) que en este precepto el legislador permitía excepcionalmente al intérprete moverse a todo lo largo de la extensión de la pena, es decir, llegar incluso a la pena correspondiente al delito consumado, pese a hallarse ante un delito meramente intentado. El hecho de que el párrafo III aluda en estos casos a la sanción de cada delito por separado no significa una remisión a la norma del concurso real de delitos. Más bien se refiere a la necesidad de determinar *en concreto* la pena unitaria del concurso ideal, que seguirá siendo la correspondiente al delito más grave y que en este caso nunca podrá llegar al límite máximo de su pena en abstracto (sí, por supuesto, de la pena en concreto). Por esa razón, decíamos en la página 86 que el artículo 71, II, III CP contenía un *límite relativo* de determinación de la pena en el concurso ideal, y nada más. Aunque el legislador español no hubiese estimado oportuno o necesario fijar este límite relativo en la Ley, el juez, por un elemental principio de hermenéutica jurídica y de aplicación racional de la pena, habría estado vinculado al mismo.

(239) CÓRDOBA RODA, *Comentarios* II, pág. 370.

(240) Véase *supra*, pág. 86.

(241) Como el propio CÓRDOBA parece reconocer: "Por otro lado, aparte del propósito perseguido por el legislador, obsérvese que no puede

del concurso ideal de delitos, con dos criterios: la pena resultante procederá del marco del delito más severamente castigado (a) que en virtud del artículo 71 podrá aplicarse en su grado máximo (b). El significado de esta alusión en el artículo 71 al grado máximo es más relativa de lo que parece, como ya hemos puesto alguna vez de relieve. Por eso no se le debe dar más importancia de la que tiene.

Para aclarar lo que queremos decir téngase en cuenta lo siguiente. El StGB no contiene una regla tan precisa como nuestro Código penal. Allí sólo hay una referencia genérica en la que se señala que la pena del concurso ideal se tomará de la del delito más grave, con lo que se diferencia al concurso ideal del real, donde se procede a la formación de una *Gesamtstrafe*. Sin embargo, como Jescheck ha puesto de relieve para el concurso ideal homogéneo (242), el hecho de que en el concurso ideal de delitos la misma norma se ha infringido varias veces mediante la misma acción, determinará una agravación dentro del marco de la pena correspondiente al delito más grave. Para fundamentar su toma de posición se basa en el § 46, II del StGB que enumera una serie de criterios de medición de la pena, entre los que se encuentra «la forma de ejecución y los efectos del acto culpablemente producidos», de aplicación en nuestro caso. De manera parecida puede argumentarse en nuestro Código penal, donde al regular el artículo 61 el juego de las circunstancias atenuantes y agravantes en los casos de penas divididas entres grados señala muy claramente en el apartado 4: «Cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la *mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente*, impondrán la pena en el grado que estimen conveniente». Que cualquier supuesto del concurso ideal podría subsumirse en este precepto para elevar al grado máximo la pena correspondiente al delito más grave cometido, si no existiese la norma del artículo 71 que expresamente indica la agravación, no puede ser puesto en duda.

Así pues, en conclusión: no puede hablarse de alternatividad entre la pena correspondiente al grado máximo de la del delito más grave y la resultante de la suma de las infracciones cometidas, pues esta última desembocaría en el concurso real de delitos, lo que el legislador no ha podido querer. Muy por el contrario, con el artículo 71 se tratan de evitar los efectos del concurso real (*Gesamtstrafe*), mediante la formación de una pena única: la pro-

corresponder a la finalidad del precepto el que los supuestos del primer párrafo del artículo 71 puedan quedar sometidos a un trato penal más severo que el concurso real regulado en los artículos 69 y 70" (CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, pág. 370). ¡No sólo con la aplicación de un régimen más severo que el del concurso real, sino ya con la equiparación de ambos concursos se traiciona la finalidad del precepto!

(242) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 591-592; en el mismo sentido, Th. VOLLER, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. (Hrg. JESCHECK, RUSS, WILMS), 5. Lieferung (§§ 52-55), Berlin 1978, pág. 61, nota marginal 39 al § 52.

cedente del delito más grave, cuyo máximo no puede ser sobrepasado. El legislador, en el artículo 71, quiere evitar los efectos del concurso real de delitos.

Hasta ahora sólo tenemos el límite máximo: el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave. Nos queda por estudiar el límite mínimo y cómo las sanciones o medidas no contenidas en el delito más grave puedan ser tenidas en cuenta.

El límite inferior del marco de la pena a formar para el concurso ideal de delitos lo constituye la pena que posea el límite inferior más severo, al objeto de que el autor no se vea privilegiado de resultas de haber violado junto con esa norma otras (243). Así pues, se ha de seguir el criterio de la *combinación* y no el de la estricta *absorción* (244), aunque la Ley no lo diga expresamente. Y ello por elementales razones de justicia. Seguir en el Derecho español este criterio que proponemos tiene la ventaja de asegurar una determinación de la pena *en concreto* racional y justa (245).

Por las mismas razones acabadas de exponer, el juez podrá o deberá estimar penas accesorias, consecuencias penales y medidas de seguridad siempre que aparezcan prescritas en alguna de las normas en concurso (246).

Sobre los problemas de medición de la pena y los aspectos procesales del concurso ideal no podemos extendernos, y nos remitimos a lo dicho en otros lugares (247).

IV

Mientras que la unidad de acción caracterizadora del concurso ideal de delitos impedía todo intento de atender a la pluralidad de resultados para estimar la norma del concurso real de delitos, sin embargo, la constatación de la «no identidad» de acción del concurso ideal no significa necesariamente *conurrencia* real. Pues al igual que ocurría en el concurso ideal de delitos, puede hablarse también de un *concurso real inauténtico* en oposición al concurso real auténtico, único que se somete a la norma del concurso real. Sin embargo, hay que poner de relieve que la coincidencia con el concurso ideal inauténtico es sólo en la nomenclatura, y no en el contenido. En el concurso real, por ejemplo, no se puede hablar de especialidad (248). Sí, en cambio, de *consumción* y *subsidiariedad* (249). «Si se prescinde de esta última diferencia, simplemente

(243) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 592.

(244) Véase *supra*, nota (130).

(245) Sobre la medición de la pena en las distintas modalidades del concurso: H-J BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, págs. 462-477.

(246) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 592; VOGLER, *Leipziger Kommentar*, nota 40 al § 52.

(247) Véase *supra* págs. 79 a 85 y 85 a 87.

(248) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 54.

(249) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 54-55.

terminológica, existe en lo esencial unanimidad sobre el repliegue de las acciones de preparación tipificadas frente al delito consumado, de la participación frente a la autoría, del delito de desposesión y aseguramiento frente al de apoderamiento, del delito de peligro concreto frente al de lesión» (250). Otras formas de la concurrencia real inauténtica que carecen de sus correspondientes en la concurrencia ideal inauténtica son el *delito continuado* y la *unidad natural de acción*. Finalmente, es necesaria una referencia a los supuestos incluidos en la llamada *Klammerwirkung*.

«Si en la pluralidad de acciones (= *Nichtidentität*) no existe unidad natural de acción, ni delito continuado ni subsidiariedad (acto posterior impune por ejemplo), se producirá la punición conforme a los parágrafos 74-78 StGB (concurso real)» (251). Con ello tenemos una fórmula para descartar formas de pluralidad de acciones no sometidas a la norma del concurso real de delitos, pero nada más. Pues, mientras los supuestos llamados por R. Schmitt de «subsidiariedad», y por otros (252) de «consumción», pertenecen al concurso de leyes (pese a la pluralidad de acciones), la unidad de acción y el delito continuado pertenecen al concurso ideal de delitos. Una prueba más de que es el tipo como «unidad de aplicación penal», y no el concepto de acción, la clave de un tratamiento satisfactorio del problema concursal.

Sobre la determinación y medición de la pena en el concurso real de delitos (253) no diremos nada en esta parte sistemática de nuestro trabajo, pues excede de la finalidad perseguida. Si nos hemos ocupado del concurso real ha sido en tanto en cuanto era necesario para el estudio de determinadas figuras del concurso de leyes y del ideal que por su naturaleza pertenecen a aquél, o que presentaban problemas delimitativos importantes.

Comencemos por la *consumción*. Para mí, estos supuestos (estoy pensando en los actos previos y posteriores) son una prueba más de que los conceptos de unidad y pluralidad de acciones no sólo son insuficientes para abarcar el problema del concurso, sino que además pueden llevar a resultados desaconsejados. Según R. Schmitt (254), podrá hablarse de unidad de acción cuando los tipos se correspondan desde el comienzo de la tentativa hasta el agotamiento. No, en cambio, cuando la correspondencia indicada sólo se produce en los actos de preparación, pues de otra manera no sólo se recortaría el ámbito de la pluralidad de acciones en beneficio de la unidad, sino que además la frontera entre una y otra se desdibujaría. La delimitación de la correspondencia señalada equivale al ámbito de la tipicidad del comportamiento (255). Para

(250) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 55.

(251) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 55.

(252) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 208.

(253) Ver *supra*, págs. 85-87.

(254) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 57.

(255) También esta materia, como toda la concursal, está condicionada por el ámbito de los tipos en conflicto.

R. Schmitt (256), un supuesto excepcional sólo puede presentarse en la conducta del partícipe, cuya aportación al hecho delictivo sí puede producirse en un momento anterior al comienzo de la ejecución, a la fase de tentativa. La polémica que podría suscitarse en torno a este punto se rebajaría considerablemente con la superación de la distinción unidad-pluralidad de acciones.

Mayor importancia tienen la *unidad natural de acción* y el *delito continuado*. Por razones obvias, no vamos a estudiar aquí estas figuras (257). Tan sólo queremos recalcar su carácter de *pluralidad de acciones* sometidas excepcionalmente al régimen del *concurso ideal de delitos*. Común, pues, a ambas figuras es el deseo de los tribunales de justicia de eludir el severo régimen penal del concurso real (258).

«Para la "unidad natural de acción" sólo quedan los casos en que una pluralidad de acciones, sin formar un tipo unitario, sin embargo están muy estrechamente unidas, de una parte mediante una conexión temporal y espacial, de otra mediante una decisión y finalidad única del autor» (259). La única explicación para que R. Schmitt celebre esta figura y rechace la anterior sólo puede residir en que en este caso se parte de la pluralidad de acciones, cuyos efectos (el concurso real) se quieren evitar; mientras que en aquélla se quería ver de entrada una unidad de acción. Por lo demás, no existe diferencia alguna entre ambas (por lo que se refiere a los efectos de la pena).

Una característica del delito continuado es la ausencia de unidad natural de acción. En el delito continuado, cada acción representa la realización del tipo penal en cuestión (260). Mientras que en los casos anteriores la excepción al concurso real era relativamente tolerable, en el delito continuado resulta plenamente inaceptable. Incluso la exigencia de un único dolo, común a todos los actos que lo componen, sería una razón para agravar la pena, y no para atenuarla como se ha querido ver en el delito continuado (261).

Finalmente, los supuestos en que un tercer tipo realiza una función de *Klammerwirkung*, o conexión, entre dos tipos que sólo tienen en común su parcial coincidencia con aquél. En principio, en aplicación del artículo 71, el delito más grave servirá de referencia para determinar la pena correspondiente a la totalidad, por cuya razón habrá que acudir al tipo B para determinar la pena

(256) El cómplice entrega al autor el instrumento con que éste va a cometer el delito antes del comienzo de la ejecución y con posterioridad al mismo le auxilia en la propia ejecución.

(257) Véase por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, páginas 366-368 y 369-374.

(258) Ver *supra*, nota (189).

(259) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 58.

(260) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 59.

(261) En este sentido, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 61.

cuando éste sea el más grave. Qué relación haya de existir entre A y C no se cuestiona por el artículo 71. Distinto, cuando A o C es el delito más grave. Entonces puede procederse a una combinación *escalonada*, primero de B con C, en la que B, por ser el delito más grave adopte el papel dominante, y después de A con B, que ya contiene un marco combinado. Por esta razón, se habla en este caso de una aplicación analógica de la norma del concurso ideal, y por tanto de una nueva excepción al concurso real de delitos. En último lugar, el supuesto de que el delito medio sea el menos gravemente sancionado. En este caso no habrá problema en estimar concurso real entre A y C. Sí en cambio con B, ya que este delito no puede ser castigado ni a medias ni doblemente. La única salida de este dilema es la de conceder el papel rector a A, por ser la infracción más grave. Entonces estaremos ante un concurso real de los delitos A y C, de los cuales A, a su vez, será el producto del concurso ideal entre A y B (262).

(262) STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, págs. 26-29, estudia, en un apartado dedicado a determinados supuestos en los que aparentemente se rompe la exigencia inherente al concurso ideal de la identidad de acción ("Angebliche Ausnahmen von § 73 StGB"), los distintos casos de la llamada *Klammerwirkung*. En todos los supuestos de *Klammerwirkung*, estamos ante dos tipos realizados independientemente entre sí que sólo tienen en común la identidad parcial de acción con un tercero, que actúa de puente entre aquéllos. Como subraya STRUENSEE, si en estos casos quiere verse una pluralidad de acciones, y por tanto una ruptura de la identidad de acción consustancial al concurso ideal (como propugna un amplio sector de la doctrina), querrá ello decir que el criterio de la unidad de acción base del concurso ideal de delitos no sería válido; o que al menos habría que acudir a un criterio complementario del anterior que permitiese distinguir a esta constelación de casos de las demás del concurso ideal. Por estas razones, vale la pena un estudio más profundo de esta categoría, y no rechazarla por principio. La tesis de STRUENSEE es la siguiente: No se trata de concluir que en los casos de *Klammerwirkung* en que el delito medio esté sancionado con una pena menos severa que los otros dos *excepcionalmente* se rompe la unidad de acción (y por tanto concurso real) en base al criterio de justicia material de que el autor resulte beneficiado porque junto con dos delitos haya cometido un tercero menos grave, como de que el delito menos grave nunca puede desempeñar el papel rector en el concurso ideal de delitos, lo que no se correspondería ni con la letra ni con el espíritu del precepto sancionador del concurso ideal (lo mismo en nuestro Derecho). Por eso, habrá que revisar si en estos casos se dan los presupuestos de la *combinación*, inherente al concurso ideal. El precepto sancionador del concurso ideal no obliga a una equiparación de todos los preceptos infringidos en la tarea de proceder a la combinación de las sanciones. El párrafo segundo del artículo 71 del Código penal español sólo alude al papel rector del delito más grave, del que hay que partir y en cuya penalidad se articulan las de las restantes infracciones. La identidad exigida habrá de ser, pues, con el delito más grave. Si el delito más grave, en nuestro caso, es el delito medio (B) no habrá problema en proceder a la combinación de la pena a él correspondiente con las de los delitos extremos (A y C), cuya relación mutua no juega papel alguno. Si es A el que establece la penalidad más grave, la pena de éste servirá para formar un "marco" con la de B en virtud de la identidad existente, en la que C no puede

entrar "inmediatamente" dada la falta de identidad con A. Una combinación "mediata" sólo será posible si C aparece castigado con una pena menos grave que B; y entonces B y C formarán una combinación que es absorbida por la que forman A y B. Si se rechaza esta solución, ello no significará una excepción a la regla expresada en la norma reguladora del concurso ideal, pues esta solución se basa en una aplicación analógica de aquel precepto, y no en su voluntad expresa. Finalmente, en el caso de que el delito medio sea el menos grave de los tres propone STRUENSEE conceder el papel rector al delito más grave, que entrará en concurso ideal con el menos grave (delito medio) y en concurso real con el otro, si bien este caso (según STRUENSEE) no aparece resuelto por el legislador, por lo que no puede hablarse de una nueva excepción a la regulación legal.