

Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos (1)

JOSÉ CID MOLINÉ

Profesor de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Definiciones dogmáticas de concurso de delitos. 2.1. Origen de las definiciones. 2.2. Plano en el que se sitúa esta actividad dogmática definitoria. 2.3. Definición de concursos de delitos. 2.4. Definición de las especies de concurso de delitos: clasificación. 2.5. Clasificación de las especies de concurso de delitos y normas de segundo nivel.—3. Análisis de la clasificación dogmática de concurso de delitos. 3.1. Requisitos de adecuación formal y material de una clasificación. 3.2. Adecuación formal de la clasificación (distinción entre concurso aparente y concurso ideal). 3.3. Adecuación material de la clasificación. 3.3.1. Distinción entre el concurso ideal y el resto de especies concursales que suponen aplicación de varias normas. 3.3.2. Distinción entre el concurso aparente y las otras especies concursales.—4. Justificación de la norma de segundo nivel propuesta por la dogmática para aplicar a los casos de concurso aparente.—5. Conclusiones.—6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los artículos 68 a 71 del código penal español se contienen unas normas (que llamaré normas de segundo nivel) que regulan supuestos en que, en la calificación de la conducta de una persona,

(1) Este trabajo es deudor de las discusiones tenidas en un seminario realizado, en los cursos 91-92 y 92-93, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, dirigido a analizar algunas cuestiones propias de la teoría del delito en base a las aportaciones de la filosofía analítica. Mi agradecimiento tanto a los estudiantes que han participado como, en particular, a José Juan Moreso, con quien he trabajado conjuntamente la mayor parte de las cuestiones tratadas en este artículo.

se produce concurrencia de normas (que llamaré normas de primer nivel) que asocian penas a determinados presupuestos de hecho.

En la medida en que las normas de segundo nivel establecen consecuencias jurídicas distintas, en orden a la penalidad a aplicar, puede deducirse que el legislador ha pretendido con ellas clasificar los distintos supuestos de concurrencia. Pero si tal fuera el objetivo, podría considerarse fallido, pues algunas de tales normas se caracterizan por determinar con escasa precisión, o incluso dejar indeterminado, su presupuesto de hecho.

Ante tal dejación legislativa, la dogmática española ha acometido, en base a la definición de los presupuestos de hecho de tales normas de segundo nivel, la tarea de presentar una clasificación de los casos de concurrencia, que pueda facilitar la labor judicial de aplicación del derecho.

Dado que la clasificación dogmática, realizada en base a la definición de las especies de concurrencia, resulta muy influyente en la labor judicial y que de ella depende la cantidad de pena que se le imponga a un individuo, resulta de interés plantearse si satisface determinados requisitos de adecuación formal y material, pudiéndose por ello considerar una clasificación correcta.

2. DEFINICIONES DOGMÁTICAS DE CONCURSO DE DELITOS

2.1. Origen de las definiciones

Como explica Nino (1972: 19), en los códigos penales existen normas —que denomina de segundo nivel— caracterizadas por regular los casos en que concurren varias normas de primer nivel (de las que asocian pena a determinado presupuesto de hecho) en la calificación de la conducta de un individuo.

Acogiendo la terminología de Nino, resulta que en el código penal español las normas de segundo nivel (al menos, las de carácter general) se encuentran contenidas en los artículos 68 a 71. En efecto, en tales normas se establece, como presupuesto de hecho, que la conducta de un individuo sea subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una única de tales normas) y, como consecuencia jurídica, cuántas normas de primer nivel deben aplicarse, cuál, en caso de ser una, debe serlo y, siendo varias, qué cantidad de pena se le debe imponer al individuo.

Estas normas de segundo nivel plantean un doble problema, el referido a sus presupuestos de hecho y el referido a sus consecuencias jurídicas.

En lo que concierne a los presupuestos de hecho, que es de lo que me ocupo en este trabajo (2), el problema estriba en que el legislador lo ha establecido con expresiones de mucha imprecisión, en forma tal que no resulta posible decidir, en muchos de los casos de concurrencia de normas de primer nivel, cuál de las normas de segundo nivel debe ser aplicada. Uno de los ejemplos más claros de tal imprecisión se encuentra en el presupuesto de hecho del art. 68 del código penal (cuya consecuencia jurídica es la aplicación exclusiva de una de las normas de primer nivel concurrentes) en relación al del art. 71, primera parte (cuya consecuencia jurídica es la aplicación de las diversas normas concurrentes). En el art. 68 se establece como presupuesto de hecho que existan «hechos susceptibles de ser calificados de acuerdo a dos o más preceptos» y en el art. 71 en su primera parte se alude a la situación en que «un solo hecho constituya dos o más delitos». Pero en el código penal no se establecen criterios para saber cuándo un solo hecho susceptible de ser calificado de acuerdo a dos o más preceptos constituye uno o varios delitos (cfr. Cuerda 1992: 213).

El ejemplo que acabo de poner, que muestra la imposibilidad de saber, en base al examen de los presupuestos de hecho, en qué casos debe aplicarse una u otra de las dos normas de segundo nivel aludidas, explica que la dogmática penal española, con el fin de facilitar la tarea judicial de aplicación del código penal, se plantee definir con más rigor el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel (3).

2.2. Plano en el que se sitúa esta actividad dogmática definitoria

La tarea que realiza la dogmática consiste, como veremos, en aportar definiciones de los presupuestos de hecho de las normas de segundo nivel, con el objetivo de que para todos los casos en que se dé concurrencia de normas de primer nivel exista una, y sólo una, norma de segundo nivel aplicable.

Esta tarea definitoria, que lleva a una clasificación del conjunto de casos en que se da concurrencia de normas de primer nivel, no está situada en el terreno de la interpretación, pues las definiciones dogmáticas incluyen elementos a los que, en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel, no se alude en absoluto. Por ello puede decirse que nos encontramos ante una tarea que se sitúa en el

(2) Sobre el problema de las consecuencias jurídicas, cfr. la reciente contribución de CUERDA, 1992.

(3) Alude al papel creativo de la dogmática en este campo (en relación a las normas de segundo nivel del código penal alemán), MAURACH, 1958: 417.

nivel de las propuestas de aplicación del código penal (o de **sententia ferenda**).

Mientras que la actividad interpretativa de la dogmática, dado su carácter descriptivo, puede ser verificada atendiendo al sentido de las normas, la actividad propositiva, dado su carácter prescriptivo, no puede ser verificada y su análisis requiere disponer de una doctrina de justificación de tal actividad dogmática. Más adelante, justificaré un criterio general, aunque concretado al objeto de análisis, que permitirá analizar las definiciones dogmáticas. Pero antes de llegar a ello se requiere exponer tales definiciones.

2.3. Definición de concurso de delitos

No hay unanimidad en la dogmática penal española respecto de cuándo se produce una situación de concurso de delitos. Las posiciones son básicamente dos y se distinguen por dar una *definición amplia*, que acoge todos los supuestos de concurrencia, o más *restrictiva*, que considera que algunos supuestos de concurrencia no son calificables de concurso de delitos.

La *definición amplia* (cfr. Peñaranda 1991: 181-186) requiere, para que se dé una situación de concurso de delitos, los siguientes elementos:

1. a) Un individuo realiza una acción (4) que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en el presupuesto de hecho de una única norma) (5) o b) un individuo realiza varias acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en el presupuesto de hecho de una única norma).
2. Se cumplen todos los requisitos de punibilidad establecidos por la dogmática para que las anteriores normas sean aplicables (6).

(4) Utilizo el término «acción» en su sentido amplio, que incluye tanto las acciones en sentido estricto como las omisiones.

(5) Puede utilizarse, como es usual, la expresión tipo en vez de la de presupuesto de hecho de una norma de primer nivel si, como es mi caso, se consideran sinónimas tales expresiones. Pero he preferido utilizar una expresión menos controvertida en la dogmática.

(6) Así para una teoría del delito que defina comportamiento punible (o delito) como comportamiento típico, antijurídico, culpable y (se satisfagan los otros requisitos que lo hacen) punible, una norma de primer nivel será aplicable cuando exista un comportamiento, subsumible en su presupuesto de hecho, que resulte típico, antijurídico, culpable y se cumplan las otras condiciones de punibilidad (ausencia de excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad y condiciones de procedibilidad).

Esta opinión de requerir como requisito del concurso de delitos que se satisfagan todas las condiciones de punibilidad para aplicar las normas de primer nivel concurrentes parece dominante entre la doctrina española (cfr. CÓRDOBA, 1972: 331, y SANZ, 1986: 127), pero no así entre la doctrina alemana, que admite relaciones con-

3. Si es un supuesto de varias acciones, existe entre ellas una relación jurídica de conexión (7).

A mi juicio, esta definición amplia de concurso de delitos resulta acertada porque incluye todos los supuestos en que el juez debe recurrir a las normas de segundo nivel contenidas en los arts. 68 a 71 del código penal. En cambio, un sector doctrinal, quizá mayoritario, no está de acuerdo con tal definición, pues considera que el llamado concurso aparente no es una especie de concurso de delitos. Este sector (8), que propugna una *definición restringida* de concurso de delitos, incluye un ulterior elemento en la definición, que puede formularse de la siguiente manera:

4. La norma de segundo nivel que regule el caso debe comportar que se apliquen varias de las normas de primer nivel aplicables (9).

Aunque la discrepancia entre las dos definiciones, amplia y restringida, de concurso de delitos carece de consecuencias prácticas, resulta a mi juicio más acertada la definición amplia. Ello se debe a dos razones, en primer lugar, esta definición amplia incluye todas las situaciones reguladas en los arts. 68 a 71 del código penal, mientras que la restringida excluye la situación de concurrencia regulada en el art. 68. Esta exclusión podría ser conceptualmente admisible si el conjunto de casos regulado por el art. 68 fuera claramente dis-

curiales entre dos normas pese a que no se cumplan todas las requisitos de punibilidad para aplicar alguna de ellas (inf. al respecto en PEÑARANDA, 1991: 59-77).

(7) Con tal requisito se satisface lo establecido en el art. 70, último párrafo del código penal. Sobre la conexión entre acciones, cfr. arts. 17, 300 y 988 de la LECr. Sobre ello, cfr. VIVES, 1981: 33-35, y SANZ, 1986: 255.

(8) Entre los autores que acogen la *posición restringida*, cfr. PUIG PEÑA, 1955: 39-40; VIVES, 1981: 8-9; SANZ, 1986: 119 y 142-143. El mantener esta posición restringida lleva en algún caso (cfr. COBO/VIVES, 1991: 133-141 y 591-602; BUSTOS, 1989: 80-81 y 299-306), en el marco de un manual de la parte general de derecho penal, a no tratar en el mismo capítulo todas las especies de concurrencia.

(9) En relación a las normas de primer nivel, como se habrá advertido, el término «aplicación» se utiliza en dos sentidos distintos: a) norma aplicable en atención, exclusivamente, a las normas de primer nivel: existe un comportamiento subsuible en el presupuesto de hecho de una norma de primer nivel y se cumplen todos los requisitos de punibilidad para aplicar tal norma y b) norma aplicable en atención a las normas de primer y de segundo nivel: las normas que regulan la concurrencia establecen que tal norma de primer nivel aplicable sea aplicada.

Así, por ejemplo, en los casos en que sea de aplicación el art. 68 del código penal, nos encontramos con varias normas aplicables (en atención a las normas de primer nivel) de las cuales (en atención a la norma de segundo nivel contenida en tal artículo) sólo una debe ser aplicada.

En cambio, la norma de segundo nivel contenida en el art. 71 establece la aplicación de las diversas normas de primer nivel aplicables. Ello se debe a que tal norma de segundo nivel obliga a imponer una pena mayor a la que debería imponerse en el caso que sólo concurriera alguna (cualquiera) de las diversas normas de primer nivel.

tinguible de los regulados en las otras normas de segundo nivel. Pero, como veremos más adelante, en el estado actual de la elaboración dogmática existen grandes dificultades para distinguir entre el presupuesto de hecho del art. 68 y el de las otras normas de segundo nivel. Ambas razones contribuyen a que parezca más acertado acoger una definición amplia de concurso de delitos, capaz de incluir todos los supuestos de concurrencia entre normas de primer nivel.

2.4. Definición de las especies de concurso de delitos: clasificación

La dogmática penal española presenta definiciones de las especies de concurso de delitos semejantes a las que a continuación se exponen.

a) Concurso aparente

1. a) Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma) o b) un individuo realiza varias acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. a) (Una acción). Entre las normas de primer nivel existe alguna de las siguientes relaciones: especialidad, alternatividad, subsidiariedad (expresa o tácita) o consunción o b) (varias acciones) por la relación existente entre las acciones, entre las normas de primer nivel se da alguna de las siguientes relaciones: subsidiariedad (expresa o tácita) o consunción.

b) Concurso ideal

1. Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. No es el caso de que exista concurso aparente.

c) Concurso medial

1. Un individuo realiza dos acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Entre las acciones realizadas existe relación de medio necesario a fin.
4. No es el caso de que exista concurso aparente.

d) *Delito continuado*

1. Un individuo realiza dos o más acciones que resultan subsu- mibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Entre las acciones existe relación jurídica de continuación delictiva.
4. No es el caso de que exista concurso aparente o medial.

e) *Concurso real*

1. Un individuo realiza dos o más acciones que resultan subsu- mibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Entre las acciones realizadas existe relación jurídica de co- nexión.
4. No es el caso que exista concurso aparente, concurso medial o delito continuado.

2.5. Clasificación de las especies de concurso de delitos y normas de segundo nivel

La dogmática penal española establece una relación funcional entre las anteriores especies de concurso de delitos y las normas de segundo nivel existentes en el código penal. Con la particularidad, analizada más adelante, de proponer que los jueces tomen en consideración una norma de segundo nivel no existente en el código penal (a la que denominaré *norma implícita de segundo nivel*). La relación funcional (de correspondencia) que se establece puede representarse de la siguiente manera:

Especies de concurso	Normas de segundo nivel
Concurso aparente	Norma implícita (que establece que debe aplicarse la norma especial, principal, consumidora o alguna de las alternativas). Ello supone sólo en algunos casos aplicar el art. 68
Concurso ideal	Art. 71
Concurso medial	Art. 71
Delito continuado	Art. 69 bis
Concurso real	Art. 69 o art. 70

3. ANÁLISIS DE LA CLASIFICACIÓN DOGMÁTICA DE CONCURSO DE DELITOS

3.1. Requisitos de adecuación formal y material de una clasificación

Expuestas las definiciones dogmáticas de las especies de concurso de delitos, es la hora de analizar si mediante ellas se realiza una clasificación formal y materialmente correcta de los supuestos de concurrencia de normas de primer nivel.

Siguiendo a Mosterín (1984: 13-15) cabe decir que una *clasificación formalmente correcta* debe cumplir las siguientes condiciones: a) que esté determinado el conjunto de casos a clasificar; b) que a cada especie clasificatoria corresponda al menos uno de los casos a clasificar; c) que las diversas especies sean mutuamente exclusivas (no existiendo casos clasificables en más de una especie) y d) que en su conjunto las especies sean exhaustivas de los casos a clasificar (todos los casos encuentran clasificación).

Añade Mosterín (1984: 17-19) que una *clasificación es materialmente correcta* cuando, además de serlo formalmente, es relevante para la materia objeto de análisis. Conviene detenerse en examinar cuáles deben ser los requisitos de relevancia en relación a la cuestión del concurso de delitos. Dado que la clasificación dogmática cumple funciones prácticas en el plano de la aplicación de la ley, la relevancia de la clasificación dependerá de su adecuación a determinados fines relativos a la forma en que los jueces deben aplicar la ley.

Un *primer requisito de adecuación material* de la clasificación dogmática, que parece pacífico, es que mediante ella se facilite la aplicación de la ley penal por parte de los jueces. Como se ha señalado, algunas de las normas de segundo nivel del código penal no determinan con precisión su presupuesto de hecho. Las definiciones

dogmáticas de las especies de concurso de delitos son presentadas, justamente, como definición de los presupuestos de hecho de las normas de segundo nivel. En base a ello, para que tales definiciones satisfagan este primer requisito de adecuación material se requieren dos elementos: que la clasificación sea formalmente correcta y que exista una relación funcional entre las definiciones dogmáticas y las normas de segundo nivel del código penal. Mientras que el primer elemento queda pendiente de analizar, ya se ha visto anteriormente que se cumple el segundo de los elementos.

No obstante este primer requisito de adecuación, pese a ser importante, es insuficiente para decidir acerca de la corrección material de la clasificación dogmática.

Se requiere, a mi juicio, establecer, junto al anterior, un *segundo requisito de adecuación material* que parta de la determinación del fin que debe perseguir la dogmática al presentar las definiciones de las especies de concurso de delitos. Este fin tiene que ver con conseguir una aplicación de la ley respetuosa de la legalidad, la racionalidad y la justicia.

A renglón seguido expondré en forma introductoria lo que entiendo por adecuación de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos a la legalidad, la racionalidad y la justicia; a continuación, presentaré el segundo requisito de adecuación material, basado en una jerarquización de tales fines y, por último, justificaré el requisito expuesto de adecuación material.

Por *adecuación de las definiciones a la legalidad* entiendo que ellas incluyan aquellos elementos del presupuesto de hecho que son establecidos por las normas de segundo nivel y que definan tales elementos de acuerdo a su sentido en el lenguaje ordinario, si para la descripción de tales elementos el legislador ha usado términos comunes, o en el lenguaje de los juristas, si el legislador los ha descrito con términos técnicos.

Así, por ejemplo, dado que el legislador ha incluido como elemento del presupuesto de hecho de la norma de segundo nivel contenida en la primera parte del art. 71 que exista una única acción, la definición dogmática de tal presupuesto de hecho, que se conoce con el nombre de concurso ideal, debe no sólo incluir este elemento, sino, además, definirlo, al ser un término común, de acuerdo a su uso en el lenguaje ordinario.

La *adecuación de las definiciones a la racionalidad* requiere tomar en consideración los fines perseguidos por el legislador al dictar un conjunto de normas.

En el ámbito que nos interesa resulta que el problema principal es el relativo a la delimitación de los casos en que deben aplicarse aquellas normas de segundo nivel cuya consecuencia es la exclusiva aplicación de una de las normas de primer nivel concurrentes, res-

pecto de aquellos en que deben aplicarse las diversas normas de primer nivel concurrentes.

Para configurar los criterios de racionalidad hay que partir de la premisa de que el legislador ha dictado las normas de primer nivel con el objetivo de canalizar el comportamiento de los individuos. Para ello ha aludido en tales normas a diversas propiedades de las acciones que considera relevantes (algunas con efecto agravatorio y otras con efecto atenuatorio). En base a ello, puede establecerse el siguiente criterio de racionalidad: debe optarse por el concurso aparente cuando aplicando una única de las normas de primer nivel concurrentes se tomen en consideración todas las propiedades (de la acción o acciones realizadas) que el legislador ha considerado relevantes (10).

Por último, por adecuación de las *definiciones doctrinales de concurso de delitos a la justicia* entiendo que lleven a solucionar los casos en forma tal que se consigan, en la mejor medida posible, estados de cosas considerados valiosos. Dado que la importancia práctica del concurso de delitos se encuentra en la cantidad de pena que va a imponerse a un individuo, distinta según la especie concursal que se aplique, hay que preguntarse si las definiciones doctrinales llevan, por poner un principio que es aceptado por todas las concepciones liberales acerca de la justificación del derecho penal, a distinguir los casos en función de su gravedad.

Introducidas estas nociones de adecuación a la legalidad, a la racionalidad y a la justicia, podemos pasar a exponer este segundo requisito de adecuación material de las definiciones dogmáticas de las especies de concurso de delitos. Para ello parto de la premisa de que los criterios de adecuación a la legalidad, a la racionalidad, o a la justicia no llevan, necesariamente, a los mismos resultados. Ello obliga a establecer una jerarquía entre tales criterios.

El segundo requisito de adecuación material que propongo puede sintetizarse en lo siguiente: 1) al determinar las definiciones de concurso de delitos, la dogmática debe incorporar los elementos establecidos por el legislador en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel; 2) para completar las definiciones, distinguiendo las diversas especies de concurso de delitos, debe guiarse en criterios de racionalidad; 3) cuando los anteriores criterios sean insuficientes para precisar las definiciones debe recurrir a criterios de justicia.

La justificación de este segundo requisito de adecuación material de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos se fundamenta en una doctrina de la justicia que entiende que la actividad propositiva de la dogmática, en clave de *sententia ferenda*, debe estar su-

(10) Estos criterios de racionalidad que propugno han sido planteados y desarrollados por GIMBERNAT (1974: 284-285 y 1990: 430-441).

bordinada al objetivo, propio de la actividad judicial, de conseguir seguridad individual mediante la aplicación de la ley penal.

En efecto, en un estado democrático, considero que las cuestiones de justicia deben solucionarse, preferentemente, en el plano de la creación de la ley penal. En el plano de su aplicación se debe pretender, principalmente, que los ciudadanos puedan prever las sentencias judiciales, para lo cual ellas deben basarse en los criterios más seguros, que son los de adecuación a la legalidad y a la racionalidad. Dado que la dogmática cumple, mediante sus definiciones, una función auxiliar a la aplicación judicial de la ley, también debe proponer sus definiciones en atención a tales criterios.

Con esto no quiere decirse que el criterio de justicia deba ser, en la materia que nos ocupa, ajeno a la actividad dogmática. El recurso a los criterios de justicia resulta inevitable en muchos casos. Lo único que se establece, de acuerdo al requisito de adecuación material propuesto, es que antes de recurrir a criterios de justicia se haya descartado la posibilidad de concretar la definición de acuerdo a los criterios de legalidad y racionalidad (11).

A continuación procederé a examinar si la clasificación presentada por la dogmática penal española del concurso de delitos, en base a las definiciones de sus diversas especies, satisface los requisitos de adecuación formal y material expuestos.

3.2. Adecuación formal de la clasificación (distinción entre concurso aparente y concurso ideal)

La clasificación dogmática del concurso de delitos se realiza en base a las definiciones de las distintas especies. De tal manera para que la clasificación sea formalmente adecuada (reduciéndose al mínimo los casos de concurrencia que o bien encuentran acomodo en más de una especie o bien no encuentran acomodo en ninguna de ellas) se requiere que las definiciones de las distintas especies concursales sean precisas.

En lo que prosigue me voy a limitar a tratar la cuestión de si las definiciones dogmáticas proporcionan una clara distinción entre el concurso aparente y el concurso ideal. Como se dijo al exponer las definiciones de las especies de concurso de delitos, en el supuesto

(11) Sobre la función de la dogmática penal de contribuir a la seguridad en la aplicación de la ley penal, cfr. GIMBERNAT, 1971: 158-161. La opinión que expreso acerca de la doctrina de la justicia en que debe inspirarse las definiciones dogmáticas de concurso de delitos es generalizable a toda la actividad dogmática inspirada en criterios de *sententia ferenda*. Cfr. en un sentido en parte distinto la reciente contribución de SILVA (1992: 105-178), que no parece establecer relación de jerarquía entre las propuestas dogmáticas inspiradas en criterios de racionalidad respecto de aquellas inspiradas en criterios de justicia.

de una única acción (más adelante me interesaré por la definición dogmática de unidad de acción) que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma) son posibles únicamente dos especies concursales: concurso aparente y concurso ideal. Existirá concurso aparente cuando entre las normas de primer nivel concurrentes exista alguna de las siguientes relaciones: especialidad, alternatividad, subsidiariedad (expresa o tácita) o consunción. Existirá concurso ideal cuando entre las normas no exista ninguna de tales relaciones. De ello puede concluirse que la posibilidad de distinguir entre el concurso aparente y el ideal depende de la precisión con que estén formuladas las definiciones de especialidad, alternatividad, subsidiariedad y consunción.

Siguiendo a Klug (1956: 73-74), puede afirmarse que las especies de concurso aparente —y reduciendo el ámbito a los casos de unidad de acción— sólo son precisas cuando se formulan en atención a alguna de las siguientes directrices: la relación lógica existente entre los presupuestos de hecho de las normas concurrentes o la existencia de una norma específica de segundo nivel que determine cuál de las normas de primer nivel concurrentes debe ser aplicada. De acuerdo a la primera directriz se definen las especies de especialidad y de alternatividad. De acuerdo a la segunda se define la especie de la subsidiariedad expresa.

Para formular otras especies de concurso aparente la dogmática recurre a directrices un tanto imprecisas. Así, para definir la subsidiariedad tácita, se alude a que las normas describan diversas fases de ofensa a un mismo bien jurídico. No obstante, es en la definición de la consunción donde se alcanzan cotas mayores de imprecisión debido a la utilización de directrices como la frecuencia empírica de concurrencia simultánea de los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel y, sobre todo, la capacidad de una de las normas concurrentes de abarcar el desvalor de la acción realizada.

Comenzaré analizando las especies de concurso aparente definidas con claridad, para analizar posteriormente las definidas en forma imprecisa.

A) *Especies de concurso aparente en que la definición es precisa (especialidad, alternatividad y subsidiariedad expresa)*

De acuerdo a las definiciones dogmáticas, existe concurso aparente por *especialidad* cuando se dan los siguientes requisitos (cfr. Klug 1956: 60-61):

1. Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Entre las normas de primer nivel concurrentes existe relación lógica de subordinación.

Entre dos normas A y B existe relación de *subordinación* cuando todas las acciones subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma A son también subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma B, pero no es verdad lo inverso, existe alguna acción subsumible en el presupuesto de la norma B que no es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A. A, que es la norma subordinada, es especial respecto de B.

Y existe, de acuerdo a tales definiciones, concurso aparente por *alternatividad*, cuando se satisfacen los siguientes requisitos (cfr. Klug 1956: 60) (12):

1. Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Entre las normas de primer nivel concurrentes existe relación lógica de identidad

Entre dos normas A y B existe relación de *identidad* cuando todas las acciones subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma A lo son en el presupuesto de hecho de la norma B y también resulta cierto lo inverso.

Estas definiciones de concurso aparente por especialidad y *alternatividad* resultan precisas, ya que su elemento diferencial se encuentra en la existencia de una determinada relación entre los presupuestos de hecho de las normas concurrentes (*subordinación* o *identidad*) (13) que, como se advierte, es clara. El único problema para determinar los casos que satisfacen tales definiciones se encuentra en que los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel concurrentes estén definidos con precisión.

No obstante, la dogmática española considera como casos de *especialidad* y *alternatividad* algunos más de los que derivan de aplicar las anteriores definiciones. Ello es debido a dos motivos.

(12) La definición de la especie de la *alternatividad* no es, entre la dogmática penal, pacífica. Si la defino, como hace un sector doctrinal, requiriendo que exista entre los presupuestos de hecho de las normas concurrentes una relación de *identidad* es debido a que sólo entonces esta especie de concurso aparente es distinguible de las demás. Sobre este problema, cfr. KLUG, 1956: 66-68; SANZ, 1986: 126-127. Define la *alternatividad* en base a la *identidad*: GIMBERNAT, 1990: 437-438.

(13) En puridad, las relaciones lógicas (de *subordinación*, de *identidad*, u otras a las que se aludirá) no se dan entre normas, sino entre los presupuestos de hecho de las normas. No obstante, como lo que interesa, en el concurso de delitos, es la relación entre normas de primer nivel, consideramos que entre dos normas se da la relación lógica que existe entre sus presupuestos de hecho.

El primer motivo consiste en que la dogmática distingue diversas modalidades típicas dentro del presupuesto de hecho de las normas de primer nivel (14), planteando relaciones de especialidad o alternatividad no sólo entre presupuestos de hecho de las normas concurrentes, sino también entre el presupuesto de hecho de una norma y una modalidad típica de otra norma o entre modalidades típicas de dos normas.

Así, por ejemplo, se considera que hay relación de especialidad entre la modalidad de la violación usando fuerza o intimidación y las coacciones o amenazas, pese a que entre el presupuesto de hecho de la norma que castiga la violación y el presupuesto de hecho de la norma que castiga las coacciones o la que castiga las amenazas no hay relación de subordinación (pues una de las modalidades de la violación incluye supuestos en que hay consentimiento del sujeto pasivo).

El segundo motivo consiste en que toma en consideración el presupuesto de hecho de las normas (o alguna de sus modalidades típicas) conjuntamente con las circunstancias genéricas previstas en el código penal, en forma tal que la dogmática, o al menos un sector de ella, plantea relaciones de especialidad entre el presupuesto de hecho de una norma (o alguna de sus modalidades) al que se añade —formando un presupuesto de hecho menos extenso— la propiedad descrita en alguna de las circunstancias genéricas del código penal y el presupuesto de hecho de otra norma (o alguna de sus modalidades), al que eventualmente también pueden añadirse circunstancias (cfr. Gimbernat 1972: 285).

Así, por ejemplo, se afirma que el auxilio ejecutivo al suicidio con la circunstancia agravante de precio es especial respecto del asesinato realizado mediante precio, pese a que entre el presupuesto de hecho del auxilio ejecutivo al suicidio y el presupuesto de hecho de la modalidad del asesinato mediante precio no existe relación de subordinación (cfr. Gimbernat 1972: 285). O se señala que entre la modalidad del asesinato por precio y el homicidio con la circunstancia agravante de precio existe relación de alternatividad, pese a que entre el presupuesto de la norma que castiga el homicidio y el presupuesto de hecho de la norma que castiga el asesinato en su modalidad de precio no existe relación de identidad (cfr. Gimbernat 1990: 438, nota 32) (15).

(14) Por modalidades típicas entiendo subclases del presupuesto de hecho de una norma de primer nivel. Así, por ejemplo, en el art. 409 del c. p. se contienen dos normas de primer nivel: a) la que castiga el auxilio y la inducción al suicidio y b) la que castiga el auxilio ejecutivo al suicidio.

En el marco de la primera de tales normas puede, a su vez, distinguirse dos modalidades típicas, la relativa al auxilio (simple) al suicidio y la relativa a la inducción al suicidio.

(15) En un reciente artículo, GIMBERNAT (1992: 837-839 y *passim*) propone

Hay que preguntarse si mediante estas nuevas directrices para establecer relaciones de especialidad y alternatividad se mantiene la precisión en la definición de estas dos especies de concurso aparente.

A mi juicio, la precisión en las definiciones no resulta afectada si se delimitan claramente las directrices para distinguir entre modalidades típicas y si se indican cuáles son las circunstancias que han de considerarse conjuntamente a los presupuestos de hecho (o modalidades típicas) de las normas de primer nivel.

La única directriz clara para establecer las modalidades típicas consiste en atender a las distinciones a las que expresamente ha aludido el legislador al delimitar el presupuesto de hecho de una norma de primer nivel. Por lo que concierne a las circunstancias, parece que hay que considerar todas aquellas circunstancias genéricas que, respetando el art. 59 del c. p., son compatibles con los presupuestos de hecho de una norma de primer nivel.

Dado que en el seno de la dogmática española, los autores que han planteado esta ampliación de las relaciones de especialidad y alternatividad han asumido tales directrices, puede concluirse que tanto la definición estricta de especialidad y alternatividad como la de carácter amplio satisfacen la exigencia de precisión necesaria para la adecuación formal (16).

Por lo que se refiere a la *subsidiariedad expresa*, la definición dogmática incluye los siguientes requisitos:

una interpretación del tipo del homicidio que lleva a eliminar la posibilidad de concurrencia con otros delitos contra la vida. Argumenta GIMBERNAT que en el presupuesto de hecho del homicidio no puede estar incluido la muerte, por ejemplo, del ascendiente, descendiente o cónyuge porque la pena del homicidio es menor que la del parricidio.

Sin entrar en la polémica que mantiene GIMBERNAT con PEÑARANDA a propósito, entre otras cosas, del carácter objetivo o personal del concurso de delitos, de cara a determinar la responsabilidad del partícipe, sí quiero señalar que no me parece posible interpretar el tipo del homicidio en la forma en que lo hace GIMBERNAT y que me manifiesto de acuerdo con la opinión manifestada por el propio GIMBERNAT en anteriores artículos (1972: 284; 1990: 437, nota 31 y 438, nota 32) en el sentido de que el homicidio está en relación de especialidad con el resto de delitos contra la vida y que tal relación concursal deriva de las relaciones entre sus presupuestos de hecho, siendo independiente de la consecuencia jurídica.

(16) La definición de carácter amplio, por ejemplo, de especialidad tendría los siguientes requisitos:

1. Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. (Suponiendo dos normas A y B). Entre los presupuestos de hecho de A o alguna de sus modalidades típicas en que la acción resulta subsumible conjuntamente o no a alguna circunstancia genérica (en que la acción resulta subsumible) y los presupuestos de hecho de B o alguna de sus modalidades típicas en que la acción resulta subsumible conjuntamente o no a alguna circunstancia genérica (en que la acción resulta subsumible) existe relación de subordinación.

1. Existe una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar las normas.
3. Existe una norma —una norma específica de segundo nivel— que determina que sólo una —y cuál de ellas— de las normas de primer nivel sea aplicada.

La claridad de esta definición dogmática resulta indudable, ya que requiere que sea el propio legislador quien se haya planteado la concurrencia de normas de primer nivel y resuelto en un sentido determinado esta concurrencia (17).

B) *Especies de concurso aparente en que la definición no es precisa (subsidiariedad tácita y consunción)*

Las definiciones dogmáticas de subsidiariedad tácita y de consunción, en el caso de unidad de acción, se refieren a casos en que la relación lógica entre las normas concurrentes es de *interferencia* (cfr. Klug 1956: 61):

- Entre dos normas, A y B, se da relación de interferencia cuando:
- a) existe por lo menos una acción subsumible en el presupuesto de hecho de ambas normas, b) existe por lo menos una acción que es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A pero no en el de la norma B y c) existe por lo menos una acción que es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B y no en el de A (18).

Estas definiciones suelen ser análogas a las que prosiguen:

Subsidiariedad tácita (cfr. Jescheck 1978: 1036):

1. Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos normas de primer nivel interferentes.

(17) Algunos autores plantean como supuestos de concurso aparente por subsidiariedad expresa otros casos en que, en realidad, no hay concurrencia de normas de primer nivel (cfr. SANZ, 1986: 123).

Así, por ejemplo, se afirma, en relación al art. 131 del c. p., que esta norma es subsidiaria del resto de las normas de primer nivel contenidas en el capítulo en el que se encuentra incluida. En verdad, en cambio, el legislador ha redactado el 131 incluyendo, como elemento negativo, que el hecho no sea subsumible en el presupuesto de hecho de alguna de las otras normas referidas, por lo cual no es posible que la norma del art. 131 del c. p. sea aplicable conjuntamente a otra de las normas de ese capítulo.

(18) En los supuestos de consunción (quizá posibles) basados en la existencia de una acción que resulta subsumible más de una vez en el presupuesto de hecho de una única norma, esta relación de interferencia deberá existir entre las subclases de acciones que configuren el presupuesto de hecho de la referida norma.

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Suponiendo dos normas, A y B, resulta ser cierto que ambas normas describen en sus presupuestos de hecho distintas secuencias naturales de ofensa a un determinado bien (la norma que describe la fase menos intensa es subsidiaria y la norma que describe la fase más avanzada es principal).

Consumción:

1. Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel interferentes (o más de una vez en una misma norma).

2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.

3. Suponiendo dos normas, A y B, resulta ser cierto que frecuentemente cuando existe una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A también esta acción es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B.

4. Resulta ser cierto que aplicando exclusivamente la norma A se colma el desvalor de una determinada acción subsumible en ambas normas (la norma A es la norma que consume y la norma B la consumida).

Pasemos a examinar las razones por las cuales estas definiciones, en particular la correspondiente a la consumción (19), adolecen de falta de precisión y, por ello, comportan problemas para poder distinguir entre el concurso aparente y el ideal.

La definición de *subsidiariedad tácita*, en los casos de unidad de acción, tiene como elemento diferencial que las normas de primer nivel concurrentes describen distintas fases de ofensa a un determinado bien.

No nos encontramos ante casos en que necesariamente para realizar la fase más avanzada debe pasarse por la anterior, pues de ser así la relación entre las normas sería de especialidad. Un ejemplo de ello puede ser la relación entre la norma que castiga el homicidio y la que castiga en general las lesiones (420 c. p.); como que para matar parece necesario lesionar resulta que la norma que castiga el homicidio puede considerarse especial respecto de aquélla que castiga las lesiones.

(19) Algunos autores (cfr. KLUG, 1956: 65) prescinden de una de las especies de concurso aparente, consumción o subsidiariedad, por considerar que no existen diferencias significativas entre ellas. Quizá la subsidiariedad no sea más que una especie de consumción más precisada y en la que, por ello, resulta más evidente (hasta el punto de que en casos de unidad de acción no se incluye tal requisito) que con la aplicación de una de las normas de primer nivel concurrentes se colma el desvalor de la acción o acciones realizadas.

La dogmática suele considerar como casos de subsidiariedad tácita aquellos en que nos encontramos ante dos normas, una de ellas describe la puesta en peligro y otra describe la lesión de un determinado bien, y una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de ambas normas. Piénsese en el caso de quien, en unidad de acción, realiza un acto preparatorio punible y lesiona el bien (20).

El problema de este criterio de concurso aparente se encuentra en que introduce en la definición la noción «bien jurídico», que carece de un uso uniforme por parte de la doctrina. Concretamente, resulta que en los casos en que más claramente parecería aplicable este especie de concurso aparente —aquellos en los que existe una acción subsumible en el presupuesto de hecho de una norma que describe uno de los llamados delitos de riesgo y que, a su vez, resulta subsumible en una norma que describe la lesión imprudente de los bienes—, su aplicación resulta dudosa por la discusión de la dogmática acerca de si lo protegido en los delitos de riesgo son bienes individuales o bienes colectivos.

La especie de *consunción* aún plantea mayores problemas de precisión. El segundo de sus elementos alude a una relación de frecuencia empírica —por la cual es probable que dándose la descripción A también se dé la descripción B— que adolece de vaguedad.

Pero muchos mayores problemas plantea el tercer elemento dogmático de la consunción, el cual requiere que aplicando exclusivamente una de las normas concurrentes se comprenda el desvalor de la acción realizada. Seguramente con ello la dogmática quiere aludir a una directriz de suficiencia punitiva, bastando una de las normas para castigar la acción realizada.

Pero esta directriz no aporta, por sí misma, precisión a la definición de consunción, pues para decidir si la acción realizada queda suficientemente castigada con la exclusiva aplicación de una de las normas o, por el contrario, requiere la consideración de las diversas normas concurrentes, el dogmático, o el juez, necesita realizar algún juicio de valor.

En conclusión, la adecuación formal de la clasificación dogmática de concurso de delitos, en lo que se refiere a la distinción entre el concurso aparente y el ideal, es deficiente.

Pese a que algunas especies de concurso aparente cumplen con esta exigencia de precisión (especialidad, alternatividad y subsidia-

(20) Suele señalarse también como supuesto de subsidiariedad el de la tentativa o frustración con la consumación, pero existe el problema de que las normas que castigan la tentativa y la frustración son heterogéneas con las que castigan la consumación (entre dos normas, A y B, existe relación de heterogeneidad cuando no existe ninguna acción que sea subsumible en el presupuesto de hecho de ambas normas), por lo cual, en unidad de acción, no es posible que las normas que castigan la tentativa y frustración sean aplicables conjuntamente con las que castigan el delito que se quiere consumir (cfr. en tal sentido MIR, 1990: 739, nota 50).

riedad expresa) existen otras que, por el recurso en las definiciones a conceptos que son utilizados ambiguamente por la dogmática (subsidiariedad tácita) o a conceptos vagos o incluso valorativos (conunción) dejan en una zona de penumbra la calificación de bastantes casos como de concurso aparente o ideal.

Posiblemente la voluntad de adecuación formal ha originado opiniones doctrinales partidarias de prescindir de las especies de concurso aparente más imprecisas (21) pero antes de pronunciarse sobre ello se requiere analizar las definiciones dogmáticas desde el punto de vista de su adecuación material.

3.3. Adecuación material de la clasificación

Los requisitos que he planteado de adecuación material de la clasificación dogmática de concurso de delitos son dos: a) que sirva para aplicar las normas de segundo nivel del código penal y b) que la aplicación que origine de las normas de segundo nivel respete determinados criterios de legalidad, racionalidad y justicia. La satisfacción del primer requisito de adecuación material está condicionada exclusivamente a la adecuación formal de la clasificación, aspecto que acabamos de tratar. Interesa, por tanto, referirse a este segundo requisito de adecuación material de la clasificación.

Anteriormente, he justificado una concreción de este segundo requisito de adecuación material en los siguientes elementos: (1) al determinar las definiciones de concurso de delitos, la dogmática debe incorporar los elementos establecidos por el legislador en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel; (2) para completar las definiciones, distinguiendo las diversas especies de concurso de delitos, debe guiarse en criterios de racionalidad; (3) cuando los anteriores criterios sean insuficientes para precisar las definiciones debe recurrir a criterios de justicia.

En lo que prosigue voy a intentar verificar si la dogmática española, al definir las especies de concurso de delitos, se adapta o no a tal requisito. En relación a ello, me limitaré a analizar dos cuestiones.

En primer lugar examinaré si la dogmática al distinguir, del conjunto de especies concursales que obligan a aplicar las diversas normas de primer nivel concurrentes, entre el concurso ideal y el resto de especies concursales (concurso medial, delito continuado y concurso real) realiza definiciones adecuadas al criterio de legalidad, dado que el legislador ha establecido como criterio distintivo que exista unidad o pluralidad de acciones.

(21) En el seno de la doctrina italiana sustenta esta opinión ANTOLISEI 1955: 246-261.

En segundo lugar, constataré si la distinción que realiza la dogmática entre especies concursales que llevan a la aplicación de una única norma de primer nivel (concurso aparente) de aquellas cuya consecuencia es la aplicación de varias normas (el resto de especies concursales) reposa, como debería, dado que el legislador se ha abstenido de determinar los elementos distintivos, en criterios de racionalidad.

3.3.1. Distinción entre el concurso ideal y el resto de especies concursales que suponen aplicación de varias normas

Las definiciones de las especies de concurso de delitos que se dan en el seno de la dogmática española establecen que la unidad de acción es el elemento relevante para distinguir entre el concurso ideal de delitos (que requiere unidad de acción) y el concurso medial, delito continuado y concurso real (que requieren pluralidad de acciones).

Con ello la dogmática española asume una distinción establecida por el propio legislador en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel. Resulta, en efecto, que el legislador ha aludido expresamente a la unidad de acción al establecer el presupuesto de hecho de lo que dogmáticamente se conoce como concurso ideal (art. 71, primer párrafo, primera parte de la disyunción) y ha aludido a la pluralidad de acciones al establecer el presupuesto de hecho del concurso medial (art. 71, primer párrafo, segunda parte de la disyunción) y del delito continuado (art. 69 bis). En cuanto al concurso real, parece que la única manera de compatibilizar el ámbito de aplicación del artículo 71 con el del artículo 70 es exigir pluralidad de acciones como requisito de esta especie concursal (22).

De tal manera, la dogmática respeta el requisito de adecuación material expuesto, cuya primera exigencia requiere que cuando el legislador haya establecido algún elemento en el presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel, éste forme parte de la definición dogmática del presupuesto de hecho de tales normas.

No obstante, y aquí está la cuestión que se pretende analizar, para que las definiciones de las especies concursales que incorporan este elemento de la unidad o pluralidad de acción satisfagan esta exigencia de adaptación a criterios de legalidad, se requiere, a su vez, que las definiciones de las expresiones que manifiestan unidad de acción (una acción) o pluralidad de acción (varias acciones) se correspondan

(22) La única duda que quizá deje el código es si también se aplica la disposición del art. 71 a los casos regulados por el art. 69, en el que las penas que prescriben las diversas normas de primer nivel aplicables son posibles de cumplimiento simultáneo.

con el uso que en el lenguaje natural tienen tales expresiones, o expresiones sinónimas, aunque teniendo en cuenta el contexto en que ellas aparecen, el código penal.

En la dogmática se enfrentan dos teorías para determinar el concepto de unidad de acción: la teoría de la unidad natural y la teoría de la unidad jurídica. Antes de pasar a exponer y analizar tales teorías resulta útil hacer mención a la discusión filosófica sobre esta cuestión, que es paralela a la que se da en el seno de la dogmática.

Como señala Nino (1987: 45-65), haciendo un balance de la discusión relativa a los instrumentos para individualizar acciones, para abordar tal problema debe partirse de la distinción entre acciones individuales y descripción de acciones. En el mundo existen únicamente acciones individuales, pero es sólo gracias a que en el lenguaje disponemos de descripciones (expresión sinónima a acciones genéricas o clases de acciones) como podemos identificar secuencias espacio-temporales de la actividad humana como determinada acción. Al tener la expresión «matar» podemos referirnos a una secuencia de la actividad de un individuo como una acción de matar. De ello puede concluirse que la identificación de acciones es relativa a ciertas descripciones.

A partir de ello, la polémica principal se da entre defensores y adversarios de la tesis de la identidad. Para los primeros existe una única acción cuando las diversas descripciones se realizan con los mismos movimientos corporales. Para los segundos, existen tantas acciones cuantas descripciones, que aludan a diversas propiedades de una secuencia de la actividad humana, puedan realizarse.

Las dos teorías que se enfrentan en la dogmática se distinguen, justamente, por aceptar o rechazar la tesis de la identidad. La teoría de la unidad natural parece aceptar tal tesis, ya que considera que pese a que una secuencia de la actividad humana realice diversos tipos penales, existirá unidad de acción si ello se consigue con una única manifestación de voluntad (Antón, 1949: 489). La teoría de la unidad jurídica defiende, en cambio, que, por lo menos en algunos casos, el número de acciones depende del número de tipos realizados, con independencia de que se realicen con los mismos movimientos corporales (Mir, 1990: 720-723).

Pasemos a analizar cuál de estas teorías, puede considerarse más respetuosa del criterio de adecuación a la legalidad por basar su distinción entre la unidad y la pluralidad de acciones en los usos del lenguaje natural.

Comenzando por la teoría de la unidad jurídica, cabe decir que una versión radical de ella, que no creo que nadie defienda, por la cual existan tantas acciones cuantos tipos realizados, es indiscutiblemente incompatible con las opciones de legislador; el cual ha regulado en el artículo 71, primera parte, la situación en la que una única acción realiza diversas descripciones típicas (cfr. Antón, 1949: 489).

Un sector de la dogmática española ha defendido una versión más débil de la teoría de la unidad jurídica (Mir 1990: 720-723). De acuerdo a ella, cuando existen tipos que hacen referencia a un único resultado (por ejemplo, el tipo del homicidio, que describe la situación de matar a otro), el número de acciones es equivalente al número de resultados típicos producidos. La tesis se apoya en que el código penal no alude, en las normas de segundo nivel, a la expresión «acción», sino a la expresión «hecho» y, para estos autores, un hecho no puede incluir varios resultados, mientras que, queda implícito, una acción sí puede incluirlos.

Esta versión de la teoría de la unidad jurídica es susceptible, a mi juicio, de la siguiente objeción. Es cierto que el código penal no alude en las normas de segundo nivel a la expresión «acción», sino a la expresión «hecho» pero, a mi entender, estas expresiones, en el contexto de un código penal, son sinónimas.

Cabe poner, como demostración, un ejemplo aludido por defensores de la teoría objetada, relativo a la descripción de matar. En primer lugar, tanto con la utilización de la expresión «acción de matar» como de la expresión «hecho de matar», se hace referencia a la existencia de una secuencia de la actividad humana que ha producido algún resultado de muerte, es decir, en ambos casos las descripciones incluyen el resultado de muerte. En segundo lugar, no parece refutable que los resultados a los que se puede hacer referencia con ambas expresiones pueden ser uno o varios, pues para aludir, por ejemplo, al caso de quien puso una bomba en un local y como consecuencia de la explosión produjo la muerte de varias personas, nos sirve igual la expresión, la «acción de X de matar a varias personas» como la expresión «el hecho realizado por X de matar a varias personas» (23).

En conclusión, siendo sinónimas, en el contexto de un código penal, las expresiones «hecho» y «acción», las conclusiones que se extraen a favor de la teoría de la unidad jurídica son infundadas.

La *teoría de la unidad natural* comparte la tesis de la identidad, pues considera que hay unidad de acción si determinada secuencia de la actividad humana admite diversas descripciones pero todas las descripciones se realizan con idénticos movimientos corporales. Así, si un individuo obliga con fuerza a otro a realizar el coito y, con la violencia, le produce lesiones, estamos ante una parcela de la actividad humana que realiza dos descripciones (violación y lesiones), pero que supone sólo una acción, ya que ambas se han realizado con los mismos movimientos corporales (24).

(23) Es obvio que, fuera del contexto de un código penal, la noción de hecho es más extensa que la de acción, ya que la primera incluye eventos producidos por causas naturales.

(24) Entre los autores que defienden la teoría de la unidad natural, se produce la polémica acerca de si debe existir identidad total entre los movimientos corporales

A mi juicio, la teoría de la unidad natural resulta más correspondiente al uso del de los términos «hecho» o «acción» (o voces sinónimas) en el lenguaje natural. No obstante, quizá pueda estarse de acuerdo en que el lenguaje natural permite una noción de unidad de acción un tanto más amplia que la que postula la teoría de la unidad natural.

De acuerdo a esta noción, para que exista unidad de acción se requerirían dos elementos:

1. Una secuencia de movimientos corporales (incluyendo la ausencia de ellos) dentro de un mismo marco espacio-temporal.
2. Esta secuencia admite una descripción mediante una única clase natural de acciones (basada en las expresiones verbales de una determinada lengua) que recoge las propiedades que toman en consideración otras posibles descripciones de la acción.

Quizá así pueda solucionarse el caso planteado por Gimbernat de quien, con voluntad de matar, realiza dos disparos alevosos fallidos y, sin solución de continuidad, realiza, en forma no alevosa, un tercer disparo que produce la muerte (Gimbernat 1967: 266 y ss.) Si se advierte bien, de acuerdo a la concepción antes expuesta de la unidad natural, parecería que debería llegarse a la tesis de que existe pluralidad de acciones, pues las dos descripciones que se barajan (asesinato frustrado y homicidio consumado) se han realizado con movimientos corporales distintos (los dos primeros disparos y el tercer disparo, respectivamente). En cambio, para llegar a la tesis de la unidad de acción, que defiende Gimbernat, se requiere acoger una teoría, como la ahora presentada, que amplía esta noción de unidad de acción. Pues, en efecto, en tal caso nos encontraríamos ante una secuencia de movimientos corporales sin solución de continuidad (los diversos disparos) que pueden ser descritos con la clase natural de acciones referida mediante el verbo «matar».

Con esto quizá pueda concluirse que en aquellos supuestos en que los términos usados por el legislador admitan, por su uso en el lenguaje natural, definiciones distintas, que dejan algunos casos dudosos, no habrá más remedio, para solucionarlos, que recurrir a los criterios siguientes de adecuación material y, principalmente, a criterios de justicia.

que satisfacen las diversas descripciones o si es suficiente con la identidad parcial. Cfr. sobre esta cuestión VIVES, 1981: 17, y SANZ, 1986: 212-214.

3.3.2. Distinción entre el concurso aparente y las otras especies concursales

La distinción entre el concurso aparente y las otras especies concursales es una de las cuestiones de más importancia práctica del concurso de delitos, pues de ella depende que al individuo se le aplique exclusivamente una norma o se le apliquen, aunque con distintos efectos, las varias normas de primer nivel concurrentes.

En las normas de segundo nivel, el legislador no ha procedido a establecer elementos de distinción entre el presupuesto de hecho de aquella norma cuya consecuencia es la aplicación de una única de las normas de primer nivel concurrentes (el art. 68) respecto del resto de normas de segundo nivel, cuya consecuencia es la aplicación de las diversas normas de primer nivel concurrentes.

La dogmática ha procedido a plantear tal distinción a través de la definición de las diversas especies de concurso aparente.

A continuación debe examinarse si las definiciones dogmáticas de las especies de concurso aparente se adecuan al segundo requisito de adecuación material asumido, que requiere que tales definiciones se basen en criterios de racionalidad, propugnando concurso aparente en los casos en que lo racional es aplicar exclusivamente una de las varias normas de primer nivel concurrentes.

Dejo para más adelante el análisis de la propuesta de la dogmática de que la norma de primer nivel aplicada en tales casos no sea necesariamente la que castigue más gravemente la acción o acciones, como establece la norma de segundo nivel contenida en el art. 68, sino que los jueces se guíen por una norma (implícita) de segundo nivel, que exige la aplicación de la norma especial o la principal o la consumidora o alguna de las alternativas.

A) *Criterios de racionalidad en que deben basarse las definiciones dogmáticas de concurso aparente*

En el seno de la dogmática española se han desarrollado criterios de racionalidad, que resultan convincentes, para solucionar los casos en que lo que está en juego es la aplicación de una o de varias normas de primer nivel (cfr. principalmente Gimbernat, 1974: 284-285 y 1990: 436; Peñaranda, 1991: 53, nota 33).

Tales criterios de racionalidad parten de la premisa de que el legislador, con las normas de primer nivel, pretende motivar comportamientos de las personas.

El legislador lleva a cabo su objetivo de canalizar el comportamiento humano mediante unas descripciones, a las que asocia consecuencias jurídicas, relativas a la imposición o no imposición de pena, o al aumento o disminución de ella, en las que alude a diversas propiedades de las acciones. Para saber las propiedades de las ac-

ciones que el legislador considera relevantes hay que tomar en consideración el conjunto de normas de un sistema.

Una vez obtenido el catálogo de las propiedades relevantes puede procederse a aplicar el siguiente criterio de racionalidad: si aplicando exclusivamente una norma de primer nivel se toman en consideración todas las propiedades de la acción (o acciones) a las que el legislador ha dado relevancia, parece que, entonces para motivar, en la forma en que el legislador quiere, tal comportamiento, se requiere la aplicación exclusiva de una norma. En cambio, cuando con la consideración exclusiva de una de las normas de primer nivel aplicables, se dejan de considerar propiedades de la acción a las que el legislador ha dado relevancia en alguna otra norma de primer nivel aplicable, entonces son varias las normas a aplicar, pues si sólo una fuera aplicada, no se motivaría, en un sentido en que el legislador quiere, el comportamiento humano.

De acuerdo a tal premisa pueden establecerse los siguientes dos principios, de carácter complementario, para determinar el número de normas de primer nivel que deben aplicarse:

a) El *principio de vigencia*, que requiere que la norma o normas que se apliquen tomen en consideración todas las propiedades, de la acción o acciones, que el legislador ha considerado relevantes.

b) El *principio de ne bis in idem*, que prohíbe que se apliquen dos o más normas de primer nivel si ellas describen la misma propiedad de la acción considerada.

B) *Análisis de si las definiciones dogmáticas de concurso aparente se basan en tales criterios de racionalidad*

A mi juicio, las definiciones de concurso aparente inspiradas en tales criterios de racionalidad son las relativas a las especies de especialidad y alternatividad. La definición de subsidiariedad tácita, en referencia a casos de unidad de acción, tiene cierta relación con tales criterios (25). Más alejados de tales criterios aparecen el resto de supuestos de subsidiariedad tácita y los de consunción, que son semejantes. A continuación expondré, distinguiendo entre las diversas especies de concurso aparente, las razones que sustentan tal afirmación.

(25) En los casos de subsidiariedad expresa, la propuesta de la dogmática de que se aplique una de las normas no está inspirada en criterios de racionalidad, sino de legalidad, ya que el legislador ha establecido una norma específica de segundo nivel, con clara determinación de su presupuesto de hecho.

a) Especialidad

En los casos de especialidad la aplicación exclusiva de una de las normas reposa sobre los principios de racionalidad expuestos.

De acuerdo al principio de vigencia, tanto la norma general como la especial deben ser, salvo que sea de aplicación el otro principio, aplicadas, pues ambas describen propiedades de la acción considerada. Pero de acuerdo al principio de *ne bis in idem*, debe excluirse una de las normas, pues existe una propiedad de la acción que ambas consideran. Adviértase —y esta es una cuestión a la que aludiré en el epígrafe posterior— que si la norma excluida fuera la especial, el principio de vigencia no sería respetado, pues existe una propiedad relevante de la acción (aquella que sólo la norma especial considera) que ha dejado de considerarse.

Como se dijo al tratar de la adecuación formal de la clasificación, la dogmática extiende las relaciones de especialidad como consecuencia de dos motivos. En primer lugar, por establecer relaciones de especialidad no sólo en atención a los presupuestos de hecho de las normas en su conjunto, sino también en base a las distintas modalidades típicas que puedan distinguirse, en su caso, en tales presupuestos de hecho. En segundo lugar, por agregar a los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel, o a sus modalidades típicas, las circunstancias genéricas previstas en el código penal.

Ya vimos que tal extensión no alteraba la precisión de la definición (que era requisito de la adecuación formal). Interesa ahora examinar si tal extensión responde o no a los criterios de racionalidad expuestos.

En relación a la primera cuestión, la consideración de las relaciones de especialidad en atención no sólo a los presupuestos de hecho de las normas sino también en base a las modalidades típicas que puedan distinguirse en tales presupuestos de hecho, resulta, a mi juicio, acorde con los anteriores principios de racionalidad, ya que es mediante la descripción de propiedades como el legislador muestra los comportamientos sobre los que quiere influir y ello no viene alterado por el hecho de que, atendiendo a razones de economía legislativa o de otro orden, haya asociado como presupuesto de hecho de una norma dos o más propiedades de las acciones.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a la consideración de las circunstancias genéricas previstas en el código penal junto a los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel para formar nuevas relaciones de especialidad, hay que partir de la premisa del sentido que tienen en el código penal tales circunstancias. El legislador no ha optado, salvo en determinados casos, por distinguir cada uno de los presupuestos de hecho de las normas de primer nivel *penales* con el conjunto de propiedades añadidas que considera relevantes, sino que ha establecido un catálogo general de circunstancias que son de aplicación, salvo por razones legales, a todos los

casos en que una acción punible realiza la propiedad descrita en la circunstancia. Esta opción, seguramente inspirada en una razón de economía legislativa, autoriza, a mi juicio, a que la dogmática considere, para plantear relaciones de especialidad, los presupuestos de hecho, o, en su caso, modalidades típicas de tales presupuestos, conjuntamente a las propiedades de las circunstancias presentes en el caso y previstas, con carácter general, por el legislador.

Como ha sido puesto en evidencia (cfr. Gimbernat 1974: 284-285), si no se toman en consideración las circunstancias para construir relaciones de especialidad, no hay forma de llegar a soluciones acordes con los principios de racionalidad anteriormente expuestos. Si para el supuesto, aludido por Gimbernat, de quien produce la muerte de otro con consentimiento del sujeto pasivo y mediando precio, no se admite una situación de especialidad entre las calificaciones de Auxilio ejecutivo al suicidio + precio (norma especial) y asesinato mediante precio (norma general) no podrá llegarse a la única solución racional, aplicar exclusivamente la norma que castiga el auxilio ejecutivo con la circunstancia agravante de precio. Esta es la única solución racional, porque sólo ella respeta el principio de vigencia, al tomar en consideración todas las propiedades del caso que el legislador ha considerado relevantes y el de *ne bis in idem*, al no considerar dos veces ninguna de las propiedades de la acción relevantes.

b) Alternatividad

Raramente existirá en el código penal un supuesto de dos normas idénticas, pero la dogmática ha planteado relaciones de alternatividad considerando las circunstancias genéricas del código penal.

Sobre la racionalidad de considerar las circunstancias para construir relaciones de alternatividad valen los mismos argumentos expuestos en relación a la especialidad. Admitido lo anterior, resulta obvio que si una acción tiene dos calificaciones posibles y ambas recogen todas las propiedades consideradas relevantes por el legislador, el principio de vigencia se satisface aplicando cualquiera de las dos normas de primer nivel (+ circunstancia) y el principio de *ne bis in idem* obliga a aplicar exclusivamente una de las normas.

En relación al caso, tan discutido en los últimos años, de la muerte de un pariente producida con alguna de las circunstancias del asesinato (cfr. Gimbernat 1990: 430-441), nos encontramos con dos calificaciones idénticas (asesinato con circunstancia de parentesco y parricidio con circunstancia genérica) (26). El principio de vigencia

(26) Podría argumentarse, como crítica a tal solución, que las calificaciones no son idénticas, ya que es más extensa la circunstancia genérica de parentesco que el concepto de pariente del 405 del c. p. No obstante, en favor de la tesis de la alterna-

viene satisfecho con cualquiera de las dos calificaciones y el principio de *ne bis in idem* obliga a descartar la aplicación de una de las dos posibilidades.

Optar en tales casos por el concurso ideal, como propone un sector de la doctrina (cfr. Bustos 1991: 31; Mir 1988: 987 y ss), es proponer una solución que no respeta el principio de racionalidad del *ne bis in idem*, ya que considera dos veces el elemento de matar a otro (cfr. Gimbernat, 1990: 433).

c) Subsidiariedad tácita

Anteriormente se presentó una definición de subsidiariedad tácita que se limitaba a los casos de unidad de acción. La definición general de subsidiariedad tácita presentada por la dogmática suele aludir a los siguientes requisitos (distingo entre casos de unidad o de pluralidad de acciones, 2 acciones para simplificar):

1. a) Un individuo realiza una acción que resulta subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel interferentes o b) un individuo realiza dos acciones que resultan subsumibles en el presupuesto de hecho de dos normas de primer nivel.
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Suponiendo dos normas, A y B, a) resulta ser cierto que ambas normas describen en sus presupuestos de hecho distintas secuencias naturales de ofensa a un determinado bien; b) resulta ser cierto que ambas normas describen en su presupuesto de hecho distintas formas de ofensa a un mismo bien y también resulta ser cierto que cuando se produce una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A es frecuente que se realice otra acción de ofensa al mismo bien subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B.
4. b) Aplicando exclusivamente la norma A se colma el desvalor de las acciones realizadas.

La definición dogmática de subsidiariedad tácita para los casos de pluralidad de acción es, como veremos más adelante, una mera especialidad respecto de la definición de consunción. Por tal razón, el análisis de si la dogmática se inspira en criterios de racionalidad para formularla, será realizado conjuntamente con la consunción.

tividad (que, por otra parte, resulta la única racional) está el que podría distinguirse en la circunstancia de parentesco dos situaciones, aquellas que coinciden con los parientes del 405 y aquellas que no y formar una relación de alternatividad tomando en consideración: asesinato + circunstancia de parentesco (incluyendo los casos de cónyuge, ascendiente y descendiente) y parricidio + circunstancia genérica calificatoria de asesinato.

Por lo que se refiere a los casos de unidad de acción, existe algún caso resuelto por la dogmática con los criterios de racionalidad expuestos. Me refiero a aquel en que existe una acción que resulta subsumible en un tipo que describe la puesta en peligro de determinado bien y, además, tal acción resulta subsumible en otro tipo que describe la lesión de algún bien producida en forma imprudente.

Un ejemplo podría ser el caso del empresario que hace que sus trabajadores realicen su actividad en condiciones en que es previsible que se produzcan resultados lesivos y, en efecto, tal resultado lesivo se produce en una ocasión. Nos podemos encontrar ante dos normas aplicables: 348 bis a y uno de los tipos generales de imprudencia (en relación a un tipo de lesión). Los tipos generales de imprudencia son de aplicación, principalmente, en casos en que se realiza un comportamiento que produce un riesgo para un bien, el cual se materializa en la lesión del bien. Los tipos de riesgo (como el 348 bis a) describen comportamientos que producen un riesgo, sin exigir que se produzca el resultado lesivo. Parece que si se aplican las dos normas que describen los tipos, se valora doblemente el riesgo producido para determinado bien jurídico, infringiéndose el principio de *ne bis in idem*. Quizá sea esta la razón por la cual la doctrina suele considerar que los delitos de peligro concreto son subsidiarios de los delitos de lesión.

No obstante, si en el supuesto de subsidiariedad la doctrina se inspira en este criterio de racionalidad de *ne bis in idem*, no se ve la razón por la cual se afirma que esta relación de subsidiariedad se da entre delitos de puesta en peligro concreto y delitos de lesión, pero no entre delitos de peligro abstracto y delitos de lesión. De acuerdo al principio del *ne bis in idem*, parece que el resultado debería ser el mismo.

Como se decía, en los casos de pluralidad de acción, los criterios en los que se inspira la doctrina para plantear un concurso aparente por subsidiariedad tácita son semejantes a los que acoge para plantear la consunción.

d) Consunción

La dogmática plantea su definición de consunción (y todo lo que diga a continuación vale también para la definición de subsidiariedad tácita en el caso de pluralidad de acciones) con un cierto alejamiento de los criterios de racionalidad expuestos.

Antes de pasar a exponer las razones de esta afirmación conviene presentar una definición de consunción, que recoja los elementos planteados por la dogmática (distingo en cada elemento si se trata de supuesto de unidad o de pluralidad de acciones (dos acciones, para simplificar):

1. a) Un individuo realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel interferentes (o más de una vez en una misma norma) o b) un individuo realiza dos acciones subsumibles en el presupuesto de hecho de dos o más normas de primer nivel (o más de una vez en una misma norma).
2. Se cumplen los requisitos de punibilidad para aplicar tales normas.
3. Suponiendo dos normas, A y B, a) Resulta ser cierto que frecuentemente cuando una acción es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A también es subsumible en el presupuesto de hecho de la norma B; b) Resulta ser cierto que frecuentemente cuando se realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma A, también se realiza una acción subsumible en el presupuesto de hecho de la norma.
4. Aplicando exclusivamente la norma A, se colma el desvalor de la acción o acciones realizadas.

En base a tales definiciones, la dogmática suele considerar los siguientes como casos de consunción. Se dice, en relación a un caso de unidad de acción, que los delitos contra la vida consumen los daños materiales en el vestido de la víctima o, quizá, en su automóvil. Y, en supuestos de varias acciones, más discutidos, que la estafa consume la anterior falsificación de documento para conseguir el engaño o que el infanticidio consume la posterior inhumación ilegal del cadáver del recién nacido (cfr. Muñoz Conde, 1993: 284 y 485).

Comenzando por los casos de unidad de acción, ya hay una cuestión que, de entrada, advierte que la dogmática no se orienta aquí por los criterios de racionalidad expuestos. Al ser la relación entre las normas concurrentes de interferencia, está claro que aplicando exclusivamente una de las normas, no se tomarán en consideración las propiedades que el legislador ha considerado relevantes. Así, en el ejemplo expuesto, al aplicar exclusivamente el delito contra la vida seguro que no se toma en consideración los daños en las cosas. Y si no se toma en consideración tal propiedad, no se respeta el principio de vigencia. Esto es aún más evidente en el caso de varias acciones, pues aquí el principio de *ne bis in idem* pierde cualquier aplicabilidad.

¿De qué criterio se vale entonces la dogmática para plantear tales relaciones de consunción?

Como anticipé al tratar de los requisitos de adecuación formal, a mi juicio la dogmática toma en cuenta dos criterios para considerar los casos de consunción: un criterio empírico y un criterio de justicia.

El criterio empírico se advierte en el segundo elemento de la definición de consunción relativo a que, en caso de unidad de acción (y suponiendo dos normas, A y B), realizándose la propiedad descrita por la norma A, es probable, en determinada medida, que se dé la propiedad descrita por la norma concurrente B; o, en caso de plura-

lidad de acciones (dos, para simplificar), dándose una acción que realiza la propiedad descrita en A, es probable, en determinada medida, que se dé otra acción que realiza la propiedad descrita en B.

El criterio de justicia se advierte en el elemento de la definición de consunción relativo a que la aplicación de una de las normas colme el desvalor de la acción o acciones realizadas. Con ello, como se decía anteriormente, la dogmática parece aludir a que el individuo que ha realizado la acción o acciones quede suficientemente castigado aplicando exclusivamente una de las normas. Pero para llegar a esta conclusión parece que se requiere disponer de algún principio de justicia que determine cuándo el castigo es suficiente. La dogmática, por lo general, renuncia a plantear tal criterio de justicia. Por ello, la especie de la consunción hace imprecisa la definición de concurso aparente y, en consecuencia, deficitaria formalmente la clasificación dogmática de concurso de delitos.

Dicho lo anterior, hay que plantearse si no resulta más adecuado a los elementos de adecuación material expuestos que la dogmática renuncie, como especie de concurso aparente, a la consunción.

En contra de ello cabe argumentar que el criterio empírico planteado por la dogmática tiene cierta vinculación con los criterios de racionalidad expuestos. Es argumentable que el legislador al asociar pena a determinada descripción haya considerado aquellas otras propiedades que, con cierta probabilidad, la acompañan. Si así fuera, podría decirse que las otras propiedades están implícitamente consideradas en la primera y que, por ello, al aplicar exclusivamente la norma que establece la descripción básica se satisface el principio de vigencia y de *ne bis in idem*.

Este argumento es muy débil; pero la duda al respecto de que pueda ser así, en una cuestión prácticamente de tanta importancia (aplicar una o varias normas de primer nivel), hace, a mi juicio, justificable el que la dogmática recurra, como última especie de concurso aparente, a la consunción.

Dicho lo anterior resulta que al tener una base de racionalidad tan débil, se requiere plantear algunas limitaciones, exigidas por el elemento de adecuación material del que partimos, al uso del criterio de consunción (Klug, 1956: 71).

En primer lugar, es exigible que efectivamente se cumpla el criterio empírico, que es lo que vincula la consunción a los criterios de racionalidad expuestos.

En segundo lugar, se requiere que la dogmática, al hacer uso del criterio de consunción, plantee los criterios de justicia que avalan su posición. A mi juicio, y dentro del marco de las doctrinas liberales de justificación del derecho penal, quien sostenga una doctrina de carácter utilitarista, deberá resolver la cuestión de la suficiencia punitiva en base al principio de efectividad, mostrando la razón por la cual con la aplicación de las dos normas, en su caso, no se va a

conseguir incrementar la función de prevención general o que, el incremento que se podría conseguir no compensaría el plus de pena impuesto (27). Quien, en cambio, sostenga una doctrina de carácter retribucionista, deberá solucionar tal cuestión recurriendo a consideraciones de proporcionalidad.

Sólo planteando claramente tales argumentos de justicia, la dogmática posibilitará una decisión consciente por parte de los aplicadores del derecho.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA DE SEGUNDO NIVEL PROPUESTA POR LA DOGMÁTICA PARA APLICAR A LOS CASOS DE CONCURSO APARENTE

Para finalizar falta por tratar la cuestión relativa a la norma de segundo nivel propuesta, de *sententia ferenda*, para aplicar a los casos de concurso aparente. Esta norma —que viene a decir que en caso de concurso aparente debe aplicarse exclusivamente la norma especial, o una de las alternativas, o la principal o la que consume— no llevará siempre a resultados iguales que los que establece la norma de segundo nivel contenida en el art. 68 del código penal, en base a la cual debe aplicarse exclusivamente la norma que sancione más gravemente la acción o, en su caso, acciones.

La dogmática española ha puesto de manifiesto que esta norma implícita de segundo nivel es necesaria, por lo menos, para los casos de especialidad en que la norma de primer nivel especial atribuye a su presupuesto de hecho una pena menos grave que la norma general. Así sucede, por ejemplo, entre el parricidio y el infanticidio. De no considerarse tal norma implícita resultaría que al ser todas las acciones subsumibles en el tipo del infanticidio, subsumibles también en el del parricidio y al ser la pena del parricidio más grave que la del infanticidio, el cumplimiento del art. 68 del código penal llevaría a la inaplicación de la norma de primer nivel que describe el infanticidio.

(27) En base a tal criterio quizá puedan justificarse, desde esta perspectiva utilitarista, como casos de consunción, los expuestos anteriormente. Por ejemplo, resulta bastante evidente que si una persona no se intimida por la pena que prevé el código penal para el homicidio o el asesinato tampoco va a intimidarse porque, además, se le aplique la pena del delito de daños.

En el mismo sentido cuando se afirma que los delitos contra la vida consumen la posterior inhumación del cadáver para dificultar la persecución del crimen, quizá la doctrina piensa que cuando alguien está amenazado por una pena de tanta gravedad (como la prevista para los delitos dolosos contra la vida) no es pensable que, como consecuencia de la amenaza de una pena de escasa entidad, deje de realizar un comportamiento que quizá le asegure no ser descubierto. Desde tal punto de vista de utilidad parecería tener sentido afirmar la relación de consunción.

La solución a la que llevaría la consideración del art. 68 para aplicar a los supuestos de concurso aparente por especialidad, en los casos en que la norma especial establece un tipo privilegiado (una norma de primer nivel en que la pena prevista en la norma especial es menor que la prevista en la norma general) es contraria al principio de vigencia y de ello puede concluirse que la propuesta dogmática de una norma de segundo nivel está inspirada en criterios de racionalidad.

Con lo anterior sólo se ha constatado la racionalidad de la propuesta de una norma de segundo nivel específica para aplicar a los casos de especialidad (y sólo a aquellos en que el tipo especial es privilegiado). Debemos preguntarnos ahora si también resulta racional tal propuesta en relación al resto de especies de concurso aparente.

Para el supuesto de alternatividad, la norma propuesta de segundo nivel dice que debe aplicarse cualquiera de las normas alternativas. Hemos visto que, en efecto, aplicándose una u otra, pero sólo una, se cumple con los criterios de racionalidad planteados. Parece entonces que, respecto de tal supuesto de alternatividad, no habría, en principio, ningún obstáculo de racionalidad para aplicar en tal caso el art. 68 del código penal.

Algo semejante cabe decir respecto de los supuestos de subsidiariedad tácita y consunción. Ya vimos que en relación a tales especies de concurso aparente los fundamentos de racionalidad son débiles y, en todo caso, sólo afectan al hecho de que sólo una norma debe ser aplicada. Si resulta que la norma que consume o la principal establece penas inferiores a las previstas por la norma consumidora a la subsidiaria, resultará muy difícil afirmar, salvo que se argumente que existe una inversión valorativa, que el legislador ya ha previsto las otras propiedades de la acción o acciones y que imponiendo la pena menor se colma el desvalor de la acción o acciones realizadas.

Todo ello permite concluir que la norma específica de segundo nivel propuesta por la dogmática sólo es racional preferirla respecto de la norma del art. 68 en los casos de especialidad. En el resto de supuestos de concurso aparente es el art. 68 el que, ante un poco probable conflicto con la norma de segundo nivel propuesta por la dogmática, debe prevalecer (28).

(28) La norma de segundo nivel propuesta por la dogmática tendría un ámbito de aplicación mayor si se interpretara el art. 68 del código penal en el sentido de que exige la unidad de hecho. Cfr. en tal sentido CÓRDOBA, 1972: 331.

5. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido analizar las definiciones dogmáticas de las distintas especies de concurso de delitos. La dogmática propone tales definiciones como presupuesto de hecho de las normas de segundo nivel que existen en el código penal (arts. 68-71). Dado que mediante tales definiciones se configura una clasificación, de enorme importancia práctica, de los distintos supuestos de concurrencia, se ha examinado si tal clasificación puede considerarse adecuada desde un punto de vista formal y material.

La adecuación formal exige que las distintas especies de concurso de delitos sean conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Se ha examinado únicamente si entre las especies del concurso aparente e ideal existe una relación de mutua exclusión, llegándose a la conclusión de que la imprecisión en la definición de la consumición hace que la clasificación no pueda considerarse formalmente adecuada.

Después de establecer que la adecuación material de la clasificación dogmática requiere que mediante ella se respeten, en sentido jerárquico, la legalidad, la racionalidad y la justicia, se ha considerado que la distinción entre el concurso ideal y las otras especies concursales que suponen aplicación de varias normas debe hacerse atendiendo a criterios de legalidad y que para determinar el concepto de unidad de acción es la teoría de la unidad natural la que responde en mayor medida a tales criterios.

La falta de decisión legislativa hace que, de acuerdo al criterio de adecuación material del que se ha partido, la distinción entre el concurso aparente y el resto de especies concursales deba hacerse de acuerdo a criterios de racionalidad (principios de vigencia y de *ne bis in idem*). La dogmática se inspira, en efecto, en tales criterios al plantear las definiciones de especialidad, alternatividad y quizá la definición de subsidiariedad tácita en el caso de unidad de acción. En el resto de supuestos los criterios de racionalidad son muy débiles. Esta base débil de racionalidad debería llevar a la dogmática a que especificara, en los casos en que considera que existe concurso aparente por subsidiariedad tácita con pluralidad de acciones o por consumición, cuáles son los principios de justicia que avalan su posición.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, Francesco (1948): «Sul concorso apparente di norme», en *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 245-261.
- ANTÓN ONECA, José (1949): *Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, Akal, 1986, 488-508.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1989): *Manual de derecho penal español. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, Ariel, 80-81 y 299-306.

- (1991): *Manual de derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1991): *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanc, 133-141 y 591-602.
- CÓRDOBA RODA, Juan (1972): en AA.VV., *Comentarios al código penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 313-375.
- CUERDA RIEZU, Antonio (1992): *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, Tecnos.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1967): «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, 266-274.
- (1971): «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, 168-171.
- (1974): «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos, 275-286.
- (1990): «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *ADPCP*, 421-441.
- (1992): «Concurso de leyes, error y participación en el delito», en *ADPCP*, 833-854.
- JESCHECK, Hans Heinrich (1978): *Lerbuch des Strafrechts*, 3.ª ed., trad. castellana de S. Mir y F. Muñoz Conde, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1983, 993-1042.
- KLUG, Ulrich (1956): «Sobre el concepto de concurso de leyes», en *Problemas fundamentales de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Barcelona-Caracas, Alfa, 1989, 55-73.
- MAURACH, Reinhart (1958): *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Trad. J. Córdoba, *Tratado de derecho penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1962, 415-485.
- MIR PUIG, Santiago (1988): «Sobre la relación entre parricidio y asesinato», en *ADPCP*, 986-1000.
- (1990): *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, PPU, 718-741.
- MOSTERIN, Jesús (1984): *Conceptos y teorías en la ciencia*, Madrid, Alianza, 12-21.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1993): *Derecho penal. Parte especial*, 9.ª ed., Valencia, Tirant lo blanc.
- NINO, Carlos Santiago (1972): *El concurso en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Astrea.
- (1987): *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, Civitas.
- PUIG PEÑA, Federico (1955): *Colisión de normas penales*, Barcelona, Bosch.
- SANZ MORÁN, Angel (1986): *El concurso de delitos*, Valladolid, Universidad de Valladolid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (1992): *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 43-178.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1981): *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, Universitat de Valencia.