

EL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES EN LA REFORMA PENAL LATINOAMERICANA*

Jean-Pierre Matus A.

Profesor de Derecho Penal
Escuela de Derecho
Universidad de Talca

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como propósito dar cuenta de dos modelos diferentes de enfrentar, en un proceso de reforma penal, el tratamiento del llamado concurso (aparente) de leyes penales, para extraer de ellos conclusiones sobre la conveniencia de adoptar uno u otro en un futuro proceso de reforma del derecho penal latinoamericano. En primer lugar trataremos el modelo alemán, que podríamos denominar *sistema de la prescindencia relativa*, porque en él se decide no regular expresamente *en un artículo de la parte general* la teoría del concurso (aparente) de leyes; en segundo término el español, que en contraposición podría denominarse *sistema de la regulación relativa*, en atención a que su resultado es la introducción de un artículo de la parte general del Código para regular la teoría del concurso (aparente) de leyes.

La tesis que se sostendrá será que, en atención a sus efectos sobre la teoría del concurso (aparente) de leyes y aun sobre la praxis jurídica, el sistema de la *prescindencia relativa*, representado por el modelo alemán, es el más adecuado al tratamiento de esta materia, en contraposición al modelo español.

SISTEMA DE LA PRESCINDENCIA RELATIVA: LA REFORMA PENAL EN ALEMANIA (1954-1975)

Reforma y dogmática: los trabajos presentados ante la Gran Comisión y la tramitación parlamentaria

El proceso de reforma del Código Penal alemán se destaca por el intenso debate científico que se originó a raíz del esfuerzo que la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal realizó entre los años 1954 y 1959, tendente a recoger estudios dogmáticos y de derecho comparado que sirvieran de base al proyecto que en definitiva preparó y que, tras consultas en los Estados federados, se convirtió con leves modificaciones en el *Proyecto Oficial de 1962*, presentado por el Gobierno a la Cámara de Diputados ese mismo año y discutido después conjuntamente con el *Proyecto Alternativo de 1966*, preparado por profesores de derecho penal alemanes y suizos y que fuera presentado a la Cámara

* Ponencia presentada al I Congreso Latinoamericano de Derecho Penal. Buenos Aires, septiembre de 1996.

por el FDP en 1968. Respecto a la parte general del Código penal alemán, este proceso de reforma culminó con la entrada en vigor, el 1° de enero de 1975, de su nuevo texto, aunque en lo que toca a la materia propiamente concursal este nuevo texto sólo cambió de ubicación las nuevas disposiciones incorporadas por la Primera Ley de Reforma del Código penal alemán, de 25 de julio de 1969.

En cuanto al tema de este artículo, sin duda destacan los informes presentados a la Gran Comisión por Schneidewin, Jescheck y Voll, así como las conclusiones que sobre la base de los mismos extrajeron, tanto los integrantes de la subcomisión respectiva como los de la Gran Comisión, *todos coincidentes en evitar la regulación legal del concurso (aparente) de leyes, dejando a la doctrina y la jurisprudencia el desarrollo de la institución*

Así, para Schneidewin (1954: 223s) el pensamiento que debiera servir de guía en la reforma habría de ser: "tan poca unidad de ley [concurso (aparente) de leyes] como sea posible". Según demuestra el autor con numerosos ejemplos, aun en supuestos en principio indiscutibles de concurso de leyes, como los de *subsidiariedad expresa*, en algunos de ellos no se ve con claridad "por qué no se estima sencillamente unidad de hecho [concurso ideal]"; en otros, la cláusula en cuestión sería "superflua"; y en los más, se producirían complicaciones innecesarias. Estas críticas las extiende Schneidewin (1954: 224) con facilidad al resto de los supuestos de concurso (aparente) de leyes, sobre los cuales exclama: "¡qué cantidad de variantes! ¡Cuántas dificultades para distinguir unas de otras! ¡Cuántas posibilidades de duda sobre si en la combinación de todas las formas de unidad de ley resultará lo mismo: completa comprensión del hecho por sólo una de las varias leyes penales concurrentes!" Sobre la base de estas críticas, concluye Schneidewin (1954: 225-229) que "la aclaración de los problemas del concurso de leyes debe dejarse a la jurisprudencia de los tribunales de revisión", olvidando toda pretensión de establecer disposiciones generales que lo regulen, aunque podrían admitirse "particulares reglas", en la forma de cláusulas de *subsidiariedad expresa* para "determinadas constelaciones de casos", entre ellos, algunos supuestos de actos copenados (relación entre determinados actos preparatorios especialmente punibles y el delito preparado; y entre específicos delitos de peligro y los de lesión correlativos), otros de especialidad dudosa y también en el parágrafo relativo a las coacciones, ya que este delito suele concurrir a menudo con un gran número de otros, pero *nada más*.

Jescheck (1955: 534) comienza su informe sobre el concurso (aparente) de leyes, dando cuenta de lo que él entiende por la naturaleza de la investigación dogmática en este punto, afirmando que "las relaciones de concurso de leyes entre distintos supuestos de hecho legales sólo pueden averiguarse mediante la interpretación [de dichos supuestos]". En seguida, ante la cuestión de si es posible regular legalmente esta institución, sostiene, ello sólo sería posible si una regla legal fuese "clara y precisa", cosa imposible de conseguir atendido "el estado actual del problema". De allí que, tras un breve repaso por los principios básicos de la institución, concluya Jescheck (1955: 536), que "no puede ser tarea del legislador regular mediante disposiciones de la parte general estas cuestiones básicas de interpretación", por lo que "el problema del concurso de leyes no debe tratarse, de modo alguno, en la parte general [del Código]". Como Schneidewin, a quien cita expresamente, Jescheck (1955: 537) sólo admite la inclusión de específicas *cláusulas* en la parte especial del Código que permitan solucionar *algunos problemas puntuales*, pero también agrega *la necesidad de establecer con claridad la naturaleza autónoma o dependiente de las diversas*

modificaciones de los supuestos de hechos básicos, de manera de hacer más fácil la labor de interpretación en los casos de concurso (aparente) de leyes, necesidad que destacara anteriormente Maurach (1954: 249), en su respectivo informe a la Comisión.

Por su parte, Voll (1958: 170, 182) recoge expresamente los planteamientos de Schneidewin, proponiendo regular el concurso de leyes "tan poco como sea posible", dejando a la jurisprudencia y la dogmática no sólo la labor de establecer y delimitar los llamados "principios de solución", sino también de resolver "en qué medida podría resurgir la ley general desplazada o excluida a causa de prescripción, falta de querrela, desistimiento de la tentativa o de otras causas que impidiesen la sanción en virtud de la ley especial". Según Voll, sólo estaría reservado al legislador "aclarar los concursos de leyes" "*en la construcción de los supuestos de hecho de la parte especial*", y en el "*adecuado uso del lenguaje*", excluyendo toda regulación de la misma en la parte general del Código. Respecto a las concretas modificaciones de la parte especial, propone Voll limitar el número de *cláusulas de subsidiariedad* contenidas en la parte especial y "uniformarlas", así como establecer con claridad las relaciones de especialidad, mejorando las existentes entre delitos básicos, sus modificaciones y los llamados delitos autónomos.

Los aportes de los autores recién citados fueron determinantes para configurar la opinión de la subcomisión y de la Gran Comisión al respecto, así como también la del Dr. Lackner, uno de los encargados de la redacción definitiva del proyecto gubernamental de 1962 en la sección de Derecho Penal del Ministerio de Justicia. En efecto, Lackner (1958a: 299; 1958b: 203) —y por su intermedio el Ministerio de Justicia alemán— fue de la opinión de no regular en la parte general del Código Penal el concurso (aparente) de leyes, pues una disposición en ese sentido podría conducir a más dificultades que soluciones. Sin embargo, para no dejar todo en manos de la jurisprudencia y la doctrina, por el peligro que ello encerraría para la seguridad jurídica, propuso Lackner (1958b: 203) *tener presente el concurso de leyes en la formación de la parte especial, evitando incorporar en ella "relaciones confusas"*. De la misma opinión serían también la Subcomisión y la Gran Comisión¹, así como el comité parlamentario especial dedicado al estudio de la reforma penal, donde se estimó mejor mantener la tradicional falta de regulación positiva del concurso (aparente) de leyes en la legislación alemana². Coincidente con este criterio se muestra también el *Proyecto Alternativo* de 1966, donde, además, se fundamenta la falta de regulación del concurso (aparente) de leyes en que la materia en cuestión, "según el estado actual de la ciencia, todavía no ha sido suficientemente aclarada"³.

En cuanto a la doctrina que no participó directamente de los trabajos de reforma, se preocuparon expresamente de esta cuestión Geerds, Mayer, H. y Schmitt. Para Geerds (1961: 181, 525) no sólo sería necesario reducir el número de los supuestos de *subsidiariedad expresa*, así como incorporar los "supuestos de hecho de recogida" en el grupo de delitos de menor pena, sino también incluir una disposición en la parte general del Código Penal destinada a regular

¹ NIEDERSCHRIFTEN, t. 2, Anexos N^{os} 64 y 65, p. 204s.

² Deutscher Bundestag 5. Wahlperiode 1965-1969. Protokolle des Sonderausschuß für die Strafrechtsreform, pp. 904 ss.

³ Alternativ-Entwurf (1966), Vorbemerkungen zu den §§ 64, 65.

globalmente el concurso (aparente) de leyes. Dicha disposición debiera disponer, según Geerds, lo siguiente: "Una ley penal será inaplicable junto a otra cuando, en virtud de su literalidad, sus relaciones con la ley aplicable o las circunstancias del caso, se concluye que el legislador ha tenido en cuenta la infracción que se trata en el marco penal de la otra ley". Por su parte, Mayer, H. también propuso establecer una disposición reguladora del concurso (aparente) de leyes, cuyo tenor será el siguiente: "Una disposición penal autónoma no es aplicable cuando se puede concluir que el legislador, al fijar el marco penal del más grave crimen, ya quiso tener en cuenta el hecho punible que le sirve de preparación, tránsito o continuación"⁴. Por contra, para Schmitt (1963: 182s) llevan razón la doctrina y los proyectos de Código Penal que declinan formular disposiciones específicas relativas al concurso (aparente) de leyes, dejando a la praxis su definitiva solución. Además critica las disposiciones propuestas por Mayer, H. y Geerds, dado que, según él, éstas no contenían criterios que permitiesen terminar con las disputas respecto al número de los llamados principios de solución, ni mucho menos distinguir el concurso (aparente) de leyes de las restantes figuras concursales.

Los efectos de la reforma en la dogmática del concurso (aparente) de leyes

Como queda claro de lo antes dicho, el proceso de reforma alemán se caracterizó por no regular en la parte general el concurso (aparente) de leyes, intentando, en la *parte especial*, evitar se produjesen superposiciones, reiteraciones y omisiones que dieran lugar a estas situaciones concursales. Así, se redujeron al mínimo indispensable las *cláusulas de subsidiariedad expresa*, evitándose también en lo posible la formulación de figuras agravadas sin correlato básico y la de relaciones de *exclusividad-alternatividad*.

Es por eso que hemos denominado a este sistema el de la *prescindencia relativa*, pues efectivamente se "prescinde" de regular la cuestión a nivel de parte general, pero esta *prescindencia* es sólo *relativa* a esa parte general, ya que en lo que toca a la *parte especial*, importó que el legislador alemán tuviese extremo cuidado al redactar las figuras de delitos, pensando siempre en las posibilidades de concurrencia que debía evitar o aclarar. Así, en verdad, en la reforma alemana, la parte de la regulación del concurso (aparente) de leyes que quedó "entregada" a la doctrina y la jurisprudencia se refiere más bien a las consecuencias que del mismo se derivarían, centrándose el legislador en *evitar* en lo posible que dicha situación se produjese o cuando fuese ello inevitable, en aclarar, mediante cláusulas expresas, la preferencia correspondiente.

El efecto de esta forma de enfrentar legislativamente el problema fue que, de este modo, no se opuso el legislador alemán a la fuerte corriente que se produjo en torno a disminuir el alcance del concurso (aparente) de leyes. Tanto es así, que actualmente, y a pesar de que todavía se le dispensa a la teoría del concurso (aparente) de leyes una considerable atención, no deja de ser cierto que, profundizando la propia doctrina y la jurisprudencia en las limitaciones en torno a su alcance y valor práctico, el significado que tiene hoy en día su distinción frente al concurso *ideal* "se ha reducido a cero"⁵. En efecto, en cuanto

⁴ Citado por GEERDS (1961: 524 nota 532) y SCHMITT (1963: 182).

⁵ SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 103).

a su alcance, por una parte desaparece definitivamente toda referencia al llamado *principio de alternatividad* como principio de solución del mismo⁶, y por otra, se consolida la llamada *función clarificadora del concurso ideal*, en torno a la cual se agrupa la mayor parte de los supuestos que la doctrina entiende excluidos del concurso (aparente) de leyes, entre ellos⁷ la concurrencia: 1) de distintas cualificaciones de un delito simple o de un delito complejo y cualificaciones de alguno de los delitos que lo comprenden, p. ej., lesiones peligrosas del § 223a y lesiones graves del § 224 o lesiones causadas en servicio del § 340; o robo del § 249 y las distintas formas de hurto agravado de los §§ 243s.⁸; 2) de diversas causas de agravación de un delito simple o de un delito complejo y uno de los simples que lo componen, cuando se presentan en las formas de *tentativa* y *consumación*, p. ej., tentativa de robo del § 249 y hurto agravado consumado de los §§ 243s., o tentativa de lesiones graves del § 224 y lesiones peligrosas consumadas del §§ 223a⁹; 3) de tentativa de un delito cualificado y consumación del básico respectivo: *tentativa cualificada* sin desisti-

⁶ Quienes todavía la nombran a propósito de la teoría concursal lo hacen para criticarla, básicamente porque, en la versión de BINDING, sus supuestos podrían reconducirse a los otros "principios" y en la versión de LISZT (relación de *exclusión* según la nueva terminología), porque sería superflua, dado que faltaría la concurrencia que presupondría el concurso (aparente) de leyes, según sostienen VOGLER (1985: 106), BAUMANN/WEBER (1985-664) y SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 133). Esta última idea lleva al punto de que algunos autores se esfuercen por demostrar que las relaciones de *exclusión* o *alternatividad* en el sentido de LISZT, nada tendrían que ver con el concurso (aparente) de leyes, sino que formarían un grupo ajeno a toda situación concursal, como hacen SEIR (1983: 226s), KIENAPFEL (1984-581), BAUMANN/WEBER (1985: 664), JESCHECK (1988: 667) y MITSCH (1993: 472). Por lo que respecta a la discusión en cuanto a la *tipicidad* o *atipicidad* (*alternatividad*) de los *actos posteriores impunes* en los delitos de "sustracción", esta pasa a ser ahora una discusión entre quienes como SCHMIDHÄUSER (1975: 18,32-33), VOGLER (1979: 733s; 1985: 140), GEPERT (1982: 428), BLEI (1983: 362), BAUMANN/WEBER (1985: 681 nota 109), SAMSON (1987: 73), TIEDEMANN (1987-20), JESCHECK (1988: 667 nota 25), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 114), WESSELS (1993: 254s) aceptan el carácter *típico e injusto* del *acto posterior* y ven en su reunión con el *anterior* una *unidad o complejo valorativo*; y quienes como WOLTER (1974: 164s, 167), STRATENWERTH (1981: 1196), KIENAPFEL (1984: 581), DREHER/TRÖNDLE (1993: 50), LACKNER (1993: 32) afirman, en cambio, la imposibilidad de una "segunda apropiación" al extender, como la jurisprudencia, el concepto de "ánimo de apropiarse" del § 242 al de la efectiva "apropiación", y ven en la reunión de un *acto anterior de sustracción* y uno *posterior* de aprovechamiento un imposible, pues afirman habría entre ellos una relación de *exclusión* o *alternatividad*.

⁷ Aquí se mencionan sólo los supuestos más significativos. Para una lista detallada de los mismos y las discusiones que suscitan, v. ABELS (1991: 41ss) y MONTENBRUCK (1983: 175ss). Una aceptación general de esta *función clarificadora*, aunque sin proponer ejemplos de la misma, se encuentra en LACKNER (1993: 24) y MITSCH (1993: 474).

⁸ VOGLER (1979: 723; 1985: *vor* § 52, 110), GEPERT (1982: 422, 425), SEIR (1983: 229s), SAMSON (1987: *vor* § 52, 61) JESCHECK (1988: 667), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: *vor* § 52, 111) LACKNER (1993: 28). Cfr. SCHÜNEMANN (1980: 397), para quien en la concurrencia de distintas cualificaciones del robo "rige el principio de que la cualificación más grave prefiere a la más benigna", como sucedería en la concurrencia entre el robo con peligro de muerte o lesiones del § 250 Abs. 1, N° 3 con el robo seguido de muerte del § 251 (sin embargo, en el ejemplo lo que hay es una evidente relación entre delito de peligro y lesión, que no se regiría por el "principio" enunciado, sino por el de *subsidiariedad*).

⁹ VOGLER (1979: 724; 1985: *vor* § 52, 111), SCHÜNEMANN (1980: 397), GEPERT (1982: 422), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: *vor* § 52, 111). Sin embargo, según SCHÜNEMANN (1980: 399), se excluye el concurso ideal entre el hurto seguido de fuerza o intimidación del § 252 respecto a los delitos de hurto y robo de los §§ 243ss. que pudieran antecederle, pues éstos constituirían un presupuesto típico de aquél, ya sea que se consume o sólo quede en grado de tentativa.

miento, p. ej., tentativa de violación del § 177 y agresiones sexuales consumadas del § 178¹⁰; 5) de tentativa de un delito grave y consumación de uno menos grave, p. ej., tentativa de aborto del § 218 y las lesiones corporales de los 223ss. que produce¹¹, o tentativa de homicidio de los §§ 211ss. y las lesiones consumadas de los §§ 223ss. que se producen¹²; y 6) de los llamados delitos cualificados por el resultado "impropios" y los delitos dolosos o culposos que llevan al resultado cualificante, p. ej., robo con resultado de muerte del § 251 y el homicidio doloso de los §§ 211s. que a esa muerte conduce¹³.

Y en lo que respecta a su diferencia práctica con el concurso *ideal*, ésta no parece existir en los hechos, dado que actualmente está prácticamente fuera de discusión la aplicación, como regla general, del *principio de combinación* al tratamiento penal del concurso (aparente) de leyes¹⁴, con la sola excepción de los casos en que de dicha combinación surja una imprevista agravación de la ley

¹⁰ VOGLER (1979: 727), GEPPERT (1982: 422), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 52, 2), MAATZ (1995: 112). Aunque la jurisprudencia admite en general la *función clarificadora del concurso ideal*, no la admite para el ejemplo de violación-agresiones sexuales propuesto (v. nota 12), aunque sí lo hace para el supuesto similar de tentativa de inducción a un delito cualificado (§ 30 -antiguo § 49a-) de la que sólo resulta la consumación de una inducción al delito básico correspondiente. Cfr. SEIR (1982: 229), quien, a pesar de mostrarse algo crítico, parece estar de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, entendiendo que "en la tentativa cualificada, el delito más grave intentado prefiere al delito básico consumado".

¹¹ WAGNER (1976: 296), BGH (S. 21.4.78), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 52, 2).

¹² VOGLER (1979: 727; 1995: vor § 52, 125), GEPPERT (1982: 425), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 52, 2). En cambio, siguiendo la doctrina del Plero del BGH de 28.6.1961, la jurisprudencia se resistía a admitir aquí concurso *ideal*, prefiriendo la solución del (aparente) de leyes por subsidiariedad, argumentando que las lesiones son un estadio de tránsito *necesario* en el homicidio y que, por ello, tanto el homicidio consumado como su tentativa serían leyes principales y preferentes frente a las de lesiones, a las cuales les reserva un carácter *subsidiario*. En este mismo sentido, KIENAPFEL (1984: 584). Dubitativo, LACKNER (1993: 28). Además el BGH extiende esta doctrina a las relaciones existentes entre tentativa de violación y agresiones sexuales consumadas, y tentativa de coacciones y amenazas consumadas, aunque últimamente MAATZ (1995: 112), juez del BGH, se ha opuesto a la solución del concurso (aparente) de leyes propuestas por este tribunal, afirmando la necesidad de un cambio jurisprudencial en que se acepte también para estos casos la *función clarificadora del concurso ideal*, "tanto más que de todos modos, según la propia jurisprudencia del BGH, cuando se desiste la tentativa del delito más grave, resurge el delito más leve consumado".

¹³ SCHUNEMANN (1980: 397), LAUBENTAL (1988: 336), WESSELS (1993: 252). Sobre la clasificación entre delitos cualificados por el resultado *proprios* e *impropios*, v. SCHRÖDER (1956: 1739).

¹⁴ BRUNS (1974: 467; 1982: 166), VOGLER (1979: 719), STRATENWERTH (1981: 316), GEPPERT (1982: 426), KIENAPFEL (1984: 584), BAUMANN/WEBER (1985: 665), JESCHECK (1988: 670s), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 141), DREHER/TRONDLE (1993: 23, 50), WESSELS (1993: 254), MITSCH (1993: 475) y MAATZ (1995: 113), quien, además, considera que en materia de determinación de la pena el establecimiento de una determinada relación concursal "no tiene influencia". Con muy pocas reticencias: SEIR (1983: 235), VOGLER (1985: 107, 113, 128, 142), BRINGEWAT (1987: 77s). Como "una excepción" plantea todavía SAMSON (1987: 78) la aplicación de este principio. Por otra parte, STRATENWERTH llega a plantear incluso una especie de "efecto oclusivo *inverso*", según el cual sería posible aplicar a la ley desplazante y privilegiada frente a la desplazada, el mínimo penal previsto en ésta, si, según las circunstancias del caso, fuese inferior al que resultaría de aplicar aquélla. Cfr. CRAMER (1970: 207), para quien en los casos de "concurso de leyes propio" "sólo debe aplicarse exclusivamente la disposición especial o -en casos de subsidiariedad- la primaria", mientras en aquellos en que entiende por alguna razón valorativa resulta aplicable el principio de *combinación*, ya no ve un concurso (aparente) de leyes, sino un "concurso *ideal* impropio".

preferente y en principio privilegiada frente a la desplazada, como sucedería en ciertos casos de *especialidad, subsidiariedad y actos copenados*¹⁵.

De este modo, la distinción entre concurso (aparente) de leyes y concurso *ideal* queda reducida a la mera incorporación o no de una declaración formal de la violación de la ley desplazada en el fallo, una “simplificación de la declaración de culpabilidad”¹⁶ y a la imposibilidad de apreciar reincidencia respecto a ésta. No es extraño, entonces, que una autora como Puppe (1982: 161) sostenga hoy en día que, salvo en los casos de *especialidad*, en su sentido *lógico-formal*, la institución del concurso (aparente) de leyes se ha convertido en un verdadero “fraude de etiquetas”¹⁷.

SISTEMA DE LA REGULACION RELATIVA:
EL PROCESO DE REFORMA DEL CP ESPAÑOL (1978-1995)¹⁸

Al contrario de lo sucedido en Alemania, donde por casi una década se discutieron las bases de la reforma penal a la luz de informes evacuados por distinguidos profesores de la época, el proceso español de reforma del CP está marcado a nivel parlamentario y doctrinal por el pronunciamiento exigido en torno al articulado de diversos proyectos que, *ab initio*, partía de ciertas bases

¹⁵ CRAMER (1970: 107), BRUNS (1974: 467), SEIR (1982: 235), BRINGEWAT (1987: 78), SAMSON (1987: 78), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: 141), MITSCH (1993: 475), VÖGLER (1985-107) remite el fundamento de esta excepción a la “prohibición de la doble valoración”. Además, SEIR propone extender esta excepción a todos los casos de *especialidad*, pues respecto a ellos no podría alegarse el argumento de que el autor saldría mejor tratado que si sólo hubiese violado una sola ley —argumento sobre el cual se fundamentó en su origen el principio de *combinación*—, ya que *siempre* que se realiza el supuesto de hecho especial se realiza también el general, por la propia estructura lógica de la relación en que se encontrarían. SEIR (1983: 236) propone también extender esta excepción a todos los supuestos de *subsidiariedad expresa* y también a los “indiscutidos” de *subsidiariedad tácita*, donde el supuesto de hecho subsidiario o de “recogida” represente la misma función que el correspondiente en los casos de *subsidiariedad expresa*, esto es, expresa exclusión de la ley *subsidiaria* ordenada por ley.

¹⁶ Sentencia del OLG Bremen de 17.2.1954.

¹⁷ No escapará al lector atento el hecho de que la cita hecha arriba sea la única que se hace a PUPPE, a pesar de la importancia que adquirió la autora en la teoría concursal con la publicación de su Habilitación titulada *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin 1979. Sin embargo, en atención a que la autora desarrolla un concepto propio de la teoría en cuestión, no es posible incardinar sus aportes a una exposición de carácter general sobre la doctrina alemana, sin que exista peligro de tergiversar seriamente su teoría. Lo mismo sucede con la obra de JAKCOBS (1981: 31/11ss), quien intenta reconstruir la teoría del concurso (aparente) de leyes a partir de un concepto “amplio” de especialidad, que incluye entre sus formas la especialidad *en sentido lógico formal*, pero también otras “clases” de especialidad, donde incardina el autor los tradicionales principios de *subsidiariedad y consunción*. Más información sobre las teorías de estos autores en mi obra en preparación, *El concurso (aparente) de leyes penales*.

¹⁸ No se hace referencia aquí a los intentos de modificar el CP en esta materia anteriores a la Constitución de 1978 por dos razones: primero, porque el proceso que desembocó en el actual CP parte de la premisa de establecer un “derecho penal de la democracia”, régimen restablecido en España sólo a partir del texto constitucional citado, premisa difícil de conciliar con los intentos de perfeccionar un sistema legal autoritario como el vigente durante el régimen de Franco; y segundo, porque aun si no tomamos en cuenta lo recién dicho, parece evidente que no hay relación de continuidad alguna entre el más importante intento del régimen anterior, el “anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal (1972) y los proyectos que finalmente condujeron al CP de 1995. Dicho “anteproyecto” fue publicado primero en los *Cuadernos Informativos* del Ministerio de Justicia, núm. 11 de 1972, apareciendo después en el ADPCP 1972, 721ss. en un artículo firmado por

no discutidas, pero en todo caso discutibles, como el hecho mismo de legislar sobre esta materia, y cuyo origen, en comisiones del Ministerio de Justicia, es difícil de desentrañar. Sin embargo, a pesar del número de proyectos y anteproyectos presentados a las Cortes y a la comunidad científica (en total, tres Proyectos –1980, 1992 y 1994 (que derivó en definitiva en el nuevo CP de 1995)– y una Propuesta de Anteproyecto –1983–, aparte de un Borrador en 1991 y de los anteproyectos que precedieron a cada Proyecto), en cuanto al tratamiento de la materia objeto de este estudio, todos ellos mantuvieron una misma orientación y articulado. Por lo tanto, en general, son aplicables a todos ellos –y aun al nuevo CP– las críticas y comentarios suscitados respecto a cada uno en particular, críticas que con el transcurso de los Proyectos fueron apagándose poco a poco, junto con la preocupación por la reforma del CP en general, y en particular en materia concursal, quizás por la decepción de los autores ante las reiteradas e incumplidas promesas de “un nuevo Código Penal para la democracia”¹⁹.

El art. 8 CP: Historia de su establecimiento

Quizás no está de más dar cuenta aquí, en primer lugar, un poco de la historia de los Proyectos que antecedieron al de 1994 y que, en definitiva, se

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN con el título de “Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal”, cuyo carácter “preliminar” y “nada definitivo” se encarga de destacar el autor en más de una oportunidad [YÁÑEZ (1992: 721s)]. La materia objeto de este estudio estaba considerada en la Base Primera, “La ley penal y su validez”, apartado “5”, donde se afirmaba expresamente: “5. Se inclinará también en este lugar, la regulación de la llamada ‘colisión aparente de leyes penales’, que se resolverá con arreglo al principio de especialidad y, en su defecto, a la fórmula del vigente art. 68”. Según YÁÑEZ (1972: 726), el sentido de esta base sería tratar los problemas de “colisión” de normas conforme “a los criterios vigentes, por lo que la base remite a los preceptos oportunos que se estiman satisfactorios”. Si hemos de atenernos a estas palabras, parecería que en la época era doctrina unánime la aceptación de sólo dos principios, el de *especialidad* y el de *alternatividad*, para regular lo que denomina la base “colisión aparente de leyes penales”, lo cual según puede verse, p. ej., en RODRÍGUEZ DEVESA (1970-151ss), no puede afirmarse en modo alguno, ya que la doctrina mayoritaria admitía los cuatro principios clásicos, a saber, *especialidad*, *subsidiariedad*, *consunción* y *alternatividad*. Ni siquiera la denominación que emplea la base es la más coherente con la mayoritaria de ese entonces –*concurso de leyes*–, aunque sí ha de reconocérsele que la ubicación que pretendía dársele a la disposición que de ella emanase, dentro de la teoría de la Ley penal, sí era la más cercana a la de la doctrina mayoritaria de ese entonces. Y esa ubicación sistemática sería también con posterioridad el aporte más significativo del Anteproyecto que se comenta, lo cual no deja de ser coincidente con el parecer de la doctrina mayoritaria post-Constitución de 1978, pues también dentro de la teoría de la Ley penal trataron el tema los sucesivos proyectos postconstitucionales, incluyendo el que, en definitiva, se transformó en el nuevo CP de 1995. La escasa fortuna del mencionado Anteproyecto, aun en el plano doctrinal, queda de manifiesto en la “*Sugerencias para una nueva parte general del Código Penal español*” publicadas posteriormente por MANZANARES (1978: 764), quien, refiriéndose al entonces vigente art. 68, sostiene debe suprimirse, pues “crea más problemas de los que resuelve” y es “superflua”, pero sin hacer mención alguna del citado Anteproyecto de bases y aun proponiendo implícitamente la desregulación legal del concurso (aparente) de leyes, postura que compartiría la mayoría de quienes se pronunciaron después sobre los proyectos de los gobiernos democráticos, como aparece en seguida arriba en el texto.

¹⁹ Para muestra de esta decepción, quedan los prólogos de GIMBERNAT a las sucesivas ediciones que la Editorial Tecnos hiciera del CP 1944, donde se pasa de la dicha frente al proceso de reforma penal en 1983 (1ª ed.) a la “desdicha” de quien ve incumplidas las promesas de un nuevo CP en 1989 (6ª ed.).

convertiría en el actual CP 1995, para comprobar lo sostenido anteriormente en torno a la identidad del artículo que regula la materia que tratamos.

En efecto, el Proyecto de 1980 establecía en su art. 15, ubicado dentro del Título Preliminar, denominado "Garantías penales y aplicación de la ley", la siguiente disposición:

"Art. 15. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible.

3ª El precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquél.

4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluye a los que castigan el hecho con pena menor."

Ingresado a las Cortes el día 17 de enero de 1980, en la Exposición de Motivos que lo acompañaba, no hace el Gobierno de la época (UCD) ninguna referencia a esta nueva —respecto al CP 1944— disposición. Tampoco se encuentran razones en la siguiente discusión parlamentaria, pues ésta ni siquiera llegó a realizarse, decayendo el Proyecto, junto con la legislatura, a principios de 1982, recién concluido el trámite de presentación de enmiendas²⁰. Una vez electo el nuevo Gobierno (PSOE), en 1983, ofrece éste una "Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal" a la comunidad. En ella se recogía, en su art. 12, la misma disposición contemplada en el art. 15 PLOCP 1980, con el agregado en su encabezado de la frase que el Grupo Socialista solicitó incorporar en las enmiendas a dicho Proyecto, consistente en hacer referencia a que el artículo en cuestión no se aplicaría en los casos de concursos *real e ideal*, más otras modificaciones menores de orden gramatical²¹. Sin embargo, este Anteproyecto no llegó nunca a presentarse como PLOCP ante las Cortes. Reelecto el Gobierno en

²⁰ Se presentaron sólo dos al artículo en cuestión: la del Grupo Socialista, núm. 266, y la del Grupo Comunista, núm. 855. En la primera se aprobaba tácitamente el artículo y su ubicación, proponiéndose sólo "sustituir la frase '...dos o más preceptos se castigarán...' por 'dos o más preceptos y no comprendidos en el artículo 88, se castigarán...' ", motivada en que así se podría "evitar conflictos entre el presente artículo [15] y el 88, esto es, entre el concurso real y el ideal (sic)". En cambio, la enmienda del Grupo Comunista rechazaba el artículo en cuestión proponiendo su "supresión", pues "no existe acuerdo en la doctrina acerca de los criterios de solución de los concursos de leyes, en especial en torno al de 'consunción', cuyo tratamiento en el proyecto resulta claramente insatisfactorio. Subsidiariamente —piden los enmendantes—, debería sustituirse la redacción del número 3 en los términos siguientes: 'El precepto cuya infracción implica de suyo la de otro, consume a éste'".

²¹ El artículo quedó como sigue:

"Art. 12 [PANCP 1983].- Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos, y no comprendidos en los artículos 69 a 72 [concursos *real e ideal*], se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible.

3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castigan las infracciones consumidas en aquél.

4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluye a los que castigaren el hecho con pena menor."

1989, y tras una serie de Borradores y Anteproyectos, se presentó a las Cortes el PLOCP 1992, publicado en su Boletín Oficial de las Cortes el día 23 de septiembre de dicho año. Siguiendo la tradición impuesta por sus antecesores, contemplaba el PLOCP 1992, en el art. 7 de su Título preliminar —“De las garantías penales y de la aplicación de la ley”— idéntica disposición a la del art. 12 PANCP 1983, modificándose sólo la referencia a los números de los artículos que regulaban en el PLOCP 1992 las figuras de los *concurso real e ideal*²². Sin embargo, al contrario que el PLOCP 1980 y que la PANCP 1983, en el de 1992 la Exposición de Motivos sí hace referencia a la introducción de la regulación del concurso (aparente) de leyes, afirmándose que “tan importante materia no puede quedar al mero amparo de la interpretación doctrinal, que, como tal, puede ser variable”. Además, en lo que toca a la tramitación parlamentaria, el PLOCP 1992 tuvo un poco más de fortuna que su antecesor, pasando del trámite de presentación de enmiendas²³ a su discusión, aunque ninguna

²² El artículo en cuestión se presentó como sigue:

“PLOCP 1992. Art. 7.- Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos, y no comprendidos en los artículos 73 a 78, se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible.

3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castigan las infracciones consumidas en aquél.

4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluye a los que castigaren el hecho con pena menor.”

²³ Tres enmiendas se presentaron al artículo propuesto: la 116 del Grupo Vasco-PNV, la 549 del Grupo CDS y la 858 del Grupo Popular. De ellas, las dos primeras afectaban cuestiones meramente formales de redacción, siendo sólo la del Grupo Popular la que presentaba una modificación de fondo a la regulación propuesta. En efecto, mientras la enmienda 116 pedía sustituir, en el número segundo, la expresión “ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible”, por la de “ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, o ésta sea tácitamente deducible”, motivada en una “corrección de estilo lingüístico para evitar la repetición de la palabra ya”; la 549 solicitaba eliminar del número tercero la expresión *más amplio*, porque introduciría “ambigüedad”, argumentando además que la regla que contenía dicho número sería innecesaria, “por quedar comprendida en la primera”.

En cambio, el Grupo Popular proponía derechamente sustituir la totalidad del artículo en cuestión por el siguiente: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que, en cada caso, corresponda, de acuerdo con la relación existente entre las respectivas figuras de delito; y, en su defecto, si el mismo hecho se encontrare previsto en dos preceptos, por aquel que establezca la pena más grave al delito o falta cometido”. Según el Grupo enmendante, dos eran los objetivos básicos de esta enmienda: suprimir las reglas 1ª a 3ª del art. 7 del Proyecto y redefinir, “con mayor precisión”, la regla 4ª de dicha disposición. La justificación de esta enmienda resume las diversas críticas doctrinales que el artículo propuesto, en sus versiones anteriores, había recibido. Así, se afirma que el CP “no es el lugar idóneo para definir y formular las reglas del razonamiento lógico, las bases de la hermenéutica jurídica; que el intento de resolver con dichas reglas “los complejíssimos problemas que suscita el concurso de leyes, es una empresa inútil, digna de mejor causa”, pues tales problemas serían “probablemente los más intrincados de la Parte General del Derecho Penal”; que el nuevo artículo, “lejos de facilitar la solución en el futuro de estos problemas, complicará aún más el análisis de los mismos”, porque “no existe consenso alguno en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre el alcance y significación precisos de término como el de subsidiariedad, consunción o incluso alternatividad”, y las reglas del artículo enmendado “tampoco resuelven definitivamente todas las dudas existentes”. Además, agrega el Grupo enmendante, es conveniente recordar “que la dificultad máxima del concurso de leyes deriva no tanto de la interpretación siempre conflictiva de términos como *especialidad, subsidiariedad, consunción*, sino de una cuestión previa: determi-

tuvo en verdad éxito²⁴, llegando incluso a aprobarse un texto por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, básicamente el mismo artículo propuesto por el Gobierno²⁵, justo antes de que decayese la legislatura y con ella el PLOCP 1992. Así que, una vez asumido el nuevo Gobierno (PSOE), se reinició el proceso de reforma en el mes de septiembre de 1994, con la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de 26.9.96 del PLOCP 1994, el cual reproducía, en

nar si entre dos preceptos penales, de aparente aplicación al caso controvertido, existe una relación de especialidad, de subsidiariedad o de consunción"; así como también que la regla 4ª propuesta reproduce el tenor del art. 68, "precepto, por cierto, tosco pero muy socorrido, de una peligrosísima tendencia expansiva, que acaba operando como coartada para que los Tribunales apliquen, sistemáticamente, el precepto más severo". La sustitución propuesta pasaba entonces, según el Grupo enmendante, primero, por modificar el encabezado de la disposición, eliminando de ella la errada referencia a los arts. 73 a 78, "que eran los preceptos del Anteproyecto" y no los que correspondían al Proyecto -arts. 74 a 79-, pues ella era "ociosa", "dado que la definición que encabeza el citado precepto... descartan (sic), ya de antemano, la aplicación de las cuatro reglas que en el mismo se establecen al concurso ideal y al concurso de delitos, de estructura bien diferente". Y en seguida, por redefinir la regla 4ª del artículo, única que subsistiría, pues "convendría... resaltar la naturaleza excepcional y subsidiaria de este principio de alternatividad, al que sólo procede acudir cuando el mismo delito se halle previsto en dos preceptos legales distintos y, en consecuencia, no sea posible, por tratarse de un auténtico error de técnica legislativa, resolver el conflicto acudiendo a los criterios generales".

²⁴ En esta discusión quedó claro el criterio del Gobierno en orden a no modificar el texto propuesto, pues a pesar de la fundamentada enmienda del Grupo Popular, la Ponencia de la Comisión de Justicia encargada de estudiar el PLOCP resolvió acoger de ella sólo la parte que hacía referencia a la errada concordancia del encabezado del artículo en cuestión, además de aceptar en su totalidad la enmienda 116 del Grupo Vasco-PNV. La enmienda 549 del Grupo CDS fue retirada por sus patrocinadores durante los trabajos de la Ponencia. Posteriormente, en el trámite de discusión en la Comisión de Justicia, en la sesión 634 de 16 de marzo de 1992, el representante del Grupo Popular, Sr. Pillado, repuso la enmienda ya citada y rechazada prácticamente en su totalidad en la Ponencia, sobre la base de los mismos argumentos que sirvieron para justificarla. Ante eso, el Sr. Mohedano, representante del Grupo Socialista, replicó "que, sin duda alguna, somos partidarios de mantener el texto del proyecto, que recoge principios doctrinales y jurisprudenciales pacíficos", agregando que "no hay ninguna confusión en este artículo entre el concurso de leyes, que efectivamente debe ser objeto del Título preliminar del Proyecto, y el concurso de delitos", y que el art. 7 recogería las cuatro reglas del concurso de leyes "de una manera bastante clara, inequívoca y concisa". Por último, afirmó el representante del entonces grupo mayoritario, que la propuesta del Grupo Popular era, respecto del artículo en cuestión, "una fórmula mucho más retórica e ininteligible". Votadas las enmiendas, se rechazaron todas las del Grupo Popular, incluyendo por cierto la que versaba sobre el mentado art. 7, con veinte votos en contra, ocho a favor y dos abstenciones. En esa misma sesión, votó la Comisión el Informe de la Ponencia para estudiar el PLOCP 1992, aprobándose en lo relativo al Título preliminar por 22 votos a favor, 5 en contra y 3 abstenciones.

²⁵ La que aprobó el art. 7 del PLOCP 1992 contenido en el Informe aprobado de la Ponencia de la Comisión de Justicia para estudiar el PLOCP, en los siguientes términos:

"PLOCP 1992. Art. 7.- Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos, y no comprendidos en los artículos 74 a 79, se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible [es notable el descuido manifiesto que representa haber reiterado en el Informe de la Ponencia la regla 3ª del art. 7 del Proyecto, sin practicar en ella la modificación lingüística propuesta por la enmienda 116, expresamente admitida por la Ponencia y la Comisión de Justicia].

3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castigan las infracciones consumidas en aquél.

4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluye a los que castigaren el hecho con pena menor."

su art. 8, prácticamente la disposición del art. 7 PLOCP 1992, con sólo unas modificaciones en los giros verbales y en la referencia a los artículos que regulaban los concursos *real e ideal*²⁶. Sin embargo, en su Exposición de Motivos, el Gobierno ya no consideró necesario *justificar* la introducción de la disposición en comento, como lo hiciera en el PLOCP 1992. Después de una corta tramitación parlamentaria (un año y un mes en total)²⁷, con la aprobación del Pleno del Congreso, el 8 de noviembre de 1995 el art. 8 del PLOCP 1994 se transformó sin otras modificaciones que las relativas al número de las referencias que contenían, en el actual art. 8 CP 1995, que dispone:

²⁶ La disposición remitida al Congreso fue la siguiente:

"PLOCP 1994. Art. 8.- Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 74 y 78, se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumadas en aquél.

4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor."

²⁷ En cuanto a las enmiendas, el artículo en cuestión sólo recibió dos: la núm. 167, del Grupo Mixto-ERC (Pilar Rahola), y la núm. 223, del Grupo Popular. En la primera, la diputada Rahola pide la "supresión" del artículo en cuestión, aduciendo "no existe acuerdo en cuanto a los criterios que deben resolver el concurso de leyes". Agrega la enmendante que "la remisión a los artículos 74 a 78 (regulación del concurso de delitos) no es correcta, puesto que obliga a analizar el concurso de delitos antes que el concurso de leyes", con lo que "se invierte el orden de aplicación de los criterios de resolución del concurso". Por su parte, el Grupo Popular insiste en su enmienda en la que presentara al PLOCP 1992, solicitando la modificación del art. 8º y su sustitución por uno que estableciese: "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que en cada caso corresponda, de acuerdo con la relación existente entre las respectivas figuras de delito; y, en su defecto, si el mismo hecho se encontrare previsto en dos preceptos, por aquel que establezca la pena más grave al delito o falta cometida", en razón de la, a su juicio, improcedente remisión que hace el encabezado del art. proyectado a los arts. 74 a 78; la falta de definición de lo que considera "dificultad máxima" del instituto, esto es, determinar cuándo existe alguna de las relaciones que las reglas propuestas pretendían solucionar; y la mayor "operatividad" del texto expuesto en la enmienda, que deja entregada la solución del conflicto a la relación que entre las normas concurrentes se determine caso a caso.

Como en el caso del PLOCP 1992, al discutirse las enmiendas propuestas en la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior para el estudio del PLOCP 1994, sólo se aceptó corregir la concordancia de los preceptos indicados en el artículo, cambiando los guarismos "74 a 78" por "74 a 80". Al pasar a discutirse el Informe de dicha Ponencia por la Comisión de Justicia e Interior, en Sesión 489 de 10 de mayo de 1995, la diputada Sra. Rahola no se presentó a defender sus enmiendas, por lo que ellas no se discutieron, quedando sólo por discutir las del Grupo Popular, defendidas por el diputado Sr. Pillado, quien reiteró los argumentos expuestos en la enmienda que defendía, agregando que el Proyecto se referiría al concurso (aparente) de leyes "como si de un concurso ideal de delitos se tratara", que en él "la materia no está bien contemplada", y que la enmienda propuesta es "un texto mucho más ágil, un texto mucho menos dificultoso que el que se nos propone", planteándose "a favor de la Ley penal, ya que, profundizando en el análisis de dichas figuras [delictivas], se resolverá cada caso en función de su mejor ajuste al supuesto que contempla y si, en definitiva, esto no es suficiente, se inclinará por la solución que también se contempla en otros puntos de este Código, cual es aplicar la ley que imponga la pena más grave". Defendiendo el Proyecto, el diputado Sr. Barrero López, del Grupo Parlamentario Socialista, afirma que las reglas contenidas en su art. 8º "han sido solicitadas por la doctrina, por la jurisprudencia y por todos los que ejercemos, de una manera más o menos continuada" y que, en cambio, la fórmula propuesta por el Grupo Popular "es una enmienda, a nuestro entender, de

“CP 1995. Art. 8°. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor.”

las llamadas de cláusula general vacúa”, además de “simplista”, “porque lo único que recoge es la pena más grave”. Efectuada la votación de rigor, la enmienda del Grupo Popular fue rechazada y aprobándose en el Dictamen de la Comisión la misma disposición que contenía el Informe de la Ponencia, esto es, la del art. 8° del Proyecto, pero modificando la referencia a los arts. “74 a 78” por otra a los arts. “74 a 80”.

El día 22 de junio de 1995 pasa a discutirse en el Pleno del Congreso de los Diputados el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior, discusión en la cual el diputado Sr. Pillado renovó la enmienda propuesta por el Grupo Popular al art. 8 del Proyecto, ahora Dictamen, sosteniendo que el texto propuesto en su enmienda era “mucho más simple, mucho más funcional, mucho más claro” que el del Dictamen, pues “no se pueden aplicar al concurso de leyes las normas del concurso de delitos” [como parece entender hace el Dictamen], sino que se debiera, como propone el Grupo enmendante, “después de procurar la interpretación de los textos legales para ver cuál es la norma concreta más adecuada” inclinarse “por el precepto penal que castigue con mayor gravedad el hecho”, agregando que las tres primeras reglas del artículo enmendado “sí pueden ser adecuadas para el concurso de delitos, [pero] en modo alguno lo pueden ser para el concurso de normas (sic)”. Sin embargo, la única respuesta que obtuvo el Grupo Popular a este argumento fue la votación contraria del Pleno, que aprobó el Dictamen, en lo que respecta al art. 8°, tal cual le fue remitido por la Comisión de Justicia e Interior, con la sola modificación debida al cambio de numeración de los artículos referenciados en el mismo, cambiándose de “74 a 80” a “73 a 79”.

Una vez ingresado al Senado para un segundo trámite parlamentario, se presentan nuevamente dos enmiendas al PLOCP 1994, aunque de distinto carácter. La primera, núm. 273, firmada por el Grupo Parlamentario Socialista, sólo pretende la modificación de la referencia hecha a los arts. 73 a 79, proponiendo se haga a los “artículos 73 a 77”, como “mejora técnica por error en la remisión”. En cambio, la segunda, núm. 452, del Grupo Parlamentario Popular, pretende renovar en la discusión del Senado la que le fuera rechazada en el Congreso de los Diputados, aduciendo para su justificación los mismos argumentos que la fundamentaban.

Estudiado el Proyecto por la Ponencia de la Comisión de Justicia, encargada del mismo, se admitió en su Informe la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, rechazándose, en cambio, la del Grupo Parlamentario Popular. Al discutirse dicho Informe en la Comisión de Justicia del Senado, en Sesión 225 del día 9 de octubre de 1995, la Sra. Vindel López renovó la enmienda del Grupo Popular, insistiendo en la mayor practicabilidad del artículo que en ella se proponía y en la idea de que el artículo, tal cual había quedado en el Informe de la Ponencia, “se refiere al concurso ideal y al concurso de delitos”, con lo que “se hace una mezcla entre unas cosas y otras”, “entre lo que es el primer párrafo, el concurso de delitos, y luego, lo que es el concurso de leyes”. En su turno en contra, defiende el artículo del Proyecto el Sr. Galán López, sosteniendo “que técnicamente es mejor la regulación el concurso de ley contenida en el Informe de la Ponencia” que la propuesta por el grupo enmendante, al que atribuye “una cierta confusión entre el concurso de normas y el concurso ideal”, pues mientras en el segundo caso estaríamos ante un problema “penológico”, en el primero, que trataría el artículo defendido, se trataría de uno de “interpretación”, que no podría dejarse librado a una sola regla, como pretende el grupo enmendante, a lo que agrega “es mejor el complejo sistema de las cuatro reglas que establece el artículo 8, que debe mantenerse, siguiendo el criterio de otros ordenamientos”. Efectuada la votación, se aprueba el Informe de la Ponencia y se rechaza, en consecuencia, la enmienda del Grupo Popular, quedando entonces el art. 8 del PLOCP 1994 incorporado al Dictamen de la Comisión, con la sola modificación ya señalada en los numerales de los artículos a que se refiere.

La crítica dogmática

Durante los quince años que tardó en convertirse el art. 15 del PLOCP 1980 en el actual art. 8 CP 1995, la crítica dogmática acerca de la oportunidad y beneficios que dicha disposición traería se dividió, pasando de ser mayoritaria la posición de quienes rechazaban el articulado propuesto a serlo quienes parecían aceptarla, aunque sin estar siempre de acuerdo con los términos concretos del articulado en cuestión.

Así, mientras los primeros comentarios se centraban en la crítica del articulado del los arts. 15 PLOCP 1992 y al 12 de la PANCP 1983, pidiendo la supresión del mismo, básicamente porque el problema del concurso (aparente) de leyes era una cuestión relativa a principios de lógica e interpretación jurídica, no susceptible de legislarse, sino para traer más confusión a la materia existente, como sostenían López-Rey (1980: 320) y Sanz (1986: 252)²⁸, y porque no existía acuerdo definitivo en cuanto a los criterios que deben resolver el concurso de leyes, tanto a nivel teórico como práctico, según afirmaban Mir (1980: 45) y Bacigalupo (1983: 51)²⁹; en la década de los noventa, la mayor parte de las críticas eran favorables a la incorporación de dichas disposiciones y de la que

En su último trámite senatorial, el Pleno del Senado aprobó el día 25 de octubre de 1995 el artículo 8 contemplado en el Dictamen de la Comisión de Justicia, a pesar de que el Grupo Parlamentario Popular, por boca de su portavoz, Sra. Vindel López, renovó la enmienda de modificación propuesta en todos los trámites anteriores, con los mismos argumentos ya señalados e insistiendo en que el texto del Proyecto trata el concurso (aparente) de leyes "como si fuera un concurso ideal de delitos", aclarando que la remisión a la norma más grave que su Grupo propone, es sólo en carácter *supletorio*. Sin duda, los argumentos de la Sra. Vindel no convencieron mucho al representante del Grupo Parlamentario Socialista, quien expresó en el Pleno la enmienda propuesta *simplifica* "las fórmulas de solución de los concursos de leyes con la aplicación tradicional de la pena más grave como única fórmula de solventación de este concurso"; ni tampoco convencieron al resto de los senadores, ya que al votarse el Dictamen de la Comisión, éste fue aprobado por la mayoría del Senado, rechazándose en consecuencia la enmienda del Grupo Parlamentario Popular, y remitiéndose al Congreso de los Diputados el mismo texto del art. 8 que antes aquél había remitido al Senado, con la sola modificación en la numeración de los arts. a que hacía referencia ("73 a 77" en vez de "73 a 79").

El Pleno del Congreso discutió en su sesión de 8 de noviembre de 1995 las enmiendas del Senado al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal aprobado por el Congreso, pero sin hacerse en dicha discusión referencia expresa al art. 8, aprobándose sin más su enmienda, junto con todas aquellas que el acuerdo previo de los grupos parlamentarios mayoritarios permitió.

²⁸ SANZ (1986: 253 nota 30) cita también en este sentido a CORDOBA.

²⁹ Agrega SANZ (1986: 252) que "un Código Penal no debe ser ningún Tratado" y que, en definitiva, el artículo propuesto en el número 12 de la PANCP resultaría "totalmente innecesario y superfluo, como también lo es el [entonces] actual art. 68 CP". A estos argumentos habría que agregar, según el autor, la existencia de "estériles disputas" en la doctrina italiana a propósito de la interpretación del art. 15 de su CP, "referente a un principio interpretativo tan fuera de discusión como es el de especialidad"; el que la mayor parte de los nuevos Proyectos de CP en el mundo no traten el tema, salvo el CP Tipo para América Latina; y la especial atención con que se debatió el tema en el proceso de reforma alemán, donde se llegó a la conclusión de la inconveniencia de introducir un precepto como el del art. 12 PANCP. A ello añade BACIGALUPO (1983: 51), que incorporar a la legislación las reglas que contenía el art. 12 PANCP 1983 "no es aconsejable", pues, "en verdad, esas reglas no resuelven los problemas que plantean los concursos aparentes", fijando, "además, de una manera impropia las distintas categorías de concurrencia aparente". Cfr. CUELLO CALÓN/CAMARGO (1981: 712s), quienes destacaban lo "completa" de la regulación establecida en ella y que "se encuentran recogidos los principios de especialidad, subsidiariedad, absorción y alternatividad, estableciéndose un lógico orden de prelación entre ellos", y LANDROVE (1985: 107), quien, aunque sin pronunciarse abiertamente sobre el articulado en cuestión, parecía aprobar la idea misma de legislar al respecto. Una posición "eclectica" parece

las sucedieron en los PLOCP 1992 y 1994, aunque ello no implicase una aprobación total de su contenido³⁰.

Sin duda, quien mejor representa al grupo de autores favorables a la introducción del ahora art. 8 CP 1995 es Cuerda (1991: 861), quien respecto del artículo 7 del Borrador de Anteproyecto de 1990 –idéntico al 7 del PLOCP 1992– afirmaba era “correcto que el Borrador incluya una disposición de estas características”, en base a los siguientes argumentos: primero, porque no hacerlo supondría “una dejación en las responsabilidades del legislador”; segundo, porque “la inexistencia de tal disposición genera inseguridad jurídica”, y tercero, porque la situación entonces vigente era “insostenible”, atendido el hecho de que debía dejarse de aplicar siempre el art. 68, “frente a su concluyente tenor literal, en los supuestos de especialidad de leyes privilegiadas”³¹.

Ahora bien, estos argumentos, como el de la Exposición de Motivos del PLOCP 1992, son muy débiles, pues, en primer lugar, no existen razones fuertes para sostener que la actividad del legislador, tratándose de materias como las que estudiamos, vaya producir mejores resultados que su “dejación”, pues la poca utilidad de legislar en este punto ya había sido demostrada en España, donde la supuesta regulación antes existente, el mencionado art. 68 CP 1944, fue rápidamente considerada una regulación subsidiaria de los principios doctrinales de solución del concurso (aparente) de leyes, incluso por la propia

ser la RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO (1994: 203), donde sin pronunciarse fervientemente a favor del articulado del PLOCP 1992, se estima, *en caso de no suprimirse*, “preferible” a la del *Estudio de Bases* de 1972 (v. nota 18), aunque antes el propio RODRÍGUEZ DEVESA (1980: 164) parecía aprobar tácitamente la redacción del art. 15 PLOCP 1980.

³⁰ Así, destacará QUINTERO (1992: 718) como una gran ventaja el orden de prelación que establecía el entonces todavía propuesto art. 7 ACP 1992. Por su parte, MORILLAS (1992: 79) sostuvo que, “en cualquier caso, al margen de las objeciones al número de principios admitidos, es clara la ventaja de su enumeración típica, lo que ayuda a la solución del problema desde la perspectiva legislativa”. También de acuerdo con la introducción de un articulado semejante se mostraban CUERDA (1991: 861), cuya argumentación veremos arriba en el texto, y BUENO (1995: 232), quien, aprobando la introducción del art. 8 PLOCP 1994, afirmaba que con ella se “legalizan las reglas sobre el concurso de normas penales que, ante la insuficiencia del art. 68 del Código vigente, han tenido que ser construidas por la doctrina y aceptadas por la jurisprudencia, bordeando sin duda los límites del principio de legalidad”. Por su parte, LUZÓN CUESTA (1994: 277) se muestra de acuerdo con legislar en el sentido propuesto, como parece estarlo también el CGPJ, el cual, al pronunciarse sobre el articulado del entonces Anteproyecto de CP 1992, no rechazó abiertamente la disposición aquí analizada, sino más bien hizo una crítica marginal a una de las reglas que contemplaba, la 3ª, solicitando se redactase de manera que expresase la “idea latente” en ella, esto es, “que el precepto que contempla de *forma total* el desvalor del hecho, desplaza a los que sólo lo hacen de modo parcial”. Además, en el informe preceptivo del Anteproyecto CP 1994, el CGPJ ni siquiera hace mención al tema, lo que parece haberse interpretado por el Grupo Parlamentario que sostenía al Gobierno como una aprobación tácita. Cfr., sin embargo, todavía en contra de esta disposición se mostraban GARCÍA-PABLOS (1993: 82); ZUGALDÍA (1993: 317) y HERNÁNDEZ (1994: 115s nota 10).

³¹ El art. 68 CP 1944 disponía: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometido”; sin embargo, como bien señala CUERDA, esta disposición fue rápidamente relegada a un sitio marginal por la doctrina y la jurisprudencia, en el entendido que era imposible aplicarla a todos los supuestos de concurso (aparente) de leyes, como sucedía en el ejemplo arriba citado de la figuras privilegiadas. Más información al respecto, v. en GARCÍA ALBERO (1995: 420ss).

³² V. nota anterior. Cfr. QUINTERO (1992: 718), quien justifica la introducción del artículo en cuestión, para evitar un cierto “mimetismo” que ve en la jurisprudencia, de acudir preferentemente al entonces vigente art. 68 CP, “negando así en la práctica que los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad sean en todo caso prioritarios”.

jurisprudencia³². En segundo lugar, tampoco el artículo entonces propuesto y ahora vigente evitará la inseguridad jurídica, como pretende Cuerda, pues, al decir de García-Pablos (1993: 82), el artículo en cuestión “olvida” que la dificultad del problema no reside en definir los “principios de solución” del concurso (aparente), sino “en fundamentar cuándo y por qué entre dos preceptos existe una u otra clase de conexión”, por lo que, al no regular este punto, el artículo en cuestión deja entregada la doctrina y a la jurisprudencia la determinación de los supuestos en los cuales se aplicarán las reglas que contiene. Y tercero, porque si lo que se quería era no repetir la experiencia del art. 68 CP 1944, rápidamente relegado a una función subsidiaria por la doctrina española, bastaba con eliminar su contenido del nuevo Código Penal, sin que fuera necesario reponerlo como regla 4ª de un artículo cuya utilidad es, como ya se expuso, por lo menos dudosa. Además, el propio Cuerda reconoce que el artículo en cuestión es *in-completo*, pues, aparte de lo dicho anteriormente, deja de lado situaciones complejas y discutidas, como son, p. ej., las relaciones entre las figuras cualificadas y privilegiadas de un mismo supuesto básico.

Sin embargo, lo más curioso del proceso español de reforma del CP es que, enfrentados a la discusión parlamentaria los arts. 7 PLOCP 1992 y 8 PLOCP 1994, a pesar de que uno de los Grupos Parlamentarios, el Popular, insistió en todos y cada uno de los trámites parlamentarios en la reforma del articulado propuesto, fundándose en las críticas arriba reproducidas que éste había recibido por parte de la comunidad dogmática, el Grupo Parlamentario Socialista, al defender el artículo entonces proyectado y hoy vigente, recurrió a argumentos verdaderamente “sorprendentes”, los que en verdad tenían por objeto más bien el rechazo del artículo propuesto por el Grupo Popular para reemplazar al del Proyecto —que, como puede verse en las notas 22 y 26, era una reedición algo más estilizada del antes vigente art. 68 CP 1944— que la defensa o mejora del articulado que en definitiva se aprobaría. Este factor, seguramente alentado por la situación política reinante y el empecinamiento del Grupo Parlamentario Popular que no buscó la transacción en ningún momento, hizo del debate parlamentario prácticamente un diálogo de sordos, que terminó al final con el voto en contra del Grupo Parlamentario Popular a la totalidad del PLOCP que se convertiría en el hoy vigente CP 1995.

Así, ante la crítica fundada en la falta de acuerdo doctrinal y jurisprudencial suficiente para legislar en la materia, en la Comisión de Justicia del Congreso afirmó en 1992 el diputado Sr. Mohedano que el artículo criticado “recoge principios doctrinales y jurisprudenciales pacíficos” (sic), y en 1995, reiteró lo anterior el diputado Sr. Barrero López, para quien las disposiciones del artículo criticado “han sido solicitadas por la doctrina, por la jurisprudencia y por todos los que ejercemos, de una manera más o menos continuada” (sic). Y para mayor sorpresa, aun se llegó a afirmar en la Comisión de Justicia del Senado, por el senador Sr. Galán López, que “el complejo sistema” del art. 8 PLOCP 1994 “debe mantenerse, siguiendo el criterio de otros ordenamientos”, ordenamientos que no nombra, seguramente porque, según la investigación de Sanz (1986: 256), el criterio de los otros ordenamientos modernos es precisamente el inverso: no regular positivamente esta materia. Por último, en lo que respecta a la crítica basada en la falta de regulación precisa de las relaciones subyacentes a los principios de *especialidad*, *subsidiariedad*, *consunción* y *alternatividad*, la respuesta del Grupo Parlamentario Socialista fue atacar la propuesta del Grupo

Parlamentario Popular, afirmando simplemente, como lo hiciera el senador señor Galán López, "que técnicamente es mejor la regulación del concurso de ley contenida en el Informe de la Ponencia", la cual "debe mantenerse".

Los efectos del nuevo art. 8 CP 1995

En comparación al sistema seguido en la reforma alemana, el de la reforma española se caracteriza, como ya vimos, por establecer en la parte general una *regulación* expresa de la institución que tratamos, regulación que podemos calificar de *relativa*, pues al contrario de lo ocurrido en Alemania, en España la introducción de las reglas en comento en la *parte general*, pareció resolver la cuestión, pero sin que en realidad ello se lograra.

En primer lugar, y como ya destacara Rodríguez Devesa (1980: 164) respecto al PLOCP 1980, con el establecimiento de una regla en la parte general, el legislador español parece haberse *olvidado* de que es en la *parte especial* donde se originan los problemas del concurso (aparente) de leyes, donde se mantienen disposiciones "superfluas", como ciertas reglas de *subsidiariedad expresa*, y "otros ejemplos de confusión a causa de que se multiplican las relaciones de alternatividad, además de recoger las ya existentes". En efecto, y tal como reconocen Cuerda (1991: 863) y Bueno (1995: 233), en el propio texto del Libro II del CP 1995 siguen existiendo reglas concursales excepcionales o específicas, como en los casos de robo con violencia o intimidación en las personas (art. 242.I), de infracción a las normas de seguridad con riesgo a la vida de las personas (art. 350) y rebelión (art. 481). Cabe destacar aquí que el propio Cuerda (1992: 241s) es en principio reacio a admitir este tipo de reglas específicas, sosteniendo que lo "óptimo" sería tener un "exquisito cuidado en el momento de redactar los tipos, dejando bien en claro si este o aquel precepto tiene preferencia", y que "incluso las repeticiones innecesarias podrían ser evitadas mediante el simple recurso de leer por completo el Código Penal"; aunque termina por admitir tales cláusulas en aras del "realismo" que ve en este "criterio óptimo" "un desiderátum que no siempre se lleva a la práctica", y que, por tanto, exige la mínima "seguridad jurídica" que darían estas cláusulas concursales.

Pero esta regulación no sólo es *relativa* respecto a la *parte especial*, donde no parece haberse preocupado en exceso el legislador español por evitar los concursos, sino también *internamente*, en la propia regulación que establece. Así, en general, un defensor de esta disposición como es Bueno (1995: 232s), admite que al no definirse en las reglas que contiene el art. 8 CP 1995 las relaciones a las que se aplicarían, su determinación seguiría entregada al trabajo de interpretación de la doctrina y la jurisprudencia, con lo cual, evidentemente, el objetivo de otorgar *mayor seguridad jurídica* se desvanece *ipso facto*.

En efecto, afirma el propio Bueno (1995: 232s) que, respecto a la primera, "al no definir en qué consiste la especialidad, es obvio que la falta de interpretación auténtica del término habrá de continuar siendo suplida por la interpretación usual"; sobre la segunda, que el concepto contenido en ella de *subsidiariedad* 'tácitamente deducible', "supone confiar la decisión en cada caso al arbitrio judicial", aunque la justifica, porque "la naturaleza de las cosas no permitía seguramente otra redacción del precepto más acertada", pues "todas las definiciones posibles [de subsidiariedad] serían tautológicas: *norma subsidiaria es la que no es preferente*"; respecto a la tercera, que "el empleo de conceptos

indeterminados (*precepto más amplio o complejo*)” la hace “tan tautológica como la de la relación de subsidiariedad”³³, afirmando, además, sería preferible una que diera cuenta de lo informado por el CGPJ a raíz del PLOCP 1992³⁴, pero que, en todo caso, “los preceptos *absorbidos* son los que establecen menor pena, no obstante que la ley no lo diga expresamente”; y por último, en lo que toca a la regla cuarta, que “tal como está redactado, este precepto impediría la estimación de casos de concurso de delitos, si no fuera porque, cautelarmente, el repetido artículo 8° comienza afirmando que las reglas sobre concurso de normas *son subsidiarias de las reglas sobre habitualidad y sobre concurso de delitos contenidas en los artículos 74 a 78 del mismo Proyecto*”³⁵.

He subrayado el último párrafo porque él da lugar a la formulación de una cuestión que, a pesar de no haber sido advertida por la dogmática, sí lo fue por los Grupos enmendantes en la tramitación del PLOCP 1994, cuestión que originará, seguramente, bastantes discusiones doctrinarias y que, puedo prever casi

³³ Esta regla fue la que desde un comienzo se llevó la mayor parte de las críticas. Así, pronunciándose frente al art. 15 PLOCP 1980, sostuvo MIR (1980: 45) que dicha regla “no ofrece ninguna delimitación conceptual de la consunción: decir que el ‘precepto penal más amplio’ absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquél’ no aclara qué debe entenderse por el precepto penal *más amplio* ni cuáles son las infracciones *consumidas*”. A esta crítica agregó ORTEGA (1980: 140) otra, de carácter más lexicográfico que dogmático, afirmando en ella se contemplaría un error gramatical de “mayor cuantía”, mediante el cual “nos enteramos de que hay preceptos líquidos o gaseosos cuyas moléculas pueden ser atraídas y retenidas por otros preceptos; y de que hay infracciones que pueden ser destruidas, extinguidas, gastadas, es decir, consumidas”. Posteriormente GARCÍA-PABLOS (1993: 82) denunciaría que dicha regla “redefine y desnaturaliza algunas nociones fundamentales, como la de la ‘consunción’”. Por último, aunque no critica su redacción, estima CUERDA (1991: 861s) incompleta esta regla 3ª del hoy vigente art. 8 CP 1995, proponiendo incorporar a ella tres reglas más, las cuales regularían “el concurso entre un delito privilegiado y un delito cualificado, entre dos delitos cualificados, o entre dos privilegiados, cuando no hay relación de especialidad entre ellos”, supuestos que constituirían “una auténtica laguna en la teoría del concurso, por lo que para evitar soluciones casuísticas sería conveniente una regulación general” (las reglas que propone CUERDA (1991: 862) son las siguientes: “3ª bis a) Si un precepto es cualificado y el otro privilegiado y, además, no es aplicable la regla primera [*especialidad*], se impondrá la pena superior en un grado a la del delito menos grave. Cuando la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor gravedad en su mitad superior; 3ª bis b) Si los dos preceptos son cualificados respecto a otro básico y, además, no es aplicable la regla primera [*especialidad*], se impondrá la pena del delito menos grave en su mitad superior; 3ª bis c) Si los dos preceptos son privilegiados respecto a otro tipo básico y, además, no es aplicable la regla primera [*especialidad*], se impondrá la pena superior en un grado a la del delito menos grave. Cuando la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor gravedad en su mitad superior”. Otras propuestas de *lege ferenda* para este mismo grupo de casos se publican al año siguiente por el mismo CUERDA (1992: 259ss), pero, a pesar de la fecha de publicación, éstas son claramente anteriores, pues el autor se refiere siempre al PLOCP 1980 y a la PANCP 1983, y aún más, dichas propuestas se encuentran muy vinculadas a problemas propios del CP 1944, sin tomar en consideración las disposiciones del Borrador que cita en su trabajo de 1991).

³⁴ La crítica a esta regla contenida en el citado Informe sobre el Anteproyecto de 1992 del CGPJ consistía en estimar la redacción de esta regla “imperfecta”, pues no parecía quedar en ella muy clara la “idea latente” en la misma. cuya expresión “más adecuada” sería aquella que expresase “que el precepto que contempla de *forma total* el desvalor del hecho desplaza a los que sólo lo hacen de modo parcial”.

³⁵ Sobre esta regla en particular también se pronuncia GARCÍA-PABLOS (1993: 82), para quien, al recogerse en ella el mandato del antes vigente art. 68 CP 1944 —“de peligrosa tendencia expansiva”—, se perdía una oportunidad para “restringir” su ámbito de aplicación.

sin lugar a duda, obligará a la doctrina a una interpretación *contra legem* para darle algún sentido a la disposición. En efecto, según los términos del encabezado del art. 8 CP 1995, éste se aplicará cuando “los hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos no estén comprendidos” en las disposiciones que se refieren a los llamados *concurso real e ideal*. Sin embargo, como bien hizo notar la diputada señora Rahola, quien lamentablemente no asistió a la Comisión de Justicia a defender su enmienda, la remisión señalada “obliga a analizar el concurso de delitos antes que el concurso de leyes”. Esto significa que, al contrario de lo que sí parecía más o menos unánime en la doctrina española del momento, esto es, que el concurso (aparente) de leyes operaría *antes* que los de delitos, de manera que éstos se formularían negativamente, estableciéndose como requisito de los *concurso real e ideal* la inexistencia de una relación de *especialidad, consunción, subsidiariedad o alternatividad* entre las leyes en juego³⁶, la redacción del entonces proyectado y hoy vigente art. 8 CP impone entender las cosas en un *sentido inverso*, esto es, que el concurso (aparente) de delitos sólo opera cuando no sea posible aplicar las reglas de los concursos real o ideal³⁷. Sin duda, esta inversión de papeles no fue advertida por el Grupo Parlamentario Socialista, a pesar de que el Grupo Parlamentario Popular recogiera la idea planteada por la diputada señora Rahola, seguramente por las diferencias políticas existentes entre ambos grupos, ayudada en este punto por los términos confusos en que el Grupo Popular expresó la inversión referida. En efecto, la primera mención que se hace de esta cuestión en la discusión parlamentaria es la realizada por el diputado señor Pillado en la sesión del Congreso Pleno que aprobó en primer trámite constitucional el PLOCP 1994, quien al defender la enmienda del Grupo Parlamentario Popular, y al parecer bastante confundido, sostuvo que las primeras tres reglas del art. 8 “sí pueden ser adecuadas para el concurso de delitos, [pero] en modo alguno lo pueden ser para el concurso de normas”. Con más claridad, retomó el tema la senadora señora Vindel López, quien en la discusión de la Comisión del Senado sostuvo el art. 8, al referirse “al concurso ideal y al concurso de delitos”, “hace una mezcla... entre lo que es el primer párrafo, el concurso de delitos y, luego, lo que es el concurso de leyes”. Ante esta crítica, el senador señor Galán se limitó a atribuir “una cierta confusión” en el grupo enmendante acerca de la diferencia “entre el concurso de normas y el concurso ideal”, afirmando que en el primero sólo se trataría de una cuestión de “interpretación”, mientras en el segundo, de una “penológica”. Ya sin tiempo y sin respaldo político para modificar las cosas, la señora Vindel reiteró en la discusión del Pleno del Senado que el Proyecto trata el concurso (aparente) de leyes “como si fuera un concurso ideal de delitos”, apreciación que, en definitiva, sólo obtuvo el reconocimiento de las Actas.

³⁶ Por todos, v. CID (1994-34s).

³⁷ Este cambio de orden no fue notado por BUENO (1995: 233), quien sostuvo respecto a la regla 4ª del art. 8 PLOCP 1994, que “tal como está redactado, este precepto impediría la estimación de casos de concurso de delitos, si no fuera porque, cautelarmente, el repetido artículo 8º comienza afirmando que las reglas sobre concurso de normas *son subsidiarias de las reglas sobre habitualidad y sobre concurso de delitos contenidas en los artículos 74 a 78 del mismo Proyecto [el cursivo es mío]*”.

CONCLUSIONES: EL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES
EN LA REFORMA PENAL LATINOAMERICANA

Estudiados los efectos de los dos modelos de regulación analizados, la conclusión de este trabajo parece obvia: *la mejor regulación del concurso (aparente) de leyes es no regularlo mediante la introducción de un artículo en la parte general, sino evitarlo, mediante una cuidadosa redacción de las figuras de la parte especial*. Introducir una disposición en la *parte general*, como en el modemo español, puede traer mayores complicaciones que beneficios y, por tanto, lo preferible es no hacerlo.

Sin embargo, esta conclusión *parece* oponerse a la que llegaron los profesores partícipes del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, quienes en la cuarta sesión plenaria aprobaron el siguiente texto:

“Art. 64. El hecho sólo se regirá por la ley cuya aplicabilidad no se subordine expresa o tácitamente a otra, o por la que incluya el contenido de ilicitud de uno o más hechos previstos por otra. La ley especial prevalecerá sobre la general”.

Sin embargo, el origen de esta disposición nos muestra que, a pesar de haber seguido algún país de nuestro entorno la recomendación que representa –Art. 23 CP Costa Rica³⁸– ella *no representaba* verdaderamente al cuerpo de profesores involucrados en la formación del CPT; aparte de distar mucho de permitir una solución a los arduos problemas del concurso (aparente) de leyes, incorporando más “material para la discusión” que claridad en la materia.

En efecto, en cuanto a lo primero, esta disposición se originó en la propuesta mexicana sobre la regulación concursal, en la cual se tomó como presupuesto que el *concurso ideal* era el efectivo “concurso de normas”, y el (aparente) de leyes, su negación, ubicando la disposición inmediatamente después de la que regulaba el primero, con el expreso propósito de “deslindar” ambas figuras, y dando cuenta en ella, en términos muy generales, de los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad³⁹. La Comisión chilena estimó en sus observaciones que la materia a regular no correspondía hacerlo en la sección referida, sino en la correspondiente a la interpretación y aplicación de la ley, aparte de que no era propio identificar el concurso ideal con el de normas, pues el de normas sería el “verdadero” concurso (aparente), objetando, además, que no se indicara con claridad cuál de los preceptos tendría preferencia en las relaciones que se señalan⁴⁰. Por su parte, la Comisión paulista, dividida entre quienes estimaban debía dejarse esta materia a la elaboración doctrinal y quienes apoyaban la idea de establecer alguna regla al respecto, terminó por aceptar esta última postura como mayoritaria, pero, eso sí, apoyando la idea de reglamentar la materia en el capítulo referente a la interpretación de la ley, como lo proponía la

³⁸ Que dispone: “Art. 23. Cuando la misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyen entre sí, sólo se aplicará una de ellas; así: la norma especial prevalece sobre la general; la que contiene íntegramente a otra prefiere a ésta, y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria”.

³⁹ CPT I, 392s.

⁴⁰ CPT I, 461.

Comisión chilena⁴¹. Por último, la Comisión colombiana, sin proponer algo en contra, estimó, en todo caso, que la fórmula mexicana “se presta a confusiones” en lo que atañe a distinguir el “concurso de tipos” del ideal⁴².

Frente a estas observaciones, contestó la Comisión mexicana que estaba de acuerdo en cambiar la ubicación de la disposición al capítulo referido a la interpretación y aplicación de la ley, aunque justifica haberlo incorporado en su propuesta sobre “Concurso de delitos y su régimen”, “para su esclarecimiento, fijación, complemento y separación de conceptos”, admitido su “influjo excluyente” frente al concurso ideal; pero no se manifiesta dispuesta a transar en la cuestión terminológica, en el sentido de entender, como Maurach, a quien citan, que el verdadero concurso de leyes o normas es el ideal, siendo el que ahora nos ocupa uno impropio o aparente.

Así las cosas, queda claro que la incorporación al CPT de la disposición en comento se debió en su origen a una “extralimitación” de la comisión mexicana, que puso el tema en el tapete, y que en todo caso el acuerdo sobre la misma no era unánime.

Pero donde se demostró en plenitud esta falta de acuerdo fue en la IV Reunión Plenaria del CPT, celebrada en Venezuela, y en la cual se debatió en particular el artículo en cuestión. Al votarse en la octava sesión de dicha reunión la propuesta mexicana, se produjo una *impasse*, cuyo relato terminará por demostrar la falta de solidez científica del acuerdo en definitiva adoptado. En efecto, antes de poner a votación el artículo en cuestión, se planteó primero la conveniencia o no de introducir una disposición semejante en el CPT, cuestión que fue llevada a votación, cuyo resultado fue de empate a cinco votos y una abstención. Entre quienes se oponían se encontraba el presidente de la comisión, el profesor Mendoza. Puesto que el reglamento no contemplaba esta situación, se discutió cuál habría de ser el procedimiento para zanjarla, llegándose a la conclusión que debería hacerse valer doble el voto del presidente. Con este acuerdo se rechazaba implícitamente la inclusión de un artículo sobre la materia. Sin embargo, y sin mediar ninguna explicación convincente, el profesor Mendoza no hizo valer su voto de presidente, sino que votó de nuevo (!), pero en sentido contrario al de su primera votación (!?), decidiendo de este modo la inclusión de un artículo como el propuesto⁴³, después de lo cual, y no sin oposición –incluida la del profesor Jiménez de Azúa–, se pasó a las particularidades del mismo, encargándose a la delegación chilena su redacción definitiva, la cual fue posteriormente aprobada en los términos arriba transcritos⁴⁴.

Y en cuanto a los méritos propiamente tales de la disposición, basta una somera lectura de la misma para percibir que, al igual que el art. 8 CP español 1995, *no define* cuáles serían los requisitos para saber cuándo una ley es subsidiaria de otra o se consume en ésta, y ni siquiera cuándo una se entenderá especial y la otra general, por lo que todas las discusiones respecto al alcance, límites y contenidos de esos “principios de solución”, se reproducirán de todos modos, aun con un texto como el propuesto⁴⁵.

⁴¹ CPT I, 456.

⁴² CPT I, 457.

⁴³ CPT I, 555; CPT II, 705.

⁴⁴ CPT II, 830ss; CPT II, 705.

⁴⁵ Y más, si se quiere, al no contemplarse el principio de *alternatividad*, cuya ubicación habrían de encontrarla de alguna manera quienes la admiten, ya sea extendiendo el alcance de la disposición o, simplemente, considerándola incompleta.

Pero es que, para finalizar, el texto propuesto no sólo no resuelve el problema de fondo del concurso (aparente) de leyes, sino que, además, de asumirse por alguna legislación, originará presumiblemente otros, como p. ej., los derivados de la interpretación de las siguientes expresiones:

- a) "El hecho sólo se regirá por la ley, etc.": ¿Quiere decir esto que a cada hecho corresponde sólo un delito? ¿Y cuál es el lugar del concurso ideal? ¿Habrá que entender existente una cláusula tácita que diga, "salvo en los casos de concurso ideal"? ¿Cómo se diferencia el uno del otro?, etc.
- b) "la ley cuya aplicabilidad no se subordine expresa o tácitamente a otra": ¿Se refiere a la aplicabilidad de *toda* la ley o de *parte* de la ley? ¿Qué es "subordinar"? ¿Cuál es el sentido de una cláusula expresa de "subordinación" si ésta ya la recoge este precepto? ¿Cuándo una ley está *tácitamente* "subordinada" a otra? ¿La "aplicabilidad" de una ley está "subordinada" a la *existencia* o a la *aplicabilidad* de "otra"? , etc.
- c) "por la que incluya el contenido de ilicitud de uno o más hechos previstos por otra": ¿Cuándo ocurre esto? ¿Se aplica esta regla cuando el "contenido de ilicitud" incluido en una ley abarca "uno o más hechos previstos en otra", pero no *todos* los hechos que éste prevé? ¿Cuántos "más hechos" debiera abarcar la ley "incluyente"? ¿Por qué aquí se habla de "hechos" si el encabezado se refiere sólo a *un hecho*?, etc.
- d) "la ley especial prevalecerá sobre la general": Aunque esta parece ser la regla más clara, no atiende a un problema de primera importancia: ¿Cuándo una ley es especial respecto a otra? ¿Una ley que es especial respecto a otra es también especial respecto a las leyes especiales de esa otra? ¿Hay especialidad cuando se trata de varios hechos y no sólo uno, como reza el encabezado? ¿Cuál es el tratamiento del concurso de diferentes figuras especiales de un mismo tipo básico?, etc.

BIBLIOGRAFIA

- ABELS, PETER. *Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz*, Marburg 1991.
- BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE. *Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal*, en RFDUC, monográfico 6 (1983), 49.
- BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH. *Strafrecht AT. Ein Lehrbuch*, 9. Aufl., Bielefeld 1985.
- BLEI, HERMANN. *Strafrecht I AT. Ein Studienbuch*, 18. Aufl. des von E. Mezger begründeten Werkes, München 1983.
- BRINGEWAT, PETER. *Die Bildung der Gesamtschuld*, Berlin/New York 1987.
- BRUNS, HANS-JÜRGEN. *Strafzumessungsrecht (Gesamtdarstellung)*, 2. neubearbeitete Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1974.
- BRUNS, HANS-JÜRGEN. *Anmerkung zu Urteil BGH v. 3.7.1981 (BGHSt 30, 166)*, en JR 1982, 166.
- BUENO ARUS, FRANCISCO. *La teoría de la ley penal en el proyecto de Código Penal español de 26 de septiembre de 1994*, en AP 1995, 227.
- CID MOLINE, JOSE. *Notas sobre las definiciones dogmáticas de concurso de delitos*, en ADPCEP 1994, 29.
- CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA. Dos tomos, Santiago 1973.
- CRAMER, PETER. *Das Strafsystem des StGB nach den 1. April 1970*, en Jura 1970, 183.
- CUELLO CALON, EUGENIO/CAMARGO HERNANDEZ, CESAR. *Derecho Penal, t. I, vol 2º*, 18ª ed., Barcelona 1981.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO. *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyectos de Código Penal de 1990*, en ADPCP 1991, 621.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid 1992.

- DREHER, EDUARDO/TRÖNDLE, HERBERT. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 46., neubearbeitete Auflage des von Otto Schwarz begründeten Werkes, München 1993.
- GARCIA-PABLOS, ANTONIO. *Proyecto de Código Penal de 1992, parte general (teoría jurídica del delito)*, en ILADE 29 (1993), 57.
- GEERDS, FRIEDERICH. *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg 1991.
- GEPPERT, KLAUS. *Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)*, en Jura 1982, 358 y 418.
- HERNANDEZ PLASENCIA, JOSE ULISES. *Delitos de peligro y verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*, en ADPCP 1994, 111.
- JAKCOBS, GÜNTHER. *Strafrecht, AT*, 2. Aufl., Berlin/New York 1981.
- JESCHEK, HANS HEINRICH. *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4. Aufl., Berlin 1988.
- JESCHEK, HANS-HEINRICH. *Die Konkurrenz*, en ZStW 67 (1955), 529.
- LACKNER, KARL. *Auffassung in der Großen Strafrechtskommission, en Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 2 Bd AT, 23. Sitzung, Bonn 1958, 299.
- LACKNER, KARL. *Stellungnahme des Bundesjustizministeriums, en Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 2 Bd, Anhang Nr. 63, Bonn 1958, 201.
- LACKNER, KARL. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20., neubearbeitete Auflage des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Hermann Maassen begründeten Werkes, München 1993.
- LANDROVE DIAZ, GERARDO. *Introducción al derecho penal español*, Madrid 1985.
- LAUBENTAL, K. *Anmerkung zur BGH v. 12.4.88*, en JR 1988, 334.
- LOPEZ REY, M. *Análisis Político Criminal del Proyecto oficial del Código Penal español*, en ADPCP. 1980, 313.
- LUZON CUESTA, JOSE MARIA. *Compendio de Derecho penal*, 6^o ed., Madrid 1994.
- MAATZ, KURT. *Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand ein vollendeten milderen Delikts verdrängen?*, en StZ 1995, 211.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS. *Sugerencias para una nueva Parte General del Código Penal español*, en DJ 19 (1978), 763.
- MAURACH, REINHART. *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlung und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, en Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I, Bonn 1954, 249.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal*, en RFDUC monográfico 3 (1980), 39.
- MITSCH, WOLFGANG. *Gesetzeseinheit in Strafrecht*, en JuS 1993, 471.
- MONTENBRUCK, AXEL. *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin 1983.
- MORILLAS CUEVAS, LORENZO. *Manual de derecho penal (parte general) I. Introducción y ley penal*, Madrid 1992.
- PUPPE, INGEBORG. *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, en GA 1982, 143. *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin 1979.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Derecho penal PG*, 2^o ed. (con la colaboración de Morales Prats, Fermín y Prats Canut, J. Miguel), Madrid 1992 (reimp., con *addenda*, de la ed. de 1989).
- RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA. *Derecho penal español, parte general*, 1^o ed., Madrid 1970.
- RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA. *Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidas en la parte general del Proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, 151.
- RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA/SERRANO GOMEZ, ALFONSO. *Derecho penal español PG*, 17^o ed. *revisada y puesta al día*, Madrid 1994.
- SAMSON, ERICH. *Anmerkung vor § 52 StGB*, en *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., Neuwied/Kriftel 1987.
- SANZ MORAN, ANGEL. *El concurso de delitos, aspectos de técnica legislativa*, Valladolid 1986.
- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD. *Strafrecht AT. Lehrbuch*, 2. Aufl., Tübingen 1975.
- SCHMITT, RUDOLF. *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Gleichzeitig eine Besprechung von: Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz in Strafrecht*, en ZStW 75 (1963), 43, 179.
- SCHNEIDEIN, KARL. *Inwieweit ist es möglich und empfehlenswert, die Art der Konkurrenz zwischen mehreren Straftatbeständen im Gesetz auszudrücken?*, en *Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I*, Bonn 1954, 221.

- SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST/STREE, WALTER. *Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff.*, Stree en Schönke/Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl., München 1991.
- SCHRÖDER, HORST. *Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten*, en NJW 1956, 1737.
- SCHÜNEMANN, BERND. *Raub und Erpressung*, en JA 1980, 349, 193 y 486.
- SEIR, JÜRGEN. *Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen*, en Jura 1983, 225.
- STRATENWERTH, GÜNTHER. *Strafrecht AT I: die Straftat*, 3. neubearbeitete Aufl., Köln 1981.
- TIEDEMANN, KLAUS. *Grundzüge der Konkurrenzlehre*, en JuS-Lernbogen 3/1987, 17. *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, en Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 715. *Vorbemerkungen des § 52 StGB*, en *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin/New York 1985.
- VOLL, GUSTAV. *Konkurrenzen*, en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 2, Bd, Anhang Nr. 60*, Bonn 1958, 165.
- WAGNER, HEINZ: *Anmerkung zur Urteil des BGH v. 21.4.1978*, BGHSt 28, 11, en JR 1976, 293.
- WESSELS, JOHANNES. *Strafrecht AT*, 23. Aufl., Heidelberg 1993.
- WOLTER, JÜRGEN: *Verurteilung aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat?*, en GA 1974, 161.
- YAÑEZ ROMAN, PEDRO LUIS. *Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro 1 del Código Penal*, en ADPCP 1972, 721.
- ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL. *Fundamentos de derecho penal*. 2ª ed., Valencia 1993.