

El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal

EMILIANO BORJA JIMENEZ

Universitat de Valencia

SUMARIO: Introducción. Breve referencia al origen histórico del principio de inherencia. Situación en el derecho alemán e italiano. Fundamento y naturaleza jurídica: *a)* Fundamento; *b)* Naturaleza jurídica. Ambito de aplicación. Criterio de determinación de la relación de inherencia. Algunos supuestos en el derecho positivo español: *a)* El robo con violencia o intimidación y la agravante de uso de armas u otros instrumentos peligrosos; *b)* las lesiones agravadas del número 1 del artículo 421 del Código Penal; *c)* Otros supuestos menos conflictivos.

INTRODUCCION

El artículo 59 del Código Penal señala:

«No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse.»

En el momento de la determinación de la pena, como es sabido, el juez tiene que concretar la genérica sanción establecida en el tipo penal según las peculiaridades que presenta el supuesto específico a enjuiciar. Pero no toda particularidad del hecho positivo es relevante en el marco de la individualización penal, sino tan sólo aquellas que especialmente han sido consideradas por el legislador, bien sea como agravantes o atenuantes genéricas, eximentes incompletas o elementos específicos de agravación o atenuación. Todos ellos desempeñan una función propia y otra común, consistiendo esta última en un ajus-

te de la pena a la concreta gravedad del hecho antijurídico y de la culpabilidad del autor del mismo.

El artículo 59 del Código Penal, sin embargo, prohíbe que, cuando concurren determinados presupuestos, se apliquen estas circunstancias para la obtención de la cuantía penal. Más precisamente, dicha prohibición se realiza cuando se trata de circunstancias agravantes y que por sí mismas constituyan un delito especialmente castigado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo, o que, finalmente, sean inherentes al mismo.

El precepto sugiere al intérprete una serie de cuestiones interesantes. Así, se plantea cuál es la razón de su prohibición o si sólo se aplica a las circunstancias agravantes, a qué clase de principio responde o por qué criterio se determina la relación de inherencia.

La resolución de estas cuestiones y otras de semejante entidad pasan a constituir el objeto fundamental de la presente investigación, y a tal fin se desarrollará el trabajo a través de unas coordenadas muy definidas y precisas. De esta forma, se introduce el tema con una breve referencia a su evolución histórica para poder comprender mejor su fundamento y naturaleza jurídica, y a su vez, estos dos últimos aspectos permiten entender la exclusiva atención literal de la disposición a las circunstancias agravantes. Con estos presupuestos, se consiguen los datos necesarios para poder determinar el criterio que da contenido a la relación de inherencia. Aquí habrá terminado la construcción teórica del trabajo, que tendrá que ser aplicada a una serie de supuestos problemáticos que surgen en nuestro derecho positivo.

Se señala por la doctrina que el artículo 59 del Código penal contiene el denominado principio de inherencia en materia de circunstancias de forma genérica, y en su sentido más estricto aquel principio viene expresado en el párrafo segundo del mentado precepto. Con el mismo se está señalando que el juez tiene una limitación en el momento de determinar la pena cuando concurren circunstancias agravantes en el enjuiciamiento del hecho punible, limitación que viene impuesta por la absorción previa del desvalor que representa la agravante en la figura típica subsuntiva. Ahora bien, esta prohibición, que aparentemente responde a un único criterio, viene establecida por la Ley de tres formas diferentes.

En la primera de ellas se dispone que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que, por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley. De ese modo, se está haciendo referencia a una casi total identidad entre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y el delito que la absorbe, como puede ser el caso tan reiterado por la doctrina de los delitos de desacato y atentado, en los que siempre consisten básicamente en «ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad», que es precisamente el contenido del artículo 10, n.º 16, donde viene señalada la

agravante genérica. Desde luego, como ha indicado Córdoba Roda (1), esto no significa que el legislador intente establecer una especial clase de agravantes que gozan de la misma naturaleza que el delito mismo. Ello es imposible y la razón impone que el primer párrafo del artículo 59 del Código Penal, para que pueda ser aplicado, presupone la existencia previa de un delito y una agravante, pues ésta no puede tener vida sin aquél. Aunque más adelante haremos referencia a este asunto, en el primer párrafo del artículo 59 se está desplazando la posibilidad subsuntiva del delito agravado por la circunstancia, en favor del concurso de delitos (2). Esto va a determinar que alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del artículo 10 apenas van a poder ser aplicadas (como hemos visto, las de los números 3 y 16), tan sólo en la medida en que encuentren una zona propia no abarcada por la figura típica, y así, por ejemplo, la agravante de ejecutar el hecho en morada ajena sólo será aplicable cuando no concurren alguno de los requisitos típicos del delito de allanamiento de morada, como ocurre cuando el hecho se ejecuta en la casa del ofendido, pero la presencia del agresor en la misma estaba permitida.

El segundo supuesto que contempla la Ley contiene la prohibición de aumentar la pena a las circunstancias agravantes que hayan sido expresadas legalmente al describir y sancionar el hecho punible. Este supuesto, al igual que el anterior, ofrece pocos problemas de interpretación. En muy pocas ocasiones, el Legislador toma una circunstancia genérica del artículo 10 del Código Penal como elemento típico de una figura delictiva cualificada. En estos casos, claro está, el sustrato propio de la agravante genérica es tomado para establecer un nuevo subtipo penal y por eso no puede ser considerado de nuevo el término típico como circunstancia agravante de ese delito. Un ejemplo claro es la alevosía en el asesinato, que ha sido tomada del artículo 10.1.º y trasladada al artículo 406 para cualificar el delito de homicidio. De igual forma, el hurto cualificado del artículo 516, 4.º por abuso de superioridad no puede ser agravado de nuevo por la circunstancia del artículo 10.8.º, pues ésta ya ha sido expresada por la Ley que ha tipificado los hurtos agravados.

Los dos casos anteriores son expresiones del principio de inherencia y su claridad deja poco lugar para las dudas interpretativas, ade-

(1) Córdoba Roda, J., en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, T. II (arts. 23-119), Barcelona, 1972, p. 246.

(2) Así, por ejemplo, si alguien mata en la vivienda del ofendido después de un ingreso ilícito, el art. 59, párrafo primero, obliga a aplicar el concurso de delitos entre el allanamiento de morada y el propio homicidio, desplazando la posible calificación de homicidio con la agravante genérica de ejecutar el hecho en morada del ofendido (art. 10.16). Esto mismo se puede decir también respecto de la agravante de incendio del n.º 3 del art. 10 y el correlativo delito de incendios.

más de que los supuestos de aplicación son escasos y casi taxativamente determinados. Los grandes problemas tanto en el plano teórico como práctico, surgen con el párrafo segundo del tan repetido artículo 59, en el cual se recoge el supuesto de inherencia tácita (3). Es aquí donde el tenor literal de la disposición penal suscita las mayores dudas al intérprete, dado que las fronteras son más difusas que en los dos supuestos anteriores. Es necesario acudir a la naturaleza concreta de cada figura típica y de la circunstancia en concreto para poder determinar finalmente si existe esa relación de inherencia entre una y otra. Es necesario realizar un examen profundo de su fundamento y ámbito de aplicación. Es necesario, en definitiva, llevar a cabo una investigación más profunda para poder determinar en última instancia sí en específicos enjuiciamientos que se reiteran día a día en el foro, se está violando este principio o por el contrario se está respetando su sentido con toda vigencia. En las líneas que siguen se van a presentar los puntos más controvertidos en su actual formulación teórica, se va a determinar su alcance y finalmente se va a realizar una propuesta de solución en casos muy concretos cuya aplicación está siendo puesta en duda por algún sector doctrinal, tal y como ya había sido anunciado, y en esta línea, para poder situar mejor el objeto de la presente investigación, se considera necesario, en primer lugar, realizar algunas puntualizaciones históricas y de Derecho comparado.

BREVE REFERENCIA AL ORIGEN HISTORICO DEL PRINCIPIO DE INHERENCIA. SITUACION EN EL DERECHO ALEMAN E ITALIANO

El principio de inherencia responde a unas necesidades impuestas por los criterios determinantes de un ordenamiento jurídico en unas coordenadas espaciotemporales concretas. Por esta razón, es necesario que se sitúe previamente, aunque sea de forma muy concisa, su posible origen y diversa importancia según el tipo de ordenamiento que se trate.

Como señala Hettinger (4), la historia del principio de la prohibición de la doble valoración (principio similar en el Derecho alemán al contenido en nuestro artículo 59) se remonta a los tiempos de la Ilustración. En efecto, no hay que olvidar que las propuestas de reforma de aquella época (en particular, la de Feuerbach) querían eliminar, en la medida de lo posible, la tan acostumbrada y usual arbitrariedad de los jueces mediante una ligadura legal que se denominó Estado de Derecho. No obstante, debió resultar bastante difícil imponer la

(3) Terminología utilizada por Rodríguez Devesa, J. M., «Derecho Penal Español. Parte general», 13.ª ed. puesta al día por Serrano Gómez, A. Madrid, 1990, p. 695.

(4) Hettinger, M., «Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen» (pár. 46, abs. 3, 50 StGB), Berlín, 1982, p. 34.

voluntad de la Ley para poder sustituir el Derecho judicial extralegal vigente hasta ese momento. Con estas pautas se creó el Código Penal de Baviera de 1813, en el cual se intentó someter el arbitrio del juez a la Ley con la lógica consecuencia de admitir un adecuado margen de discrecionalidad, sin que ésta permitiese ser diluida en una arbitrariedad encubierta. Esto tendría repercusiones en todos los niveles, pero especialmente en el ámbito de determinación de la pena, donde se intentó conjugar esos dos criterios esenciales de discrecionalidad judicial con limitación a la arbitrariedad del juzgador.

Quizá para evitar que dentro de las reglas legales de individualización de la sanción penal, el impartidor de Justicia pudiese valorar un mismo elemento como circunstancia accidental del delito y al mismo tiempo, como constitutivo del mismo; se plasmase en el artículo 8 del citado Código Penal de Baviera (5) ese principio enunciado de prohibición de la doble valoración de los elementos del tipo penal.

Luego una primera razón histórica de la positivización del principio señalado en la Europa continental, podría ser expresión del intento de racionalizar la determinación de la pena frente a los escasos criterios lógicos que existían en el Antiguo Régimen, y que venían siendo sustituidos por la intuición de los tribunales o su «prudente arbitrio», sin que con esta afirmación se pretenda negar la presencia de algunas reglas de individualización penal (6).

Nuestro Derecho no fue una excepción a las presentes consideraciones, y ya en el Código Penal de 1822, aun sin ser ajeno a nuestra legislación histórica, recoge el principio ilustrado de legalidad (7), con referencias muy claras a la prohibición de la absoluta libertad del juez en la aplicación de la Ley (8). Sin embargo, el principio de inhe-

(5) En dicho precepto se señalaba una posible aminoración de la pena según las circunstancias, presuponiendo que no se hubiesen tomado en consideración ya expresamente esas circunstancias atenuantes en la específica disposición penal sobre el delito. Al respecto, véase Zipf, H.: «Die Strafmassrevision», Munich, 1969, p. 97.

(6) En este sentido, y refiriéndose a la etapa histórica inmediatamente anterior a la Revolución Francesa, González Cussac ha señalado: «En este estado de cosas, el sistema penal se caracterizaba por un desmedido arbitrio judicial, que conducía necesariamente a una tremenda desigualdad e injusticia y a la absoluta falta de seguridad jurídica», «Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», Valencia, 1988, p. 13.

(7) En el art. 1.º de dicho texto se establecía: «Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena.»

(8) Precisamente en el ámbito de determinación penal existía una fuerte atadura legal del juez en sus facultades de establecimiento de la sanción correspondiente al hecho concreto. Claro ejemplo de ello es el art. 108 del Código Penal de 1822: «Ningún juez o tribunal podrá jamás aumentar ni disminuir las penas prescritas en la ley sino en los casos y términos expresados en el art. 102. Tampoco podrá nunca variar, conmutar, dispensar ni alterar, en manera alguna, las penas que la ley señale, ni dejar de aplicarlas en los casos respectivos.»

rencia de las circunstancias no sería todavía uno de los criterios legales expresos dentro de las reglas de individualización penal. Va a ser el Código Penal de 1848, el primer texto legal que defina el mentado principio entre sus preceptos, con la particularidad de que el artículo 68 del mismo tomó a aquél de forma tan precisa que el contenido de la disposición ha viajado en la evolución históricopenal de nuestros Códigos sin sufrir cambio material alguno (9), a excepción, como en otras muchas ocasiones, del Texto punitivo de 1928 (10). Algunos comentaristas de la época, sin embargo, entendieron que el legislador de 1848 había pretendido mediante la introducción de las reglas técnicas de determinación penal reducir el margen de arbitrariedad de los jueces (11).

No obstante, y aunque alguna autora ha señalado que la «formulación del artículo 68 (actual art. 59) en cuanto a la no estimación de las circunstancias inherentes al delito o que por sí mismas constituyan otro penado por la ley es tenida en cuenta por los comentaristas citados como expresión de la carencia del juez para aumentar la pena en estos casos (12)», lo cierto es que dichos comentaristas entendieron que la aplicación concreta del párrafo segundo del artículo 68 debería ser facultativa para los tribunales, siendo éstos en última instancia quiénes dotarían con la práctica de contenido a dicho precepto (13). Sin embargo, parece bastante probable que en la mente del legislador de la época estuviese presente esa consideración de buscar el imperio de la ley en todas las fases de su aplicación y, especialmente, en la concreción final de la consecuencia jurídica del delito.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que la expresión legal del principio de inherencia no surge por necesidad de plasmar un nuevo criterio técnico en un determinado sistema jurídico de concreción penal, sino que más bien obedece a una necesidad política de

(9) El art. 68 del Código Penal de 1848 pasó a ser el art. 79 del Código Penal de 1870, y éste a su vez se trasladó al Código Penal de 1932 bajo el n.º 59, que saltó sin ni tan siquiera modificar su cifra al actual art. 59 en el Código de 1944.

(10) Las diferencias, sin embargo son mínimas, pues el art. 149 es prácticamente idéntico al actual art. 59. Ahora bien, se introduce una ampliación del mismo en el art. 62 del Texto legal: «El grado de culpabilidad se determina, según las circunstancias de la infracción y las condiciones personales del infractor o delincuente, en cuanto unas y otras no hayan sido previstas por la ley como elementos constitutivos de la infracción o como causa de irresponsabilidad.»

(11) Basta con ojear las conocidas obras de autores como Pacheco, Alvarez Martínez y Vizmanos, Ortiz de Zúñiga y Orozco de Castro, especialmente cuando comentan el art. 67 del Código.

(12) García Arán, M., «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español», Barcelona, 1984, p. 29.

(13) Se pueden citar a De Castro y Orozco, J.-Ortiz de Zúñiga, M., «Código Penal explicado», T. I, Granada, 1848, p. 179. En el mismo sentido, Pacheco, J. F., «El Código Penal comentado y concordado», T. I., 3.ª ed., Madrid, 1867, p. 398.

poner fin al predominio de la voluntad judicial como fuente real del Derecho Penal. Por esta razón, no es de extrañar que los autores decimonónicos expresasen que la regla contenida en el precepto correspondiente era tan clara que veían innecesaria su plasmación en un texto legislativo (14). Y en efecto, con la aparición de la técnica de dosimetría penal en aquella época, se podría haber pensado que una manifestación formal de tal índole resultaba superflua, aunque en realidad eso no fuese así por las razones que acaban de ser mencionadas. De otra parte, y en íntima conexión con lo que se acaba de exponer, no hay que olvidar que el Código Penal de 1848, estructura básica de todos los demás salvo el de 1928, estaba impregnado de un carácter eminentemente retributivo (15) y el artículo 68 del Código Penal, en la medida que censuraba una injustificada agravación de la sanción que excedía del merecimiento de pena atendiendo a la comisión del hecho en concreto, suponía una clara representación del mentado carácter retributivo en el área de la métrica penal.

Otros ordenamientos han recogido también este principio de prohibición de la doble valoración, pese a que algún intérprete del Derecho foráneo haya calificado su inclusión legal como una auténtica perogrullada (16). Pero al igual que ocurre con el artículo 59 del Código Penal español, cuando se trata de aplicar dicho precepto al caso individual, las dudas emergen por todas partes.

En el Código Penal italiano se mantiene un sistema de determinación penal muy semejante al nuestro. El principio de la prohibición de la doble valoración de elementos del delito viene recogido tanto para las circunstancias agravantes como atenuantes genéricas en los artículos 61 y 62 de dicho Texto legal (17). La doctrina italiana, al igual que la española, le ha dedicado escasa atención al tema, quizá porque al estar claramente determinadas las circunstancias genéricas modifi-

(14) A título de ejemplo, Pacheco, obra y página citadas en nota anterior.

(15) Véase, por todos, García Arán, «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español...», *cit.*, pp. 32 y ss.

(16) Así, Bergmann, M., «Die Milderung der Strafe nach», p. 49, abs. 2, *StGB*, Heidelberg, 1988, p. 23 señala que el principio de prohibición de la doble valoración en el Derecho alemán es banal por su clara evidencia; Dreher, E., «Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen», *Juristenzeitung* (1957), p. 155. Este autor comienza su trabajo señalando que el principio de la prohibición de la doble valoración es una perogrullada (*Binsenwahrheit*) y que no necesita de fundamentación alguna, pues el mismo tan sólo sirve para ser infringido.

(17) Así, el art. 61 del Codice Penale, en el cual se establece un amplio cuadro de circunstancias agravantes genéricas, se señala que «Agravan el delito, cuando no son elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales, las circunstancias siguientes...». De otra parte, el art. 62 de dicho texto, que de forma paralela establece el catálogo de atenuantes genéricas, dispone: «Atenúan el delito, cuando no son elementos esenciales o circunstancias especiales, las circunstancias siguientes...»

cativas de la responsabilidad criminal, el campo de aplicación de los respectivos preceptos queda nítidamente dibujado con pocas dudas para el intérprete (18).

Por el contrario, las peculiaridades propias del Derecho Penal alemán, especialmente en lo que se refiere a su sistema de determinación penal, ha repercutido en una singular consideración del principio de prohibición de la doble valoración (*Das Doppelverwertungsverbot*), por parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Como ha señalado González Cussac (19), el Código Penal alemán (StGB) constituye el prototipo de los sistemas que desconocen la mecánica de las circunstancias comunes o generales. En este sentido, no existe un catálogo cerrado de atenuantes y agravantes comunes para todas las figuras dolosas de la Parte Especial del Código, sino que en el artículo 46 de dicho texto legal (20) el juez de la determinación penal tiene una serie de criterios generales para individualizar la pena sin que existan reglas métricas estrictas como ocurre en el Código penal español o italiano. Tan sólo en la Parte Especial existen una especie de agravantes y atenuantes específicas que más bien participan de la naturaleza de auténticos subtipos que el de ser circunstancias accidentales del delito básico.

Con estas reglas tan abstractas de determinación penal, el establecer la frontera entre un elemento configurador del tipo penal y una pauta para agravar o atenuar la pena fuera de esa consideración previa de la figura legal genérica, resulta bastante difícil en no pocas ocasiones, y el peligro a la doble consideración de una circunstancia como

(18) Se ha dicho en Italia a este respecto que «se trata de una referencia (la de la doble valoración) que, aun estando presente constantemente en materia de circunstancias del delito, viene usualmente colocada en un segundo plano...»; De Vero, G., «Circonstanze del reato e commisurazione della pena», Milán, 1985, p. 60.

(19) González Cussac, «Teoría general de las circunstancias...», *cit.*, pp. 45 y ss., con una referencia expresa al sistema de individualización penal en el país germánico.

(20) En el párrafo 46.1 y 2 se contienen los criterios legales que el juez debe tener presente en el momento de la determinación de la pena:

«1. La culpabilidad del autor es la base principal de la determinación de la pena. También deberán tenerse en cuenta las consecuencias que quepa esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la Sociedad.

2. En la determinación de la pena, el Tribunal ponderará conjuntamente las circunstancias que atenúen y agraven la situación del autor. Se tomarán en consideración a estos efectos:

Los móviles y la finalidad del autor, la intención que se manifiesta en el hecho y la voluntad que en él concurra.

El grado de contrariedad al deber.

El modo de ejecución y las repercusiones culpables del hecho.

La vida anterior del autor, su situación personal y económica.

Su comportamiento después del hecho y en especial, su esfuerzo por reparar el daño causado.»

dato típico constitutivo del hecho punible, de un lado, y como agravación o atenuación accidental de aquél, de otra parte; no es nada despreciable.

De ahí que en el propio artículo 46 del StGB, el cual viene rubricado con la expresión «Principios de determinación de la pena», establezca en su número 3 el denominado por la doctrina y jurisprudencia, como se acaba de ver, principio de la prohibición de la doble valoración, de gran importancia tanto por lo dicho anteriormente como por esa expresa regulación entre las escasas reglas de individualización penal (21).

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA

En el presente apartado se va a intentar desvelar dos cuestiones que guardan una estrecha relación entre sí, pero que sin embargo, no pueden ser confundidas. La primera de ellas, que se refiere al fundamento del principio de inherencia, se sitúa en el análisis de las diferentes razones que pueden justificar la inclusión del contenido del párrafo segundo del artículo 59 en nuestro ordenamiento jurídico, determinando a su vez si aquélla guarda su vigencia con carácter absoluto o por el contrario encuentra ciertos límites que, de existir, tendrán que ser concretados en la medida de lo posible.

En cuanto a la naturaleza jurídica del criterio de la inherencia, se trata de descubrir la esencia jurídicopenal del principio contenido en el párrafo 2.º del artículo 59 con el fin de poder establecer el régimen de reglas y axiomas del instituto de Derecho Penal que le es aplicable y de esta forma poder conocer mejor su ámbito de aplicación en un momento posterior. Aquí se debe averiguar si corresponde su naturaleza con una mera regla de determinación penal, o se encuentra en la teoría del concurso de delitos, del conflicto aparente de normas, etc.

a) **Fundamento**

Se manifestaba anteriormente que ni en nuestra doctrina, ni en nuestra jurisprudencia, se encuentran referencias profundas sobre el artículo 59. Esto se refleja también en la consideración genérica y casi

(21) Dispone el art. 46.3 del Código Penal alemán: «No se tendrán en cuenta aquellas circunstancias que son ya elementos de la infracción legal.» Este precepto tiene que ser relacionado a su vez con el pár. 50, el cual establece: «concurso de causas de atenuación. Una circunstancia, que por sí misma o junto con otras, fundamente la aplicación de un caso menos grave y al mismo tiempo, de una especial causa legal de atenuación del pár. 49, sólo podrá ser tenida en cuenta una vez».

unánime de nuestra Literatura a un simple enunciado de que el principio de inherencia responde a otro principio fundamental del Derecho: el *non bis in idem* (22). Con todo, recientemente el artículo 59 del Código Penal ha suscitado la atención de la doctrina, si bien esto ha sido de forma incidental a raíz de la discusión de un controvertido punto de la Parte Especial (23). Es necesario, no obstante, realizar algunas precisiones sobre el tema.

La mayoría de la doctrina alemana ha buscado el fundamento del criterio de la prohibición de la doble valoración en el principio de división del trabajo entre el legislador y el juez. Esto que se acaba de señalar ha sido auspiciado por el propio sistema de individualización penal, pues si el juez no tenía en consideración el punto de vista que había guiado al legislador en el establecimiento del correspondiente marco penal, con la creciente casuística se estaba elevando cada vez más los elementos configuradores de la figura legal a la categoría de circunstancias de determinación penal, con el consiguiente peligro de reiterada valoración de causas de necesidad de pena ya tenidas en cuenta por el legislador (24).

Pero fue Dreher (25) quien expresó que para la fundamentación coherente de los resultados a los que conduce el mentado principio, se

(22) Señalamos algunos autores representativos, Córdoba Roda; *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 248; Guallart y De Viala, «Parricidio-asesinato: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?», *Actualidad Penal*, n.º 37 (octubre, 1990), p. 462; Ferrer Sama, A., *Comentarios al Código Penal*, T. II, Murcia, 1946, p. 251; González Cussac, «Teoría general de las circunstancias...», cit., p. 212; Alonso Alamo, M., «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 19 (1983), p. 9; Gallego Díaz, M., «El sistema español de determinación de la pena», Madrid, 1985, p. 373; Zugaldía Espinar, J. M., «Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989», *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal, Poder Judicial*, número especial XII, Madrid, 1990, p. 64; Llorca Ortega, J., «Manual de determinación de la pena», Valencia, 1988, p. 53, y Conde-Pumpido Ferreiro, C., en AA.VV., «Código Penal comentado», Akal, Madrid, 1990, p. 188.

(23) Aunque se volverá más adelante sobre el tema, el art. 59 ha sido traído a colación por Mir Puig para resolver el controvertido punto de calificar la muerte de una persona en quien concurre una situación de parentesco de las señaladas en el art. 405 y alguna de las circunstancias del art. 406. Esto ha desembocado en una discusión colateral sobre el fundamento y naturaleza del repetido art. 59. A este respecto Mir Puig, S., «Sobre la relación entre parricidio y asesinato», *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, Libro homenaje al profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 823 y ss. La posición de Mir Puig (que será examinada más adelante) ha sido contestada por Cobo del Rosal, M., y Carbonell Mateu, J. C., en AA.VV., «Derecho Penal. Parte especial», 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 550, y Guallart y De Viala, *op. cit.*, *Supra*.

(24) Hoegel, H., «Gesamtreform des oesterreichischen Strafrechtes», Leipzig, 1909, p. 241.

(25) Dreher, «Doppelterwertung von...», cit., p. 155.

recurre en la mayoría de los casos al concurso de división del trabajo entre el legislador y el juez. Esta idea ha sido formulada por ZIPF (26) de la forma siguiente: «La parte de la determinación penal, que ya el legislador ha resuelto de forma general, esto es, la tipificación de las circunstancias que de lo contrario deberían manifestarse como factores de determinación penal, no debe ser tomada en consideración de nuevo por el juez.» Este enunciado básico, con las puntualizaciones de Bruns (27), es hoy punto de referencia de la mayoría de los estudiosos del tema (28).

Pero esta fundamentación no puede ser entendida, según postulan sus propios partidarios, si no se relaciona con otros factores relevantes de la determinación penal y con los propios fines de la pena.

En este sentido, como los elementos de la figura típica, esto es, la concreción legal del injusto y de la culpabilidad del hecho genérico, han sido previstos para ser aplicados indistintamente y de la misma forma a todas las acciones de ese hecho genérico, se dirá que, por esta razón, aquéllos no son susceptibles de ulterior concreción según las circunstancias del caso individual (29). La concreción de la cuantía penal no puede ser usurpada por los términos típicos de la categoría genérica de delito, sino que ésta tiene que venir determinada por las circunstancias accidentales modificativas de la responsabilidad criminal, las cuales desempeñan propiamente esa función de acoplamiento del supuesto legal abstracto al hecho individual concreto, contemplando de forma más completa las particularidades del acontecimien-

(26) Zipf, H., «Die Strafmassrevision», Munich, 1969, p. 97.

(27) En este mismo sentido ha señalado Bruns que decisivo para la determinación de la correcta cuantía de la pena son siempre las respectivas circunstancias del caso individual, no las consideraciones debidas al legislador sobre la necesidad de pena del delito como categoría genérica. El legislador, dirá el autor, ha anticipado mediante la definición de los tipos legales con sus correspondientes conminaciones penales, que en el fondo ya representan un catálogo completo de causas de determinación penal, una parte del trabajo de individualización penal. Por eso, concluirá, el juez no tiene que tomar en consideración de nuevo esas circunstancias en la auténtica determinación penal; Bruns, H. J., «Strafzumessungsrecht», 2.ª ed., Colonia-Bonn-Berlín-Munich, 1974, p. 363. El autor ha reiterado esta idea en otros trabajos, «Zum verbot der Doppelverwertung von Tatbestandmerkmalen der strafrahmendilbenden Umständen (Strafbemessungsgründen)», *Festschrift für H. Mayer*, Berlín, 1966, p. 354 y también en «Das Recht der Strfszumessung», 2.ª ed., Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1985, p. 134.

(28) El propio Zipf se reafirma en su tesis inicial («Die Strafzumessung. Heidelberg-Karlsruhe», 1977, p. 40), añadiendo las precisiones de Bruns. De la misma opinión y con similares argumentos Seebald, R., «Das missverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht —GA—* (1975), p. 231; Hirsch, H. J., en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, T. II, 10.ª ed., Berlín-Nueva York, 1985 (Comentario al pár. 46.3), p. 68; Stree, W., en «Schönke-Schröder», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23.ª ed., Munich, 1988, p. 583.

(29) Zipf, «Die Strafzumessung...», *cit.*, p. 40.

to antijurídico y ajustando finalmente la pena necesaria a dicho acontecimiento (30). Por ello no es de extrañar que se haya descrito el principio de prohibición de la doble valoración de forma más precisa como infracción de la necesidad de la valoración individual de la culpabilidad del hecho (31): allí donde una circunstancia no proporciona, más allá de su representación general en el marco penal, ningún concreto valor afirmativo para el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho individual, no se puede recurrir a aquélla como factor de individualización penal. Se completa este peculiar punto de vista con la afirmación de que los elementos del tipo no son precisamente ninguna causa de determinación penal para el juez, y por ello no deben repercutirse como causas de agravación o atenuación (32).

Desde el punto de vista de los fines de la pena, se señala que allí donde el abstracto punto de vista de la prevención general es ya considerado en la conminación penal del tipo, éste no tiene que ser tenido en cuenta en la determinación de la pena dentro del marco penal concreto bajo el recurso de circunstancias agravantes del delito (33). En consecuencia, atendiendo al principio de inherencia, son rechazables todas aquellas decisiones judiciales en las que se ha anticipado una agravación de la pena desde el punto de vista de la prevención general «sin necesidad», esto es, sin la existencia del incremento del peligro del correspondiente hecho para la comunidad (peligro de propagación) (34). Este tipo de interpretación ha sido utilizada por nuestros tribunales para justificar una posible doble valoración de una circunstancia específica como tal y como elemento del tipo básico, argumentando a favor de esta posibilidad, la alarma de la comunidad ante ese tipo de acciones y el reproche social que exige una mayor necesidad de pena de ciertos hechos (35).

Expuesto brevemente el razonamiento utilizado en la doctrina alemana, conviene realizar una sucinta reflexión bajo el prisma de nuestro ordenamiento jurídico.

(30) En la determinación penal, el juez no pregunta ya sobre la extensión y límites de un elemento del tipo —sobre el «sí»—, sino sobre su contenido —sobre el «cómo» en relación con el «cuánto»; Hettinger, «Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen...», *cit.*, p. 103.

(31) Zipf, *cit.*, p. 40.

(32) En este sentido, véase por todos Seebald, «Das missverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen...», *cit.*, p. 232.

(33) Bruns, «Das Recht der Strafzumessung...», *cit.*, p. 134.

(34) Bruns, *cit.*, p. 134.

(35) Aunque más adelante se profundizará en el tema, piénsese en el delito de robo con homicidio del art. 501, 1.º y la agravante de ese mismo artículo (último inciso) de uso de armas. Es muy difícil cometer un homicidio sin la utilización de esos instrumentos peligrosos, pero la agravación se justificará por razones de prevención general.

El fundamento de la distribución de tareas entre el legislador y el juez aporta un buen punto de referencia en el entendimiento de las relaciones entre legislador, formulación típica y prevención general, de una parte, y juez, determinación penal y prevención especial, de otra. La generalidad, la abstracción, el caso medio son características propias del primer momento, mientras que en el segundo se encuentran la individualidad, la concreción material, el supuesto de hecho con todas sus peculiaridades. Si el juez toma en consideración aspectos de la fase anterior, reiterará criterios que han sido formulados previamente y que, por tanto, inciden en una ilícita valoración. Esta lógica argumentativa encuentra una base legal que la acompaña en el derecho alemán, en el cual se sustituyen las genéricas causas modificativas de la responsabilidad criminal por criterios generales de determinación penal. El juzgador en estos casos tan sólo tiene en frente unas líneas directrices de actuación en el proceso de individualización de la sanción que representa una continuación armónica del procedimiento iniciado por el legislador (36). Es el inicio del proceso de determinación penal en este sistema, el momento en que el legislador entrega el testigo al juez para que éste lleve a buen fin el último relevo con la pretensión de imponer la justicia legal.

Peró en nuestro Derecho, el legislador ha dado un paso más, no se ha limitado a exponer esas líneas maestras que deben regir en materia de dosimetría penal, sino que ha preferido establecer taxativamente las causas de determinación penal, de tal forma que el tribunal sólo puede acudir a las que están establecidas legalmente de forma numérica y casuística (37). Con ello, el peligro a una repetida valoración de un mismo elemento existe incluso en un momento anterior a la intervención judicial, pues la propia Ley ya ha normativizado en varias ocasiones una misma circunstancia como elemento conformador de un tipo penal y como causa genérica modificativa de la responsabilidad criminal (38), de ahí el aviso legal expreso que contiene el artículo 59 en su párrafo 1.º Pero también puede ocurrir que el juez aplique una circunstancia de los artí-

(36) Por esta razón, no resulta nada extraño que se haya escrito en Alemania: «La determinación penal se ha de concebir como continuación y extensión individual de la culpabilidad y del injusto»; Hettinger, «Das Doppelverwertungsverbot bei...», *cit.*, p. 103.

(37) A parte de los peculiares casos que se puedan encontrar en la Parte Especial, que merecen un tratamiento diferente, éstas se encuentran, como es sabido, en los números 9, 10 y 11 del Código Penal español. De todas ellas, la única que puede dejar una puerta abierta para la creación de varias circunstancias atenuantes bajo un mismo criterio es la contenida en el n.º 10 del artículo 9.º, denominada de análoga significación. Un profundo estudio sobre su fundamento, naturaleza, alcance y límites puede verse en la obra de Orts Berenguer, E., «La atenuante de análoga significación», Valencia, 1978.

(38) Recordemos el supuesto, a título de ejemplo, de la circunstancia 10, n.º 16 (ejecutar el hecho en morada ajena), que se encuentra reiterada, en parte, en los delitos de allanamiento de morada (art. 490) y robo en casa habitada (arts. 500, 504, 506.2.º y 508), o las primeras circunstancias agravantes del art. 10 y el delito de asesinato del art. 406.

culos 9 ó 10 del Código Penal que se haya ya representada en un tipo legal (por ejemplo, la circunstancia agravante de abuso de confianza en el delito de apropiación indebida) sin predeterminar una ruptura del principio de división del trabajo entre el legislador y el juez, pues dado el estricto margen de subsunción de algunos términos típicos, éstos pueden estar previstos indistintamente para conformar una figura típica o para simplemente concretar su pena. Esto, que es peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico, y de otros similares en este ámbito (Código Penal italiano) obliga a considerar esta *ratio essendi* del artículo 59 del Código Penal con mayor cautela. En absoluto significa ello que haya que despreciarse este posible fundamento, dada su originalidad y coherencia. Tan sólo se advierte que la argumentación jurídica jamás debe olvidar la base del derecho positivo que frecuentemente la sostiene, y ese derecho positivo puede incidir cual ángulo de refracción cuando el origen de la tesis se asienta sobre distintos cimientos (39). Desde luego, lo que no se puede aceptar es una excepción a este principio y con este fundamento, acudiendo a criterios como la necesidad de pena del hecho o la alarma social que produce su frecuente comisión, pues se iría en contra del propio fundamento dado que en estos casos es el legislador y no el juez quien debe resolver los problemas de política criminal (40).

Se ha señalado con anterioridad que en nuestro país la doctrina se había inclinado por el principio del *non bis in idem* como principal fundamento que subyace en la regla de la inherencia contenida en el artículo 59 del Código Penal (41). Este sentir común entre nuestros autores, que es fiel continuación de una tradición jurídica originada en nuestros célebres comentaristas decimonónicos (42), es asumido con la

(39) En nuestra doctrina, ha sido García Arán, quien ha asumido la tesis germánica con mayor claridad. Denomina al principio contenido en el art. 59 del Código Penal como prohibición de la doble valoración (al igual que la doctrina y jurisprudencia alemana) y en cuanto a su fundamento, ha señalado en consonancia con ésta: «El esquema valorativo anticipado, que según Bruns proporciona el legislador, tiene como consecuencia relevante para esa coordinación de funciones entre legislador y juez, la prohibición de doble estimación de los elementos típicos a través de la cual, la ley detrae de la competencia del juez la posibilidad de estimar circunstancias del hecho que ella ya ha tenido en cuenta.» Y más adelante: «[...] se excluyen de la valoración judicial una serie de circunstancias que puedan haber concurrido en el hecho, precisamente porque ya han sido valoradas en el tipo, constituyendo un caso claro de asunción por parte del legislador de la tarea de fundamentar la gravedad concreta de la pena...»; García Arán, «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español...», *cit.*, pp. 90 y 91.

(40) Esta problemática será discutida, no obstante, cuando se estudie el ámbito de aplicación del art. 59 en el apartado IV de este trabajo.

(41) Véase, al respecto, los autores y las obras citados en nota 22.

(42) Entre otras consideraciones, señalaba ya en el siglo pasado Groizard, que de no existir el párrafo segundo del entonces art. 79 se incurriría en la lamentable injusticia de castigar al autor dos veces por una sola acción; Groizard y Gómez de la Serna, A., «El Código Penal de 1870, concordado y comentado», T. II, Burgos, 1872, p. 359.

misma rotundidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (43). El origen de esta tradición puede encontrarse en el modelo retribucionista que ha inspirado a nuestros Códigos históricos y que ha sido seguido por muchos autores en la literatura jurídico-penal española.

De esta forma, la pena impuesta como castigo al autor del hecho antijurídico debe ser proporcional al daño causado, de tal suerte que las penas excesivamente desproporcionadas en atención a la lesión del bien jurídico romperían con ese sentido de justicia legal sancionado por el criterio de simetría entre crimen y castigo. La admisión de que un mismo factor fuese presupuesto de un delito, y a la vez, de una agravante, supondría el castigo de un solo hecho en dos ocasiones distintas: como elemento de la figura legal y como circunstancia accidental del delito, repercutiendo esta consideración a su vez en el ámbito punitivo, pues se sancionaría de igual forma doblemente: conminación penal abstracta y agravación accidental. En definitiva, la pena finalmente determinada sería una mayor que la que correspondería al sujeto en atención a la «justa retribución» por su actuación antijurídica.

Sin embargo, el mentado principio del *non bis in idem* es entendido hoy como una auténtica regla fundamental que abona todo el campo del ordenamiento jurídico, donde el Derecho Penal no es una excepción (44).

El *non bis in idem* se ha calificado también como un principio constitucional que deriva a su vez del principio de legalidad (45) contenido fundamentalmente en el artículo 25, párrafo primero de la Constitución española (46), de tal forma que, en su vertiente material,

(43) Algunas sentencias representativas de esta corriente jurisprudencial pueden ser destacadas: SSTs de 14 de junio de 1907 (JC, n.º 254), 8 de octubre de 1951 (RA, n.º 2048), 8 de diciembre de 1961 (RA, n.º 4409), 3 de junio de 1983 (RA, n.º 3082) y 25 de junio de 1986 (RA, n.º 3192).

(44) Un análisis de la repercusión del *non bis in idem* en la Ciencia del Derecho Penal puede verse en el manual de Cobo del Rosal, M.-Vives Antón, T. S., «Derecho Penal. Parte general», 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 75.

(45) En este sentido, la STS de 29 de septiembre de 1986 (RA, n.º 4859) califica al art. 59 del C. P. de «[...] norma modélica en cuanto sancionadora de la función de garantía propia de la tipicidad penal».

(46) El importantísimo precepto señala: «Nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.» Siguiendo a Cobo y Vives, Agulló Agüero ha señalado: «[...] El principio *non bis in idem* se presenta como el corolario de esa unidad del ordenamiento producida en base a la supremacía de la Ley, y se configura como una regla de consistencia interna del ordenamiento jurídico que, como tal, pertenece al significado esencial del principio de legalidad.» Agulló Agüero, A., en «Problemática jurídica y psicosocial de las drogas», Coordinado por Boix Reig, J.-Rodríguez Marín, J.-Vives Antón, T. S., Valencia, 1987, p. 25. Recientemente, se ha sumado a esta concepción Garcías Planas, G., «Consecuencias básicas del principio *non bis in idem* en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLII (1989), p. 110.

se prohíbe al legislador la creación de normas que directa o indirectamente provoquen varias sanciones a un mismo sujeto, por un mismo hecho y bajo un mismo fundamento (47). En la aplicación concreta del precepto penal, la prohibición alcanza de igual forma al juez.

Establecido en estos términos, es innegable que el artículo 59 del Código Penal español es una concreción jurídicopenal del principio del *non bis in idem* en el ámbito de la determinación de la sanción penal (48). Al juez se le prohíbe que, en el enjuiciamiento de un sujeto por un solo hecho, se le castigue de forma agravada si el fundamento de la agravación radica en un elemento previo de ese hecho ya valorado. Los esquemas que estructuran la lógica del artículo 59 participan de esa consideración de la prohibición de la doble valoración (49). Ahora bien, decir que el fundamento del principio de inherencia recogido en el artículo 59 del Código Penal es la prohibición de sancionar un mismo hecho en más de una ocasión, es decir todavía poco en relación a las propias particularidades que presenta el mencionado precepto. La genérica y extensa consideración del *non bis in idem* determina ineludiblemente que su mero enunciado no sea suficiente (aunque sí necesario) para explicar desde un punto de vista conciliable con la Dogmática penal la auténtica razón de ser de la regla objeto del presente trabajo. Con todo, y al igual que se expresaba para la interpretación anterior, las interesantes puntualizaciones que presenta esta tesis se tendrán bien presentes en el momento de realizar una conclusión global al final de este apartado (50).

(47) Estos requisitos han sido exigidos por el Tribunal Constitucional en las SSTC 2/1981, de 30 de enero, 77/1983, de 3 de octubre y 159/1985, de 27 de noviembre.

(48) Para Zugaldía, el art. 59 del Código Penal desarrolla el derecho constitucional del *non bis in idem*, de tal forma que dicho art. «obliga a considerar que no pueden producir el efecto de agravar las penas aquellas circunstancias que, dada la naturaleza de las cosas y lo que son los medios normales de comisión de los delitos, el legislador haya debido tomar necesariamente en cuenta a la hora de sancionar el hecho en sí, ni aquellas otras circunstancias, de tal manera inherentes (lógica y dinámicamente unidas) al delito que sin la concurrencia de las mismas no pueda o no suela normalmente cometerse»; Zugaldía Espinar, «Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989...», *cit.*, p. 64.

(49) En Italia también se ha mantenido este criterio explicativo del fundamento de la regla similar a nuestro art. 59 contenida en los arts. 61 y 62 del Codice penale, aunque es cierto que los autores de este país han dedicado escasa atención al tema. A título de ejemplo se pueden citar los siguientes: Manzini, V., «Trattato di Diritto Penale Italiano», Vol. II, 5.^a ed. puesta al día por Pisapia, G. D., Turín, 1981, p. 188; Saltelli, C.-Romano di Falco, E., «Commentario teorico pratico del Codice penale (arts. 1-84)», 3.^a ed. Roma, 1986, p. 421; De vero, «Circostanze del reato e commisurazione della pena...», *cit.*, p. 61 y otros como Mantovani, F., Nuvolone, P. y Prosdomici, citados por este último en p. 62 y nota 28.

(50) El fundamento del *non bis in idem*, sin embargo, no ha tenido demasiado éxito en la República Federal de Alemania. Ello se debe, básicamente, a dos causas a

También se ha dicho que la formulación del principio de prohibición de la doble valoración es tan evidente que no necesita de fundamentación alguna (51). Esta afirmación vendría apoyada en el hecho de que el principio de la inherencia no es otra cosa que una plasmación expresa de una simple regla de la lógica. De ahí que algún autor haya entendido que la auténtica razón de fondo que subyace en el principio teórico de la prohibición de la doble valoración no se encuentre tanto en el principio de división de poderes, con sus repercusiones en el reparto de competencias entre el legislador y el juez, como en la ley de la lógica: un elemento, que en todo punto es presupuesto de un resultado genérico, no puede, pues, en razón de la propia lógica, prestar su contribución para la obtención de una consecuencia más concreta derivada de ese mismo resultado (52). Esto es, una condición, que en todo momento es presupuesto para la formulación de un criterio abstracto, no puede ser a su vez utilizada para determinar un resultado concreto que se derive de éste, pero que a su vez suponga la aportación de un elemento nuevo, provocado precisamente por la condición presupuesto del criterio abstracto. Expresado en otras palabras y para el ámbito de determinación penal: dentro de una clase de hechos subsumidos en un determinado marco penal, un elemento común que conforma la clase no puede contribuir a la diferenciación de esa clase y con ello a la determinación de la concreta cuantía penal (53).

tener en consideración. En primer lugar, se dijo en su momento que la explicación que más adeptos tenía en dicho país, acorde con su peculiar sistema de determinación penal, era aquella que entendía que el principio de la prohibición de la doble valoración se asentaba en la distribución de competencias entre el legislador y el juez. Así se aporta un dato específico y coherente con su sistema que desplaza al criterio más genérico y ambigüo del *non bis in idem* (en este sentido se expresa Bruns, «Zum Verbot der Doppelverwertung...», *cit.*, p. 356).

En segundo lugar, porque el *non bis in idem* procesal viene recogido expresamente en la Ley Fundamental de Bonn en su art. 103, párrafo 3.º. Ello ha ocasionado que aquél se entienda normalmente desde el punto de vista procesal y adjetivo, encontrándose mayores dificultades para admitir la doble prohibición por un solo hecho desde una perspectiva material e independiente del concurso aparente de normas como ocurre en España. No obstante, cada vez son más los autores que admiten bajo la disposición constitucional del n.º 103, III una vertiente sustantiva del *non bis in idem*. A este respecto, y en relación al pár. 46, III, del StGB, Montebruck, A., «Strafrahmen und Strafzumessung», Berlín, 1983, p. 182.

(51) Dreher, «Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen...», *cit.*, p. 156, a pesar de su aparente excepticismo, el autor se esforzó considerablemente por encontrar una razón fundamentadora del mencionado principio, llegando a señalar, entre otros, criterios derivados de la propia lógica y de necesidad de igualdad de tratamiento.

(52) Con otros términos se expresa Bergmann, pero con idéntico significado, si bien para los supuestos de atenuación; Bergmann, M., «Die Milderung der Strafe nach», pár. 49, abs. 2, *StGB*, Heidelberg, 1988, p. 23.

(53) Bergmann, *ibidem*..., «visto así, la prohibición de la doble valoración es una auténtica y evidente banalidad, sirve de enunciado de un aspecto parcial de un principio

Las consideraciones de Bergmann son, desde luego, totalmente ciertas. Pero ello no significa que sean, de igual forma, útiles a los efectos de determinar el fundamento del principio de inherencia. Y ello, con independencia de la problemática que se plantea en la Teoría del Derecho sobre el peso del juicio de la lógica en las normas jurídicas (54). Porque no se entiende bien que un principio tan sumamente claro sea, en algunos ordenamientos jurídicos, constantemente infringido (55), algún autor (56) ha dudado del contenido lógico de las decisiones jurídicas. Frente a esta posición, otras voces han intentado explicar de forma diferente el problema del incumplimiento de tan importante regla de determinación penal, y con razón se ha dicho que ello no se debe a que la lógica sea la última de todas las causas del movimiento y de los impulsos humanos; sino que el motivo hay que buscarlo precisamente en el hecho de que el legislador no pudo adoptar finalmente la decisión acerca de la valoración de las concretas circunstancias que previsiblemente podrían agravar o atenuar el marco penal (57). En última instancia, todo acto jurídico es un acto volitivo y normativo, y para poder ser valorado como tal debe ajustarse a las

general y absoluto: que la decisión de determinación penal, como toda decisión jurídica, ha de ajustarse a la ley de la lógica para que sea una decisión conforme a la norma». Más adelante el autor continúa con su crítica: «Para el fundamento y el ámbito de validez de la prohibición de la doble valoración (aunque realmente se quiera expresar entre comillas), significa esto: que es válido con independencia de la distribución de competencias entre el legislador y el juez. Es válido sobre todo allí donde exista el peligro de actuación contra la lógica cuando se aproxima el interés general en la concreción del resultado del caso individual...»

(54) Cuando se usa la expresión «con lógica», aquí se está empleando la locución en su acepción más común, esto es, y utilizando la conocida descripción de Maiwald, aquella que hace comprensivo a la generalidad el juicio de favorecer la ulterior ejecución intersubjetiva de la decisión, y con ello, su función de contribución a la paz jurídica.

(55) Es opinión común en Alemania considerar que el principio de la prohibición de la doble valoración es uno de los que más reiteradamente se violan. Ello se debe fundamentalmente a dos razones: una, el peculiar sistema de determinación penal que provoca el que el juez pueda tener presente multitud de consideraciones y circunstancias, con el peligro de tomar entre éstas los propios elementos del tipo penal. Dos, que los fines de la pena y el propio fundamento de la figura delictiva lleva a los tribunales en muchos casos a fallar, teniendo presente esas consideraciones en el enjuiciamiento global del hecho, siendo así sumamente fácil reiterar, no sólo elementos, sino también ideas de política criminal e incluso intenciones legislativas.

(56) Así, Jagusch reconoce que todavía no se ha confiado en la prohibición, de ahí que el principio falla en la práctica, explicándose ello, según el autor, porque la lógica no es precisamente la justicia. Expresándose con mayor rotundidad, «[...] es decir, de la justicia de la cuantía penal, el último término». Al respecto, Bruns, «Zum Verbot der Doppelverwertung...», *cit.*, p. 354.

(57) En este sentido, Hettinger, «Das Doppelverwertungsverbot bei...», *cit.*, p. 198.

reglas de la lógica. Como diría Beling (58), el mismo acto de voluntad puede ser alógico, pero el acto mental al que va unido es dominado por la lógica, y aunque la aplicación de los conceptos con contenido difuso en el ámbito del Derecho puede ocasionar dudas e incertidumbres, con el consiguiente peligro de desigualdad de tratamiento, lo cierto es que los compromisos entre distintos puntos de vista de valoración son posibles, quedando subsistentes aquellos que mantienen un mayor contenido lógico, aunque no siempre sea práctico.

Sería lamentable e inconcebible, como ha señalado Bruns (59), que dentro de la extensa y asépticamente estructurada teoría de la individualización penal, fallase precisamente la lógica en este punto, el más necesitado y en el que se mostrase aquella inservible. Por eso no cabe duda que en el artículo 59 nos encontramos ante una exteriorización del pensamiento jurídico más puro. Ahora bien, esto no significa que sea ésta la única y auténtica razón de fondo del principio de inherencia.

Que las leyes de la lógica inspiran el contenido del artículo 59 del Código Penal español, es una afirmación que nadie se atreve a poner en duda. Ahora bien, afirmar en los términos que ha afirmado Bergmann, despreciando cualquier otra consideración, tampoco parece ser una postura muy convincente. Las reglas de la lógica están presentes en el principio de inherencia como lo están también en la determinación penal y en otros tantos principios e institutos de Derecho Penal. Son reglas de la lógica las que inspiran el *non bis in idem*, el concurso aparente de normas y el principio de legalidad. Por ello, desde el punto de vista jurídico-penal este criterio por sí sólo se nos presenta como insuficiente para determinar un fundamento del principio de la inherencia de las circunstancias que dote al mismo de una especificidad acuñada frente a otros componentes y principios de la teoría del delito y de la pena.

Es necesario, pues, buscar una *ratio essendi* del principio de inherencia acorde con las reglas de la lógica, con el propio criterio del *non bis in idem* y que a su vez respete la distribución de funciones entre el legislador y el juez, manteniendo, en la medida de lo posible, su propia naturaleza en el ámbito de la determinación penal.

Es innegable que una violación del artículo 59 del Código Penal supone a su vez una violación del principio del hecho. Dicho principio establece que nadie puede ser castigado bajo pena si su conducta no ha representado una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico, excluyéndose, por tanto, las sanciones que tienen como presupuesto una mera actitud de rebeldía hacia la norma, los hechos pre-

(58) Beling, E., «Methodik der Gesetzgebung», Berlín, 1922, pp. 18 y ss., opinión compartida a su vez por Hettinger (*ibidem*).

(59) Bruns, *ibidem*.

suntos sin una base material o la simple idea de castigar en razón de la peligrosidad del autor o la forma en que conducía su vida (60). Si se infringe la prohibición de la doble valoración de los elementos del tipo, al sujeto se le impone una pena de mayor gravedad que le corresponde en atención a la perpetración del hecho antijurídico. Ese resto de punibilidad que supondría el admitir una circunstancia agravante que ha sido ya considerada en la formulación del tipo básico, en realidad es gratuito, en el sentido de que aquella consecuencia se ha dado sin un presupuesto previo, pues la base fáctica o normativa del elemento agravatorio ha sido ya «consumida» al ser utilizada como término típico común de la infracción penal.

Pero también la violación del principio del hecho tiene sus repercusiones en otros ámbitos de gran trascendencia. Especialmente en su otra cara de moneda: el principio de culpabilidad.

Se ha dicho con bastante reiteración que fundamentos de la individualización de la pena son la gravedad del hecho en su significación para el orden jurídico lesionado y el grado de culpabilidad personal del autor (61). También es bastante pacífica en la actualidad la afirmación que sitúa el punto de referencia de esa culpabilidad, no en la personalidad del autor, en su especial actitud de rebeldía frente a la norma o en la forma de conducción de su vida, sino tan sólo en la comisión del hecho antijurídico perpetrado. Es decir, en la moderna Ciencia del Derecho Penal se parte de la culpabilidad del hecho, del acto aislado y se rechaza de igual forma la culpabilidad del autor. De ahí que no pueda ser tarea de la determinación penal el efectuar una valoración de la personalidad del autor, que rebase la culpabilidad del hecho. Este constituye el límite a la cuantía de la pena que le sirve como presupuesto. En estos términos, la culpabilidad por el acto aislado impide que sean objeto de agravación aspectos individuales de su conducta o forma de ser no relacionados directamente o que no deriven también directamente de la acción cometida, y de otro, que el castigo al sujeto no sea aumentado por consideraciones totalmente aisladas de ese hecho, tales como la necesidad de una mayor represión, la alarma social que producen esta clase de conductas, su frecuente comisión, etc.

Esto viene unido también a las consideraciones que se realizaban anteriormente sobre esa distribución de funciones entre el legislador y el juez.

En la medida en que la valoración conjunta del hecho puede venir acompañada de una reiterada contemplación del fin de la incrimina-

(60) Un profundo análisis sobre el principio del hecho, en Cobo del Rosal-Vives-Antón, «Derecho Penal. Parte general...», *cit.*, pp. 269 y ss.

(61) Afirmación, realizada por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en la Sentencia de 4 de agosto de 1965.

ción de una conducta determinada en la individualización de la pena, se están teniendo en cuenta de nuevo aspectos y consideraciones que ya fueron anticipados legislativamente. Y esto que se está expresando viene siendo negado en el artículo 59 del Código Penal, porque en última instancia se prohíbe que el sujeto sea castigado con mayor pena cuando no existe un presupuesto fáctico previo que fundamente dicha agravación, pues éste ya ha sido absorbido por la figura legal. Y ninguna otra consideración ajena a ese presupuesto fáctico puede constituir la base de la circunstancia agravante. En definitiva, el artículo 59 está afirmando la culpabilidad de hecho en el ámbito de determinación de la pena (62). Por tanto, se concibe el fundamento de la regla de la inherencia como esa afirmación de la culpabilidad por el acto aislado que determina la prohibición de valorar un mismo elemento como circunstancia conformadora del tipo penal y como causa accidental de agravación, con total independencia del fin perseguido con el aumento de la cuantía penal.

De esta forma se puede entender mucho mejor el papel que desempeñan cada uno de los fundamentos enunciado líneas atrás: la lógica es presupuesto del *non bis in idem*, al igual que éste puede explicar las relaciones entre su vulneración y la división de competencias entre el legislador y el juez, y todo ello queda coherentemente situado en el marco del entendimiento de la culpabilidad por el acto aislado... De esta forma se respeta la jerarquía de conceptos que exige la Dogmática penal, partiendo de la base piramidal hasta alcanzar el vértice.

b) Naturaleza jurídica

Como señalábamos anteriormente, en este subapartado se va a intentar desvelar la naturaleza jurídica del propio artículo 59 del Código Penal. Es decir, se trata de descubrir a cuál de los institutos de Derecho Penal se acomoda mejor el principio de inherencia, de tal forma que las reglas y axiomas aplicables a uno puedan ser trasladados a otro.

Un primer criterio de obligada consideración nos lo proporciona la propia Ley desde el momento en que ubica el precepto jurídico bajo ciertas coordenadas. A tal efecto, el artículo 59 del Código Penal se sitúa dentro del Libro I (Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas), Título III (De las penas), Capítulo IV (De la aplicación de la pena) y Sección 2.^a

(62) Recordemos que Zipf había descrito la prohibición de la doble valoración como infracción de la necesidad de la valoración individual de la culpabilidad de hecho. Zipf, «Die Strafzumessung...», *cit.*, p. 40.

(Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes). Esa comprobación nos conduce hacia la primera constatación ofrecida por el propio legislador: el principio de inherencia se encuentra dentro de las reglas de determinación penal (63). Por tanto, dicho principio actúa como una regla lógico-jurídica que el juez debe tener presente en el marco de la individualización penal, y dentro de éste, en el momento de determinar la aplicación al caso concreto de una circunstancia agravante. Por ello, su estudio debe situarse en esta temática, como así sucede en el tratamiento que le otorga la doctrina penal española (64). Este punto, por su claridad, no necesita de más explicaciones.

Pero el hecho de señalar el lugar donde se centra su estudio no es, por sí solo, suficiente para revelar la auténtica naturaleza de esta regla de determinación penal. Se debe de indagar un poco más.

También parece haber quedado suficientemente demostrado en el subapartado anterior que la regla contenida en el artículo 59 del Código Penal respondía, en parte, a consideraciones derivadas del principio del *non bis in idem*, el cual, a su vez, era una expresión clara de implantación de la lógica dentro de la estructura del ordenamiento jurídico. Se impide que un mismo hecho sea valorado como término típico y como circunstancia agravante, porque la lógica impone que un elemento, que configura el género en su forma abstracta, no pueda al mismo tiempo caracterizar a la especie en su forma concreta. Aplicado al artículo 59, el hecho que es presupuesto de la configuración del tipo penal (genérico y abstracto), no puede seguir ubicado en este lugar y con la misma función; y ser trasladado, en la misma operación de subsunción, como circunstancia agravante (específica y concreta) que caracteriza el supuesto positivo y le distingue de la figura típica, porque supone una ulterior concreción de aquélla.

Pero también es cierto que esa prohibición de doble valoración se produce mediante un mecanismo singular que consiste en impedir la aplicación a ese sustrato fáctico de dos normas diferentes: aquella que describe una figura delictiva de la Parte Especial y esta otra que viene expresada en los artículos 10 y 11 del Código Penal, donde se señalan las circunstancias modificativas de agravación de la responsabilidad criminal. En esa opción, entre una y otra, el legislador, como no podía

(63) A este respecto, se debe recordar aquí que los legisladores de otros países también han optado por esta solución. En Alemania, el principio de la prohibición de la doble valoración se halla ubicado en el número tercero del artículo 46, el cual viene rubricado con la expresión de «principios de la determinación penal». En Italia, éste viene recogido en los arts. 61 y 62, que determinan el catálogo de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, factores decisivos en la individualización de la sanción criminal.

(64) No es necesario citar a los autores españoles que han tratado el art. 59 dentro del campo de la determinación de la pena, porque unánimemente su estudio se ha llevado a cabo en este ámbito.

ser de otra forma (65), establece en tan reiterado precepto que la disposición determinante de la aplicación de la agravación sea desplazada y no tenida en cuenta para concretar la pena de ese mismo hecho. Por tanto, se está marcando preceptivamente una de las dos posibilidades de esta disyuntiva: calificar el delito con la circunstancia de agravante o simplemente sin esta circunstancia que le es inherente. En tal caso, y por las razones señaladas, el artículo 59 opta por el segundo término de esa disyuntiva (66), prohibiendo la aplicación de la norma que se halla en el artículo 10 del Código (regulador de las circunstancias agravantes). Esto es, el artículo 59 del Código Penal resuelve expresamente un posible conflicto de aplicación normativa, determinando aquella que es desplazada y ésta que es de necesaria consideración. En definitiva, el artículo 59 es una clara manifestación de una regla de solución del concurso aparente de normas en el ámbito de la determinación penal (67).

(65) Pues una circunstancia agravante presupone siempre la existencia de un delito, sin el cual jamás puede tener vida, pero no a la inversa, es decir, que un delito no necesita de circunstancia accidental alguna para que pueda tener virtualidad en sí mismo.

(66) Esto que se acaba de exponer se puede predicar respecto del segundo párrafo del art. 59. Respecto del primer párrafo, la opción es diferente. Aquí se prohíbe que se aplique una circunstancia que ya por sí misma constituye un delito previsto por la Ley. Circunstancias de esta naturaleza apenas existen en nuestro Código Penal, aunque se pueden mencionar la de ejecutar el delito por medio de incendio (art. 10, 3.º) o la de ejecutar el hecho en la morada del ofendido (art. 10, 16.º). En estos supuestos se presupone que existe una zona común entre esas circunstancias y los delitos de incendio o allanamiento de morada. Si éstos concurren aisladamente, no entra en juego el art. 59, puesto que queda claro que una circunstancia sin presupuesto delictivo no es nada, y la determinación de que en tal supuesto se tuviese en cuenta tan solo el delito, sería absurda. Si el legislador prohíbe que no se agrave la pena cuando una circunstancia constituya en sí misma ya todo el presupuesto material de un delito, está pensando en la posible concurrencia de dos delitos, el que se identifica materialmente con la agravante, y otro ajeno a esta relación. En tal supuesto, la disyuntiva se plantea entre considerar un concurso de delitos (por ejemplo, si alguien comete un delito de violación en el domicilio de la víctima tras un ingreso ilícito, una posible calificación de concurso medial entre aquel delito y el de allanamiento de morada) o un delito agravado con esa circunstancia que sustituye al delito (siguiendo el ejemplo, delito de violación con la agravante de ejecutar el hecho en la morada de la víctima). La solución que aporta la Ley es clara, la circunstancia agravante es desplazada en su aplicación por el delito que la absorbe, optándose siempre en estos supuestos por la calificación del concurso de delitos. Con esta interpretación que aquí se presenta, se resuelve toda la problemática de distinción en la aplicación de ciertos delitos que son de naturaleza similar (en cuanto a su formulación legal) a determinadas agravantes y estas mismas. De otra parte, se contesta a un sector doctrinal que desde antiguo consideraba este primer párrafo del art. 59 como totalmente inoperante, y en este sentido se han expresado: Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado...*, cit., p. 398; Conde Pumpido, *Código Penal comentado...*, cit., p. 189.

(67) Puig Peña, uno de los primeros estudiosos sobre la temática del concurso aparente de normas de forma monográfica en nuestro país, entendió que el art. 59 del

Que esto sea así, no es puesto en duda por la actual doctrina. Más bien ha existido una despreocupación sobre la auténtica naturaleza jurídica del precepto examinado, salvo en la reciente discusión sobre la calificación jurídica de la muerte del pariente producida con alevosía.

Sin embargo, en la medida en que toda nuestra doctrina admitía que el artículo 59 del Código Penal estaba cimentado sobre el principio del *non bis in idem*, se estaba reconociendo, aun inconscientemente en muchas ocasiones, que la regla de la inherencia no es ni más ni menos que un criterio de resolución del concurso aparente de normas. Esto que se señala podría ser así porque, como viene a ser reconocido generalmente por la Literatura jurídico-penal, la base de la teoría del conflicto de leyes penales se asienta sobre el intento de fundamentación de la coherencia del ordenamiento jurídico que impide la admisión de reiteraciones lógicas o de lagunas. En este sentido, si el ordenamiento jurídico es único y coherente, se interdice la contradicción cuando se prohíbe la doble valoración de un mismo hecho sin fundamento alguno. Y esto debe conseguirse vedando el concurso de varias normas que por sí solas podrían subsumir el supuesto de hecho, pero que, a su vez, son incompatibles entre sí porque una de ellas desplaza necesariamente a todas las demás (68).

Aunque la doctrina no se ha manifestado a este respecto con mucha precisión, tampoco es negada hoy en día la naturaleza jurídica del artículo 59 del Código Penal en los términos que se vienen señalando (69). El problema surge en el momento de determinar a cuál de

Código Penal es una de las pocas normas de dicho texto punitivo que es clara expresión de un principio de solución del concurso aparente de leyes penales, cuyo criterio incluso podría ser estimado con carácter general. Puig Peña, F., *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Barcelona, 1955, p. 48.

(68) Con razón señalan Cobo/Vives que el fundamento general de las diversas reglas de solución del concurso de leyes penales radica tanto en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema consistente y exento de contradicciones, como en el principio de que no se puede castigar dos veces por un mismo hecho, el cual se apoya en la unidad del ordenamiento jurídico. Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 134.

De otra parte, ha sido Mantovani quien claramente ha distinguido las dos diferentes realidades que conforman el ámbito de aplicación de dos principios básicos de Derecho Penal. El principio del *non bis in idem*, que opera con una sola norma y es presupuesto de la teoría del concurso aparente de leyes, y el principio de la integral valoración jurídico-penal del hecho, que opera a través de varias normas y que eventualmente parte como presupuesto del concurso de delitos. Mantovani, F., *Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale*, Bolonia, 1966, pp. 580 y 581. Esta especial relación entre el principio del *non bis in idem* y el concurso aparente de normas, si bien para el criterio de la consunción, ha sido señalada también por Puig Peña, *Colisión de normas penales...*, cit., p. 46.

(69) Esta problemática no se ha suscitado en Alemania, aunque autores como Montebrück plantean la posibilidad de hallarse ante un supuesto de concurso ideal de delitos (*Strafrahmen und Strafzumesung...*, cit., p. 181).

los criterios de solución del concurso aparente de normas responde el artículo 59 del Código Penal, al de especialidad en sentido estricto, al de subsidiariedad o al de consunción.

Rodríguez Devesa (70) señaló que el artículo 59 del Código Penal tan sólo consagraba, para los supuestos que en él se contemplan, una relación de subsidiariedad expresa (párrafo primero) o subsidiariedad táctica (párrafo segundo), puesto que expresamente se señala que el artículo 10 no debe ser aplicado en las hipótesis que manifiesta. La tesis de este autor participa de la especial concepción de la subsidiariedad que él mismo mantiene, es decir, entendiéndola en el sentido de que impone que un precepto ha sido establecido para que se aplique solamente en el supuesto de que no venga otro en aplicación (71). Sin embargo, el artículo 59 del Código no está previsto simplemente para situaciones en las que no deban ser aplicadas las circunstancias de agravación, no es una norma que exclusivamente entre en el campo de vigencia por defecto de otra, sino al contrario, es un precepto que estima una preferencia de aplicación (72). No parece ser, pues, el criterio de la subsidiariedad el recogido en el artículo 59 del Código Penal.

Mir Puig también ha mantenido que la regla determinada en el artículo 59 es una regla de solución del concurso aparente de normas, si bien él se inclina por entender que el principio de especialidad es el

En Italia la situación en este punto es muy similar a la española, y algún autor ha señalado lo siguiente: «El trasfondo real sobre el que se sitúa la problemática es el concurso de normas, pues interrogarse sobre si el factor de determinación de la pena que integra el delito circunstancial tiene relevancia en el momento de la individualización de la pena base significa interrogarse sobre la apariencia o la realidad de la convergencia de dos órdenes de previsiones normativas sobre una misma situación de hecho...» De Vero, *Circostanze del reato y commisurazione della pena...*, cit., p. 61. También se muestra favorable al entendimiento de esta regla de determinación penal dentro del concurso aparente de normas, Manzini, *Tratato di Diritto Penale...*, cit., p. 188.

(70) *Derecho Penal Español. Parte General...*, cit., p. 696. Esta opinión también es compartida por Gallego Díaz, *El sistema español de determinación legal de la pena...*, cit., p. 374.

(71) Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español. Parte General...*, cit., p. 197.

(72) De otra parte, existen numerosos problemas para que pueda ser admitida esta concepción de la subsidiariedad, dado que el hecho de exponer esta regla como criterio de aplicación de un precepto tan sólo cuando no haya otro que esté previsto en la sub-sunción, es demasiado abstracta para que pueda aportar una fórmula más concreta que el mero enunciado de lo que simplemente es el concurso aparente de normas. Por esta razón se considera más conveniente partir del concepto de subsidiariedad proporcionado por Jescheck, que contempla este criterio de forma material, es decir, «que el precepto penal subsidiario solamente debe retroceder ante una ley que abarque acciones dotadas de una misma dirección de ataque criminal, puesto que éste es el fundamento interno de la preferencia de la ley primariamente aplicable». Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., traducida y adicionada por Mir Puig, S., y Muñoz Conde, F., Vol. II, Barcelona, 1981, p. 1037.

que guía a esta disposición, pues «... la finalidad de este precepto es resolver los (aparentes) concursos de normas entre una circunstancia agravante genérica y una figura de delito que la prevé. El criterio que usa es el de especialidad, puesto que es más específico el tipo que prevé una circunstancia agravante que ésta, que es de aplicación general» (73). Según opinión común, el principio de especialidad prima en favor de la ley especial frente a la general, y un precepto es más especial que otro, se dice, cuando requiere, además de todos los presupuestos exigidos por el que va a ser desplazado, algún elemento adicional que le dota de cierta especificidad frente a aquél. Se produce, en cierta forma, una singular relación de género a especie en la que prima desde el punto de vista lógico-valorativo esta última.

Ahora bien, el principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal impide que se aplique una circunstancia agravante a un delito, bien porque ésta ya esté prevista en él, bien porque sea de preferencia la calificación del concurso de delitos frente a la del delito circunstanciado. Pero esto no implica necesariamente que el delito sea una especie de la agravante a la cual se le añade un elemento más que representa una mera caracterización de aquélla. No existe esa relación de género a especie entre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y la infracción típica que es de aplicación preferente. De ahí que el principio de especialidad dentro de la teoría del concurso aparente de normas no pueda explicar convincentemente esta especial relación entre agravante genérica y figura típica de la Parte Especial.

El artículo 59 del Código Penal, como se ha venido señalando, establece la resolución de un conflicto de posibles calificaciones, bien entre un delito agravado y un concurso de delitos (74) (primer inciso del párrafo primero del art. 59); o simplemente entre una infracción agravada y la mera infracción (resto del art. 59) (75). En tales supuestos, también se ha señalado aquí que el citado precepto obligaba a tomar en consideración la segunda de las alternativas expresadas. La circunstancia agravante, en definitiva, siempre cede ante el delito que la contempla, porque éste absorbe de forma más completa el desvalor del hecho que subsume. En este sentido, la propia Ley entiende que la connotación valorativa de un delito agravado por una circunstancia genérica es distinta desde el punto de vista jurídico-penal, por ejemplo, que un concurso de delitos.

(73) Mir Puig, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato...*, cit., pp. 830 y 831.

(74) Siguiendo el ejemplo utilizado en varias ocasiones, entre una violación con la agravante de ejecutar el hecho en la morada de la víctima y un concurso medial de delitos de allanamiento de morada y violación.

(75) Por ejemplo, conflicto entre la calificación de un hecho como estafa agravada con la circunstancia de astucia o simplemente calificación de estafa.

Trasladado al ejemplo que se viene utilizando, en la violación con la agravante de morada, el acento se pone en el delito base, siendo la circunstancia una mera nota accesoria y accidental al delito, que representa el menosprecio que tuvo el autor a la habitación de la víctima, la falta de consideración a valores como éste de la santidad del hogar. En cambio, aceptando la vía del concurso, aparecen dos infracciones sin que necesariamente exista accidentalidad y accesoriedad de una sobre otra. De ese menosprecio e irreverencia al lugar donde se desarrolló el hecho antijurídico principal, se pasa a la ofensa de un bien jurídico autónomo como es la vida privada doméstica de la víctima en conexión con otros valores atropellados por el delito que concurre con el allanamiento de morada (libertad sexual del sujeto pasivo). La significación valorativa, si bien similar, no es idéntica según se opte por una subsunción o por otra (76). Tal y como se ha repetido líneas atrás, la calificación del concurso contempla de forma más completa la desvalorización del comportamiento que la estimación de la simple figura agravada.

En base a lo expresado, se determina que el artículo 59 sea fiel expresión de uno de los criterios de solución del conflicto aparente de normas, el denominado principio de consunción, cuya formulación comúnmente aceptada establece que el precepto que contempla de modo total el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta prevalece sobre el que lo contempla de una forma parcial (77). Incluso se ha llegado a afirmar que el artículo 59 supone la concreción legal más clara de la que se puede extraer la vigencia manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico del mentado principio de consunción (78). Algunos autores españoles se han manifestado en este sentido (79).

En conclusión, se puede mantener que el artículo 59 del Código Penal es una expresión legal de uno de los principios de resolución

(76) Sobre la específica problemática en el delito de allanamiento de morada, Borja Jiménez, E., *El delito de allanamiento de morada*, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1990, pp. 318 y ss.

(77) Cobo/Vives, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 136.

(78) Así ha señalado Puig Peña: «Este precepto, que está expresamente escrito para la mecánica de aplicación de las circunstancias, no hay inconveniente para considerarlo un precepto de alcance general, exponente del criterio del legislador en orden al principio de la consunción...», *Colisión de normas penales...*, cit., p. 48.

(79) En la última edición, Cobo/Carbonell han contestado la posición de Mir Puig respecto al peculiar entendimiento de la naturaleza y función del artículo 59 del Código Penal, revelando que en todo caso se trata del criterio de la consunción el que se desprende de dicho precepto. Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 550. De la misma opinión, Guallart y De Viala, *Parricidio-asesinato: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?...*, cit., p. 417. Antón Oneca, J., *Derecho Penal I. Parte General*, Madrid, 1949, p. 462. Es curioso observar que el propio Mir Puig ha mantenido con anterioridad esta tesis de la consunción. Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 555.

del concurso aparente de normas en el ámbito de la determinación de la pena, precisamente de aquel que resuelve el posible conflicto de leyes mediante el denominado criterio de la consunción (80).

AMBITO DE APLICACION

El artículo 59 del Código Penal establece su campo de vigencia en torno a las circunstancias agravantes, y dentro del ámbito de la determinación penal. Así parece ser si se atiende al tenor literal del precepto y al lugar en el que se halla ubicado. Sin embargo, la doctrina se ha preguntado si esta disposición es de aplicación a otros factores distintos de las circunstancias genéricas de agravación del artículo 10 de nuestro Código Penal, es decir, si la disposición también puede tomar por base las circunstancias atenuantes o mixtas de los artículos 9 y 10 del Código Penal o incluso a las circunstancias específicas de agravación o de atenuación (81). A continuación se intentará responder a estas cuestiones siguiendo la línea marcada por esta investigación.

En cuanto a las circunstancias específicas de agravación, en principio cabe señalar la gran dificultad que existe para que pueda plantearse tan sólo la posibilidad de una doble reiteración. En efecto, la propia existencia del artículo 59 del Código Penal es una prueba evidente de la aceptación por parte del legislador de un posible error en la tipificación penal tanto de figuras delictivas como de circunstancias

(80) Tan sólo una serie de supuestos muy restringidos parece excluirse de este criterio. Son situaciones en las que el delito que absorbe la circunstancia es un subtipo agravado con identidad entre la circunstancia que específicamente agrava el delito y una agravante genérica. Algunos ejemplos se presentan en nuestro derecho positivo. Así, en el delito de hurto cualificado por la circunstancia de abuso de superioridad, se puede aplicar, en principio, el delito contenido en el art. 514 con la agravante de abuso de superioridad del n.º 8 del art. 10 o el hurto específico que viene contemplado en el último inciso del n.º 4 del art. 516. Aunque las agravantes genérica y específicas en este caso son casi idénticas, dado que la contemplada en el art. 516 está especialmente prevista para el delito de hurto excluyendo a cualquier otro, se aplicaría esta última. Pero esta solución no resulta necesariamente de la existencia de un mayor desvalor de esta calificación sobre la otra que se ha señalado, sino simplemente porque es una subsunción más específica. Por tanto, en estos supuestos el criterio a aplicar es el de la especialidad y no el de la consunción.

Otros casos semejantes a éste se pueden encontrar en el delito de parricidio del art. 405 en relación con el delito de homicidio y la circunstancia mixta de parentesco del art. 11 o el delito de injurias hechas por escrito y con publicidad bajo el concepto legal que señala el art. 463 en relación con la agravante del art. 10.4.º (realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad).

(81) Por ejemplo, si se aplica a las agravaciones específicas del art. 506 (para el robo con fuerza en las cosas) o al art. 501 (subtipos agravados en el robo con violencia e intimidación).

genéricas de agravación. Se puede pensar, por ejemplo, que si el legislador hubiese empleado una técnica perfecta de determinación legal de circunstancias agravantes (cosa casi imposible de conseguir), impediría que elementos genéricos de agravación coincidiesen básicamente con el presupuesto material de ciertas infracciones criminales o que éstos hubiesen sido expresados por dichas infracciones o resultaren inherentes a las mismas. Pero eso resultaría demasiado complicado, dado que las agravantes del artículo 10 están expresamente descritas y son muy pocas en comparación a toda la variedad delictiva que, en principio, le sirve de presupuesto; de tal forma que muy difícilmente se podría evitar que alguna de las circunstancias agravantes no coincidiese con términos típicos de las correspondientes figuras delictivas de la Parte Especial. El legislador ha sido cauto a este respecto y ha expresado manifiestamente a través del artículo 59 la posibilidad de esta doble tipificación, advirtiendo al intérprete para que no aplique una reiteración ilógica técnica y valorativamente.

Este peligro de doble reiteración es más difícil que se produzca cuando se trata de circunstancias de agravación específicamente previstas para determinados delitos. En tales supuestos, la Ley ha determinado el concreto elemento de agravación, teniendo presente que éste se va a aplicar a uno o varios (en todo caso, muy pocos) tipos básicos, frente a la gran cantidad de figuras delictivas que potencialmente podrían ser presupuesto de las agravantes genéricas. De esta forma, puesto que se ha establecido una concreta causa de agravación del delito básico con particular atención a las peculiaridades de éste, es muy poco probable que se recurra de nuevo a un elemento típico de la figura principal. Las mismas consideraciones son trasladables a las causas específicas de atenuación (82).

El que existan pocas posibilidades de inherencia entre elementos del tipo básico y las agravaciones específicas, no implica necesariamente la anulación de toda duda sobre la realidad de esa relación de inherencia entre una y otra. Más concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico se ha suscitado la problemática de la violación del

(82) Causas específicas de atenuación para concretas figuras delictivas apenas existen en nuestro ordenamiento jurídico, y al igual que en los supuestos de agravación, más bien se trata de subtipos específicos con cierta autonomía. No se puede entrar aquí en la naturaleza jurídica de estas circunstancias porque excedería notablemente de las propias limitaciones impuestas por la misma investigación. Algunos ejemplos de las mentadas causas específicas de atenuación se encuentran en los arts. 256: «Si de los antecedentes del procesado y de las circunstancias del hecho se dedujere la escasa peligrosidad social de aquél, la existencia en contra suya de amenazas graves de agresión ilegítima, o la patente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, los Tribunales podrán rebajar las penas señaladas en esta sección en uno o dos grados», y 420, párrafo segundo: «No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél.»

artículo 59 del Código Penal en relación con alguno de los delitos tipificados en el artículo 501 y la agravación ubicada en el último inciso de dicho precepto (cuando el delincuente hiciese uso de las armas u otros instrumentos peligrosos que llevase) (83). La cuestión que se debe resolver ahora es si dentro del ámbito de aplicación del precepto, además de las circunstancias agravantes genéricas, se pueden incluir también las causas específicas de agravación de las diferentes figuras delictivas de la Parte Especial del Derecho Penal.

Una primera lectura del repetido precepto muestra que su aplicación va dirigida a las circunstancias agravantes que pueden producir el efecto de aumentar la pena. No cabe duda que las circunstancias agravantes genéricas, esto es, las contenidas en el artículo 10 del Código Penal, son las primeras objeto de especial consideración por el artículo 59. Pero, en efecto, las agravaciones específicas de algunos delitos del Libro II del texto punitivo, también pueden ser consideradas circunstancias agravantes que producen el efecto de aumentar la pena, sin forzar el tenor literal del artículo 59.

Se señalaba también que el principio de inherencia actuaba fundamentalmente en el ámbito de la determinación de la pena. Ahora bien, cuando se trataba de agravantes genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, su incidencia se concretaba en la fase de la determinación concreta de la cuantía de la pena, es decir, en el momento que sirve de presupuesto para la aplicación del artículo 61 del Código Penal. En cambio, cuando se trate de agravaciones específicas, la prohibición de la doble valoración se va a reflejar en una fase anterior de la individualización penal, cual es el momento de la elección del marco penal sobre el que se ha de concretar la sanción final, impidiendo, en este caso, que se tome como pena base la marcada por la mentada agravación específica. Sobre este punto, que apenas ha sido considerado por la doctrina española (84), existe cierta unanimidad en la doctrina alemana, auspiciada por el propio tenor literal del § 46.III (85).

(83) Sobre esta temática en concreto, volveremos en el siguiente apartado.

(84) Con todo, no se puede olvidar que Zugaldia Espinar aplica el art. 59 para considerar que determinadas agravaciones del delito de lesiones violan su sentido e incluso la propia Constitución por comprender este precepto, según el autor, una concreción del principio fundamental del *non bis in idem* constitucionalmente consagrado (véase a este respecto nota n.º 48). Esta consideración abierta del art. 59 del Código Penal también ha sido mantenida por Alonso Alamo, quien entiende que dicho precepto no sólo se aplica a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, sino también a las agravaciones específicas e incluso a otros factores que directa o subsidiariamente puedan aumentar la pena. Alonso Alamo, M., «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 19 (1983), p. 9.

(85) A este respecto, se ha señalado que la prohibición de la doble valoración no repercute solamente en la individualización penal *sui generis*, sino que aporta especial

Luego si las causas especiales de agravación pueden ser subsumidas por el artículo 59 sin forzar su tenor literal, y además se respeta el fundamento y los propios criterios de valoración que se han mantenido a lo largo del presente trabajo, se llega a la conclusión de que también éstas entran dentro del ámbito de aplicación del repetido artículo 59 del Código Penal (86).

Mayores problemas se plantean cuando el presupuesto del precepto se sitúa en aquellas circunstancias que, de una forma u otra, pueden producir una atenuación de la pena final, sean las genéricas contenidas en el artículo 9.º (incluyendo las propias eximentes incompletas) o algunas específicas para determinados delitos. Así, a título de ejemplo, en el delito contenido en el artículo 340 bis *a*), párrafo primero (87), de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas, surge la duda de si se puede aplicar la atenuante del artículo 9.º, n.º 3, del Código Penal, de embriaguez no habitual, dado su relación de inherencia con la mentada figura delictiva.

Como se ha expuesto al principio del presente artículo, respecto a las circunstancias atenuantes también se aplica el principio de la prohibición en ordenamientos jurídicos como el alemán o italiano, por venir expresamente recogida esta posibilidad por el derecho positivo. En el artículo 59 de nuestro vigente Código Penal, por el contrario, tan sólo se mencionan las circunstancias agravantes. En atención a lo dicho, deberían surgir dudas en cuanto a la aplicación del precepto en los supuestos de atenuación, por no coincidir con el tenor literal de aquél. Sin embargo, se puede decir que nuestra doctrina (88), apoyada por alguna resolución jurisprudencial

significación en la elección del particular marco penal. En este sentido, Bruns, *Strafzummesugsrecht...*, cit., p. 368. El autor reitera esta idea en otro de sus trabajos: *Zum verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen (Strafbemessungsgründen)...*, cit., p. 360. Del mismo criterio, Zipf, *Die Strafzummesung...*, cit., p. 42.

(86) Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en una reciente sentencia parece negar esta posibilidad, aunque bien es cierto que esto no se puede afirmar de forma contundente, cuando establece que «... El artículo 59 no es aplicable, ya que no se trata de circunstancias de agravación genérica, sino de elementos de una figura delictiva que conforma un subtipo de mayor gravedad...», STS de 4 de marzo de 1988 (RA, n.º 218).

(87) Art. 340 bis *a*): «Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso de conducción por un tiempo de tres meses y un día a diez años:

1.º El que condujera un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas...»

(88) Como representativos se pueden citar los siguientes: Albacar López/Manzanares Samaniego..., cit., p. 359; Conde Pumpido..., cit., p. 189; Córdoba Roda..., cit., p. 250; González Cussac..., cit., p. 213; Gallego Díaz..., p. 213.

dencial (89), es partidaria, con un amplio consenso, de ampliar el campo de vigencia del artículo 59 tanto a circunstancias atenuantes como mixtas.

El argumento que se ha utilizado deriva del peculiar entendimiento respecto de la naturaleza jurídica del artículo 59, pues en la medida en que este precepto es considerado como una concreción del principio del *non bis in idem*, éste debe ser aplicado a todos los factores de determinación penal sin discriminación alguna.

Pero esta interpretación presenta dos objeciones demasiado consistentes para que pueda ser admitida sin crítica alguna.

La primera de ellas atiende a la literalidad del precepto, que tan sólo menciona a las circunstancias agravantes, desconociendo a las atenuantes.

El segundo obstáculo deriva del anterior, pues si se entiende que es aplicable el artículo 59 a supuestos que no vienen expresamente mencionados en su tenor literal, su utilización sólo se puede explicar bajo el recurso de la analogía, y puesto que se prohíbe tomar en consideración una circunstancia de mitigación de la pena, analogía *in malam partem*. Con independencia de que se llegue a la misma conclusión que la doctrina dominante, el artículo 59 no se puede aplicar a otras circunstancias que no sean las de agravación, sean genéricas o específicas.

De otra parte, lo que parece lógico desde todos los puntos de vista es que no se aplique una atenuante que sea inherente a un delito, en el ejemplo que se señalaba, que no se aminore la gravedad del delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con la atenuante de embriaguez del artículo 9.º, n.º 3.

Estas dos apreciaciones, aparentemente contradictorias, necesitan de una explicación que pueda salvar dos consideraciones que, a primera vista, parecen incompatibles entre sí.

Se ha señalado desde un principio que el artículo 59 del Código Penal responde a las reglas de la lógica, que es una concreción del *non bis in idem* en una determinada materia. Bajo este prisma, si esta disposición no hubiese existido, sus consecuencias jurídicas, en tanto que son consecuencias puramente lógicas, seguirían manteniéndose de igual forma. Si se ha positivizado esta regla de sentido común, esto ha sido fundamentalmente por dos razones: una de carácter técnico y otra de índole valorativo. De carácter técnico, porque la variedad delictiva de la Parte Especial frente a las pocas circunstancias agravantes que potencialmente pueden ser aplicadas, determina que el legislador exprese la posibilidad de existencia de una ilícita reitera-

(89) La STS de 11 de junio de 1974 (JC, n.º 1.171) entiende que el art. 59 del Código Penal también se puede aplicar a las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

ción que no debe ser considerada. Y de índole valorativo porque dicho precepto nace bajo una clara tendencia limitadora del arbitrio judicial, y en nuestro país, con influencia de los principios de la retribución. La especial referencia a las circunstancias agravantes vendría justificada por estas consideraciones, y de ahí que aquí se haya expresado esta relación como particular manifestación de la culpabilidad por el acto aislado.

Pero si el artículo 59 no hubiese existido, en tanto que refleja una regla lógico-jurídica representativa del principio de consunción en el ámbito de la determinación de la pena, seguiría aplicándose de igual forma. Y por idénticas razones, jamás debe apreciarse una circunstancia atenuante a un delito que la haya expresado al ser descrito por la Ley o que guarde con la misma una relación de inherencia. Pero esta prohibición no deriva de la aplicación directa del artículo 59, sino de los mismos principios que le sirven de base. En este caso, es el principio de consunción el que impide esa reiteración del elemento del tipo y de la atenuante, aun cuando no haya un artículo que así lo manifieste expresamente (90).

CRITERIO DE DETERMINACION DE LA RELACION DE INHERENCIA

Establecido el fundamento, naturaleza y ámbito de aplicación del artículo 59 del Código Penal, se tiene que determinar cuál es el criterio general para que se pueda estimar cuándo una circunstancia agravante es inherente a un delito y cuándo no lo es. Si se afirma, por

(90) No es ésta la postura, como se ha señalado, que se postula en nuestro país ni tampoco fuera de nuestras fronteras. Así, el derecho positivo alemán ofrece la posibilidad de que se aplique el precepto correspondiente (§ 46.3) tanto a las circunstancias agravantes como atenuantes (que, como se ha señalado, no vienen taxativamente determinadas, salvo algunos supuestos específicos). A pesar de la extensión legal, la doctrina germánica amplía notablemente el tenor literal del precepto en cuestión para incluir dentro de la prohibición de la doble valoración, no sólo a las circunstancias genéricas del delito, sino también a otros factores que fundamentan la determinación de la sanción criminal, como la necesidad general de pena del hecho correspondiente, el principio fundamental político-criminal de la respectiva disposición, o el fin de la amenaza penal del castigo. Bruns, *Strafzummesungsrecht...*, cit., p. 366. Del mismo autor, *Zum verbot...*, cit., p. 358. En este sentido, Seebald ha señalado que la prohibición debe comprender todas las causas y consideraciones que han guiado ya al legislador en la formulación de un determinado tipo penal, pues incluso la intención legislativa puede servir de base como factor no expreso de determinación penal, llegando a la consecuencia de que el juez no debe tener en cuenta un punto de vista aplicable a todo hecho penal de la misma clase, la idea político-criminal de la correspondiente disposición o el abstracto fin de la pena de la prevención general. Seebald, *Das missverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen...*, cit., p. 232.

ejemplo, que la astucia es inherente al delito de estafa o que el abuso de confianza lo es respecto de la apropiación indebida, es porque necesariamente debe de existir una relación intrínseca entre circunstancia agravante y figura delictiva que justifica la no consideración de aquélla. Esa relación de inherencia responde a un fundamento común (el cual ya ha sido estudiado al principio de esta investigación), que al ser aplicado a los diversos supuestos, se plasma en una regla general de determinación del criterio de inherencia. En este apartado se va a intentar desvelar esa regla general de conexión interna que establece la prohibición de la doble valoración.

Un primer aspecto a tener en cuenta dentro de este marco enunciado, es aquel que se plantea sobre si la relación de inherencia se concibe en el artículo 59 de forma absoluta y abstracta o, por el contrario, se debe entender bajo las coordenadas de relatividad y concreción. Es decir, se debe de responder a la cuestión de si el artículo 59 del Código Penal prohíbe que el juez recurra a una circunstancia agravante que ha sido absorbida por el delito que se juzga a través del momento legal y genérico, atendiendo a la relación entre agravante e infracción desde el punto de vista de su mera tipificación sin ulterior concreción; o más bien semejante interdicción va referida al supuesto de hecho específico, esto es, teniendo presente en el momento de la realización de la conducta si ésta podría haber sido materializada sin la concurrencia del elemento agravatorio.

En nuestro país, Córdoba Roda (91) representa una tendencia casi uniforme en favor de la primera de las posibilidades planteadas, pues entiendo este autor que cuando el texto legal habla aquí de delito se refiere al correspondiente tipo de infracción, no al hecho concreto realizado. De esta forma, las circunstancias inherentes al delito, según el artículo 59 del Código Penal, lo serían aquéllas sin cuyo concurso resulta absolutamente imposible la comisión de la respectiva figura legal y viceversa, pues no constituirían tales circunstancias inherentes al delito «aquellas que, si bien resultan imprescindibles en el caso concreto para perpetrar la particular conducta criminal, no imposibilitan en sentido absoluto la realización de la misma, al poder ésta ser llevada a cabo en otros casos concretos, sin necesidad de dichas circunstancias» (92). Esta posición ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina española (93). De ahí que se haya designado a esta interpretación inherencia absoluta, frente a la denominada inherencia relativa, que responde a la interpretación que se ciñe a la segunda alternativa expuesta anteriormente.

(91) *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 247.

(92) Córdoba Roda, *ibídem*.

(93) Véase a este respecto los autores citados en la nota 88.

Esta concepción del principio de inherencia se puede aceptar parcialmente, pues desde el fundamento que se expuso en su momento, es coherente con lógica, con la distribución de competencias entre el legislador y el juez, con el *non bis in idem* y con el propio principio de culpabilidad por el hecho aislado mantener que la relación entre circunstancia y delito que la absorbe viene referida a la fase abstracta y genérica de la tipificación y no a esta otra que se desarrolla en la concreta materialización de un hecho puntual. Ahora bien, tal y como se desprende de la exposición de semejante doctrina, absoluto y abstracto se unen indisolublemente, al igual que relativo y específico. Y no tiene por qué ser siempre de este modo. Se puede concebir la inherencia de forma abstracta, pero se puede concebir que esa relación ideal sea de carácter general sin llegar a la radical conclusión de la imposición absoluta. Esta nueva interpretación debe ser precisada junto a una mayor delimitación del criterio determinante de la relación de inherencia.

Es de común entendimiento que la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal obedece a la idea de ajustar, en la mejor forma posible, la pena imponible al responsable criminal de un hecho en atención a las específicas peculiaridades de éste (gravedad del resultado, medios de comisión, etc.) y el grado de culpabilidad del sujeto enjuiciado. Sin profundizar en toda la problemática que plantea el fundamento de la teoría de la pena, también se puede afirmar que el delito en abstracto representaría el caso normal, mientras que las circunstancias expresarían un dato añadido que reflejaría las posibles modalidades de la figura legal genérica (94). En este sentido, y siguiendo a Bruns (95), se puede decir que la valoración de una circunstancia de agravación será lícita cuando su consideración contribuya de forma esencial a la caracterización especial del hecho particular dentro del grupo del delito del que forma parte. Precisamente se prohíbe que se tenga en cuenta una agravante como causa de determinación penal porque ésta no aporta nada nuevo en la desvalorización del supuesto concreto, careciendo en tal caso de razón alguna un aumento de la cuantía de la sanción criminal. Esta consideración ha llevado a un sector doctrinal a la aceptación de toda circunstancia agravante como causa de determinación penal cuando aquélla aporte una especificidad esencial constitutiva de la caracterización del hecho particular dentro de la clase de hechos que genéricamente vienen siendo descritos por la

(94) En palabras de Bruns, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son utilizadas como causas de determinación penal porque representan particulares expresiones del hecho, que matizan al mismo dentro de su cuantitativa gravedad. Bruns, *Strafzummesungsrecht...*, cit., p. 369.

(95) Bruns, *ibidem*.

figura típica (96). En esta interpretación se exige que el elemento agravatorio aporte un cuño de individualización en la forma en que se ejecutó el hecho, en su gravedad, etc., para que pueda ser una lícita causa de determinación penal. Siguiendo esta pauta, se puede decir que el criterio aceptado para la determinación de la relación de inherencia radica en esa consideración del caso medio representado por la figura legal tipificada de forma genérica y la existencia de desviaciones de ese término medio en la materialización del caso concreto, diferenciación que puede ser subsumida a través del delito cualificado. En este contexto, como señala Hettinger (97), en el plano abstracto formal del tipo no es posible la concreta individualización de la pena, pues dicha abstracción del supuesto de hecho obliga al intérprete a la consideración de ese tipo como presupuesto de la pena, y a entender sus elementos como susceptibles de aplicación, indistintamente y en la misma forma, a todas las acciones típicas de ese hecho penal. Así, cuando la causa de agravación contempla, sin diferenciación alguna, una serie de circunstancias que, lejos de aportar un nuevo sello de concreción del supuesto típico, coincide con las peculiaridades definidas por algún elemento de la figura legal, entonces se podrá afirmar que existe una relación de inherencia entre la circunstancia agravante y el delito que supuestamente le sirve de base. Surge así, pues, la prohibición de aplicación de aquella, y no puede ser de otra forma, puesto que el elemento del tipo (encubierto en la causa de agravación) es inidóneo para que pueda influir mínimamente en la determinación de la cuantía de la pena del caso concreto.

Volviendo al principio del presente apartado, se debe afirmar esa abstracción de la relación de inherencia, considerando tan sólo la conexión entre circunstancia y delito desde el punto de vista legal y no la posibilidad de realización del caso puntual. A esto se debe añadir la consideración del caso medio que viene representado por el tipo penal de la Parte Especial. Ahora bien, en esa llamada al caso medio, al supuesto de comisión normal, no se está optando por una concepción absoluta del principio de inherencia, como mantiene Córdoba Roda (98). Para este autor, una circunstancia agravante será inherente a un delito cuando sea absolutamente imposible concebir la descripción legal de la figura delictiva sin la concurrencia de dicha circunstancia de agravación. Para dicho

(96) Hettinger, *Das Doppelwertungsverbot...*, cit., p. 50, siguiendo a Jagusch. En la misma línea se ha manifestado Bruns, *Zum verbot der Doppelverwertung...*, cit., p. 362. El mismo autor se expresa en idéntico sentido en *Das Recht der Strafzumessung...*, cit., p. 136. En esta línea se ha mantenido Zipf, *Die Strafmassrevision...*, cit., p. 99.

(97) Hettinger..., cit., p. 126.

(98) Córdoba Roda, *ibídem*.

autor, por el contrario, no constituirán tales circunstancias inherentes al delito «aquellas que, si bien resultan imprescindibles en el caso concreto para perpetrar la particular conducta criminal, no imposibilitan en sentido absoluto la realización de la misma, al poder ser ésta llevada a cabo en otros casos concretos, sin necesidad de dichas circunstancias». Desde esta perspectiva, si la realización de una conducta delictiva presupone en la mayoría de las ocasiones la consideración de una causa agravante, excepto en algún caso muy excepcional, puesto que no resulta absolutamente imposible la escisión de la correspondiente figura legal, se admitiría como factor de determinación penal. Sin embargo, la posición que aquí se defiende es bastante diferente.

En la medida en que un hecho venga usualmente definido de tal forma que su perpetración suponga casi siempre la consideración de un elemento catalogado como circunstancia de agravación, éste no puede asumir una función de diferenciación del caso normal, porque en realidad no marca su sello específico de agravación respecto del supuesto de hecho medio. No puede, por tanto, contribuir a un aumento de la pena respecto del delito genérico. Y esta conclusión no puede ser desvirtuada aun cuando excepcionalmente se pudiese obtener una imagen del hecho típico sin la causa modificativa de la responsabilidad criminal, pues si tan sólo ese dato fuese suficiente para romper la relación de inherencia, se estaría elevando a la categoría de regla lo que aparece precisamente como opuesto, es decir, la excepción. Y por el contrario, se degradaría al campo de lo excepcional aquello que normalmente se presenta como regular y reiterado, siguiendo una pauta normativa. Esto viene impuesto por la propia naturaleza valorativa de la Ciencia del Derecho, cuyos principios no son contemplados exclusivamente como reglas absolutas de carácter universal que impiden su vigencia cuando un supuesto no encaja completamente en su formulación inicial.

A título de ejemplo, en la apropiación indebida tipificada en el artículo 535 del Código Penal, se puede afirmar que en la casi totalidad de los casos el sujeto activo del delito va a abusar de la confianza que ha puesto en él el sujeto pasivo desde el momento en que éste ha entregado una cosa mueble con el convencimiento de que le sea devuelta. Es posible, sin embargo, imaginar algún supuesto donde la víctima desconfíe realmente del depositario de los objetos entregados, es posible pensar en la realización de algún hecho punible sin que exista una auténtica relación de confianza. Según la doctrina tradicional y dominante, como desde el punto de vista abstracto no se da una imposibilidad absoluta de existencia del delito sin la circunstancia agravante, la consecuencia inmediata y coherente con este planteamiento sería la de rechazar la relación de inherencia entre el delito de apropiación indebida del artículo 535 y la circunstancia agravante del artículo 10, n.º 9, ambos del Código Penal.

Por el contrario, la interpretación que aquí se propone atiende a la normalidad de la realización del supuesto de hecho que representa el tipo legal genérico frente a la diferenciación y desviación del caso medio que se contempla desde el delito cualificado por una circunstancia de agravación. En línea con el ejemplo citado con anterioridad, la forma normal de ejecución del delito de apropiación indebida va a suponer el empleo de abuso de confianza respecto del ofendido, y tan sólo excepcionalmente puede producirse la perpetración del delito contra la propiedad sin la concurrencia del mencionado elemento de agravación. Si por este factor aislado y poco usual se determina la consideración de la agravante de abuso de confianza en la casi totalidad de los casos realizados, se va a elevar, tal y como aquí se ha señalado, a categoría de regla una circunstancia que tan sólo se presenta excepcionalmente. Por esta razón, se mantiene que el abuso de confianza es inherente al delito de apropiación indebida. Postular por la interpretación tradicional supone enfrentarse a muchos inconvenientes, como pueden ser los derivados de dejar sin explicación convincente la función de los elementos de agravación, la división de competencias entre el legislador y el juez, la aplicación material del principio del *non bis in idem* o la propia naturaleza de las cosas.

En conclusión, el criterio propuesto para la determinación de la relación de inherencia atiende a una consideración parcialmente abstracta y no absoluta del tipo legal y la circunstancia agravante considerada, sin que esto suponga el olvido de las condiciones en que normalmente se desarrolla la ejecución del caso medio. Es ésta, pues, una interpretación intermedia entre la inherencia concebida en forma absoluta y aquella otra que se explica desde una concepción relativa (99).

(99) Esta interpretación puede plantear algunos problemas si se realiza una lectura estrictamente literal del párrafo segundo del artículo 59. En efecto, el precepto establece claramente que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes «... de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse». No obstante, si se sigue con atención el contenido semántico del vocablo *inherencia*, que según el Diccionario consiste en la unión de dos cosas separables por su naturaleza, o que sólo se pueden separar mentalmente y por abstracción, se podrá observar que esta acepción no es totalmente aplicable al ámbito jurídico, pues éste designa al mentado concepto con carácter valorativo que desconoce el gramatical, el cual se circunscribe exclusivamente al ámbito lógico. De otra parte, si se siguiese una concepción totalmente abstracta del criterio de inherencia, difícilmente se podría mantener la misma sin violar el tenor literal del art. 59. Pero como el punto de referencia no es tan sólo la relación ideal entre delito y causa de agravación, sino en atención a la normalidad de la ejecución del hecho según el caso medio, se puede seguir manteniendo que una circunstancia agravante es de tal manera inherente a un delito cuando, sin su concurrencia, no puede cometerse (según la forma en que normalmente se desarrolla la perpetración de ese hecho antijurídico).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha seguido una línea uniforme en sus resoluciones. De ahí que en una serie de sentencias parece que se inclina en favor de la consideración del criterio de la inherencia de forma similar a como lo entiende la doctrina tradicional, esto es, inherencia absoluta (100). Pero en la STS de 22 de octubre de 1962 (RA, n.º 3.958), el Tribunal de Casación entendió que no se podía aplicar la agravante de abuso de confianza del n.º 9 del artículo 10 a un delito de estafa porque «el hecho de ser empleado de la empresa condujo a que pudiera ser cometido el delito de estafa», y que, por tanto, «en este caso en concreto la condición de empleado o dependiente de la empresa es una circunstancia inherente al delito que cometió y, por tanto, conforme a lo que expone el artículo 59 del Código Penal, no produce el efecto de aumentar la pena». Parece que el Tribunal Supremo se pronuncia en este caso en favor de la admisión del criterio de la inherencia en sentido relativo, pues perfectamente es imaginable una estafa en la que no exista abuso de confianza alguno (aunque esto no será así en la generalidad de los casos) (101).

ALGUNOS SUPUESTOS EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

En último lugar, se tiene que aplicar toda la construcción teórica elaborada a lo largo de este trabajo a los concretos casos conflictivos que se presenten en nuestro ordenamiento jurídico, para poder dotar de sentido a la investigación abstracta y comprobar su aptitud en la resolución práctica de los problemas puntuales. Con la exposición de algunos ejemplos, menos discutidos, de aplicación del artículo 59 en la jurisprudencia del TS, se dará por concluido el tema objeto del presente artículo, que tan sólo representa una introducción a un aspecto

(100) Al menos a esta conclusión parece llegar la STS de 7 de junio de 1960 (RA, n.º 2.523), cuando declara: «... No puede reputarse, como sostiene el recurrente, que la alevosía esté insita en el delito de parricidio para los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 59 del Código Penal, porque este precepto se refiere solamente a los casos o supuestos en los que el delito enjuiciado y la circunstancia que haya de apreciarse estén tan íntimamente unidos que no pueda existir el uno sin la otra, es decir, que para que una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal se estime como inherente al delito es preciso que aquélla se encuentre tan ligada al hecho punible que sin su concurrencia carezca éste de posible realidad.» De forma similar se han expresado las SSTS de 20 de febrero de 1904 (JC, n.º 97), 24 de mayo de 1904 (JC, n.º 270), 31 de mayo de 1904 (JC, n.º 285), 14 de octubre de 1908 (JC, n.º 68), 3 de diciembre de 1908 (JC, n.º 151), 6 de febrero de 1925 (JC, n.º 35) y 9 de mayo de 1928 (JC, n.º 219).

(101) Este criterio de inherencia relativa en la jurisprudencia del TS ha predominado en las SSTS de 12 de febrero de 1891 (JC, n.º 124), 20 de noviembre de 1909 (JC, n.º 148), 2 de octubre de 1911 (JC, n.º 47) y 29 de mayo de 1947 (JC, n.º 250).

de la teoría del Derecho Penal que ha sido poco estudiada entre los especialistas de nuestro país en esta materia.

En los epígrafes que siguen, no se trata de desvelar toda la problemática que plantea el contenido de sus enunciados, como es lógico deducir, sino que tan sólo se pretende resolver una determinada cuestión acudiendo al principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal.

a) El robo con violencia o intimidación y la agravante de uso de armas u otros instrumentos peligrosos

El primer supuesto a examinar es aquel que se plantea en los delitos de robo con violencia e intimidación en las personas tipificados en los diferentes números del artículo 501 en relación con la agravante específica de porte de armas u otros medios peligrosos del último párrafo de dicho precepto (102), y dentro de éste, se toma en consideración especialmente el aspecto que hace referencia al momento de la comisión del delito.

Se preguntan entonces algunos autores si esta agravante específica no viola el principio del *non bis in idem*, puesto que, respecto al simple robo con intimidación, éste no se puede cometer si no se emplean para provocar dicha intimidación armas o medios peligrosos; y en el resto de los casos (robo con lesiones, con empleo de tortura, con homicidio, etc.), esta objeción aumenta considerablemente por la dificultad de que se produzca el resultado lesivo a la vida o a la integridad física del sujeto pasivo sin utilizar los instrumentos señalados en la circunstancia cualificativa. Se deben examinar estos dos supuestos por separado.

En cuanto al robo con intimidación del número 5.º del artículo 501, cierto es que en la mayoría de los supuestos el hecho se perpetrará con el uso de armas como medio intimidatorio por excelencia, pero pueden existir un considerable número de casos en los que la intimidación se produzca sin el empleo de las armas o de otros medios peligrosos, como ocurre cuando el hecho se perpetra con artificios semejantes, pero simulados o de juguete, que engañan al sujeto pasivo del delito contra la propiedad. Estos hechos producen auténtica intimidación, pero, sin embargo, los instrumentos utilizados por el agente no tienen ninguna capacidad para poner en peligro la vida o la integridad física de las per-

(102) Establece el último párrafo del artículo 501 del Código Penal: «Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.»

sonas. Luego son imaginables frecuentes formas de ejecución del delito de robo con intimidación sin que requieran la utilización de armas reales, y sin que supongan una notable desviación de lo que constituye una de las formas normales de concretarse el tipo básico.

La agravante especial de porte de armas u otros medios peligrosos, en la medida que su fundamento radica en la puesta en peligro de la vida o la integridad física de la víctima, añade un dato más sobre la figura legal genérica que justifica la agravación de la pena. Conforme a esto, se puede mantener que la causa de agravación del último párrafo del artículo 501 no es inherente al delito de robo con intimidación del número 5.º del mismo precepto (103).

(103) A otra conclusión se debería llegar si se mantuviese que el fundamento de la agravante de uso de armas radica, no en el efectivo peligro para la integridad personal del sujeto pasivo, sino tan sólo en el sentimiento de inseguridad y temor al que es sometido el ofendido. Esta consideración ampliaría notablemente el concepto de arma e instrumento peligroso, de tal forma que dejaría prácticamente vacío de contenido el n.º 5.º del art. 501, el cual sólo podría tener virtualidad con la aplicación de la cualificación señalada. No quedaría entonces más remedio que aceptar la inherencia de la agravante de uso de armas respecto de esta figura delictiva, y aplicar el art. 59 con todas sus consecuencias.

Sin embargo, la doctrina es bastante uniforme en este tema y entiende que el fundamento de la agravación específica de uso de armas no puede ser otro que el peligro concreto que existe para la integridad física de la persona objeto del ataque. En este sentido se manifiesta Vives Antón, T. S., en *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 830; Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 63; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 12 ed., puesta al día por Serrano Gómez, A., Madrid, 1989, p. 441.

Sin embargo, frecuentemente el TS ha entendido que el fundamento de la agravación reside en la mayor perversidad del sujeto agente, o el espanto y terror que pudiera producirse en la víctima, como han expresado las SSTS de 25 de enero de 1985 (RA, n.º 360), 16 de abril de 1985 (RA, n.º 2.091), 14 de octubre de 1985 (RA, n.º 4.985), 7 de febrero de 1986 (RA, n.º 572) y 7 de marzo de 1986 (RA, n.º 1.266). Esta última interpretación no puede aceptarse, puesto que como señala Vives Antón (*ibidem*), la perversidad del sujeto no puede ser objeto de reproche jurídico en una culpabilidad por el acto aislado, y el temor o sentimiento de inseguridad es el que constituye justamente la intimidación. De ahí que no exista otro fundamento que explique la mayor gravedad de la pena que el riesgo personal que se desprende de la utilización de un medio peligroso para la vida o la integridad física.

Pero, de otra parte, sería injusto catalogar a la jurisprudencia del TS exclusivamente bajo estos criterios interpretativos. En las SSTS de 7 de febrero de 1990 (RA, n.º 1.290) y 12 de marzo del mismo año (RA, n.º 1.919), no aplica el último párrafo del art. 501 pese a que la muerte en el correspondiente tipo de robo con homicidio se había producido con empleo de arma blanca y de fuego. En otras ocasiones, aplica la agravante señalada, pero sin analizar la razón de dicha aplicación, como en las SSTS de 26 de mayo y 2 de octubre de 1989 (RA, n.º 4.981 y 7.526). Por último, recientemente el TS aplica la agravante cuando el peligro representado por el medio peligroso no ha sido totalmente absorbido por la muerte consumada de alguno de los sujetos pasivos (véase las resoluciones citadas en la nota 106).

Mayores problemas ocasiona, sin embargo, el supuesto de aplicación de esta agravante en el resto de los delitos contenidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 501. Si se entiende que la razón de la agravación radica en el riesgo a la integridad personal del sujeto pasivo que pudiese provocar el uso de las armas, este riesgo ya se ha consumado desde el momento en que el peligro se transforma en lesión en el robo con homicidio, mutilaciones, tortura, etc. Desde esta perspectiva, estaría vedada la aplicación del último párrafo a la mayoría de los delitos contenidos en el artículo 501, quedando vigente tan sólo para los supuestos de robo con violación o el señalado de robo con intimidación (104).

En el robo con homicidio doloso del número 1.º del artículo 501, la práctica totalidad de la doctrina considera que no existe razón alguna para aplicar la agravante de uso de armas, pues todo el peligro que pudiese desplegar el instrumento peligroso se ha materializado en el resultado más grave: la muerte de una persona. Se añade, además, que de aplicarse el último párrafo del artículo 501 al robo con homicidio, el legislador habría establecido el tipo básico de esta infracción tan sólo para supuestos en los que la muerte se produce con la mano o mediante ataduras «lo que resulta absurdo porque normalmente la producción de la muerte o las lesiones exige la utilización de medios peligrosos» (105).

A idéntico resultado se llega con la aplicación del artículo 59 bajo los presupuestos que se han establecido en el apartado anterior. Si se siguiese el criterio de inherencia que postula la doctrina mayoritaria, como desde el punto de vista abstracto es posible imaginar un supuesto de robo con homicidio sin la intervención de armas u otros medios peligrosos (por ejemplo, ahogando al sujeto), no habría inherencia entre circunstancia y figura delictiva dado que la imposibilidad de ejecución del hecho sin la agravante no se produce de forma absoluta. En consecuencia, con este planteamiento, se debería aplicar la cualificación incluso en los supuestos de robo con homicidio.

Sin embargo, con la interpretación expuesta aquí, la relación de inherencia se concebía también desde el punto de vista abstracto pero no necesariamente de forma absoluta. La forma normal de perpetra-

(104) Por el contrario, Manzanares Samaniego encuentra serias dificultades para admitir esta conclusión, derivadas de las siguientes consideraciones: *a)* el último párrafo del artículo 501 no discrimina ningún supuesto al señalar «Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo»; *b)* se dice también que en la elaboración del precepto hubo muchas enmiendas dirigidas a su modificación restrictiva, las cuales no fueron aceptadas; *c)* por último, se expresa que aunque el peligro se haya consumado en la lesión, esto no significa que no pueda concretarse en una lesión más grave; Manzanares Samaniego, J. L., «El párrafo último del artículo 501 del Código Penal», *Actualidad Penal* (1988), pp. 1397 y ss.

(105) Bajo Fernández, *ibídem*; de la misma opinión, Rodríguez Devesa, *ibídem*.

ción del delito va a ser mediante la utilización de instrumentos susceptibles de segar la vida de una persona. Cualquier otra forma que no sea la señalada, entra dentro del campo de lo excepcional y poco probable. La utilización de los medios peligrosos conforma el propio concepto dinámico del delito de homicidio y no supone ninguna desviación del caso medio correspondiente al tipo genérico. Existe, pues, relación de inherencia entre la circunstancia agravante del último párrafo del artículo 501 y el delito contenido en el número 1.º del mismo precepto. En conclusión, la agravante de uso de armas u otros medios peligrosos no es de aplicación, en una de sus concretas formas de agravación, al robo con homicidio (106), y por extensión, a los que comporten lesión a la integridad física o salud (107).

b) Las lesiones agravadas del número 1.º del artículo 421 del Código Penal

Otro punto para el debate ha nacido con la reciente regulación del delito de lesiones reformado por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. El artículo 420 del Código Penal (108) establece el tipo básico del delito de lesiones, y en el precepto siguiente se agrava dicho deli-

(106) Sin embargo, esta conclusión tiene que ser matizada. La relación de inherencia entre el uso de las armas y el robo con homicidio sólo se puede predicar respecto del empleo de dichos instrumentos peligrosos en la perpetración del delito y cuando la muerte del paciente haya consumado todo el peligro representado por el uso del arma letal. De esta forma, y siguiendo a Vives Antón, se puede salvar al literalidad del precepto, estableciendo que es posible la aplicación de la agravante al delito de robo con homicidio en aquellos supuestos donde la muerte no supone la total materialización del peligro desplegado en el hecho, el cuál adquiere una proyección más amplia desde el momento en que no desaparece con la lesión el riesgo para la vida o la integridad física de otras personas. («Derecho Penal. Parte especial...», *cit.*, p. 834). Por esta interpretación parecen decantarse las SSTS de 29 de abril y 24 de mayo de 1989 (R.A., números 3.572 y 4.249).

(107) En alguna resolución del TS, el peligro de doble valoración ha sido superado y un mismo acontecimiento incluso se ha considerado tres veces. Así, en las SSTS de 20 de septiembre de 1989 (RA, n.º 6.757) y 18 de abril de 1990 (RA, n.º 3.262), el TS castiga el uso del arma al consumarse en robo con homicidio y lesiones, respectivamente, al aplicar la cualificación del último párrafo del artículo 501 y, además, al elevar a consumación del delito una conducta que se encontraba en fase imperfecta de ejecución, siguiendo las pautas del artículo 512 del Código Penal.

(108) Art. 420: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión menor siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél.»

to cuando se dan las circunstancias señaladas en el mismo (109). Ha sido Zugaldía Espinar (110) quien ha señalado de forma abierta la inconstitucionalidad del artículo 421, 1.º del Código Penal, porque, desde su punto de vista, los medios normales de comisión del delito de lesiones presuponen la utilización de instrumentos susceptibles de producir grave daño a la integridad corporal. Se vulneraría de esta forma el principio del *non bis in idem* constitucionalmente protegido en el artículo 25 del Texto Fundamental, como emanación lógica y consecuente del principio de legalidad, representado en el ámbito del Derecho Penal por el repetido artículo 59.

La concepción de la relación de inherencia mantenida por el autor, como se deduce de su posición, se expresa en términos de cierta relatividad, pues frente a Córdoba Roda, no declara en ningún momento la absoluta imposibilidad de que las lesiones básicas del artículo 420 (párrafo primero) puedan consumarse sin la utilización de los instrumentos peligrosos para la integridad física.

Ciertamente, se puede decir que un gran número de ataques a la integridad física se van a realizar mediante armas u otros objetos susceptibles de producir un grave daño físico en la persona del sujeto pasivo. Ahora bien, postular la inconstitucionalidad radical del precepto en base a esta consideración, parece excesivo. Se puede exigir en la interpretación de la cualificación ciertos requisitos que fundamenten una mayor sanción y una desviación del caso medio representado por el tipo básico del artículo 420. En este sentido, y siguiendo a Boix Reig (111), el artículo 421, 1.º del Código Penal puede ser concebido como un tipo de peligro concreto (112) que

(109) Art. 421: «Las lesiones del artículo anterior serán castigadas en sus grados medio a máximo:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción.

2.º Si como resultado de las lesiones el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme, o con una enfermedad somática o psíquica incurable, o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido o quedado impedido de él.

3.º Si se hubiere empleado tortura.

(110) Zugaldía Espinar, «Consideraciones críticas en torno a la reforma...», *cit.*, p. 64.

(111) En Boix Reig, J.-Orts Berenguer, E.-Vives Antón, T. S., «La reforma penal de 1989», Valencia, 1989, p. 110. En la misma línea se expresan Cobo del Rosal-Carbonell Mateu, «Derecho Penal. Parte especial...», *cit.*, p. 607.

(112) También parte de la consideración de que se trata de un tipo de peligro concreto, Berdugo Gómez de la Torre, I, en Muñoz Conde, F.-Berdugo Gómez de la Torre, I.-García Arán, M., «La reforma penal de 1989», Madrid, 1989, p. 88. También mantiene esta tesis Quintero Olivares, pues dicho autor exige en la interpretación del artículo 421, 1.º la existencia de un peligro a la vida o a la integridad física adicional y superior respecto de la lesión efectivamente producida; Quintero Olivares, G., «Los delitos de

representan los medios empleados en relación con el resultado efectivamente producido. Es decir, que el efectivo riesgo para aspectos sustanciales de la integridad física hubiera supuesto, de haberse consumado, la aplicación de un precepto más grave. Esta interpretación es totalmente compatible con el tenor literal del Código, el cual exige en todo caso que la utilización de las armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas sean susceptibles de causar grave daño en la integridad del lesionado, estableciéndose de esta forma un mayor contenido del injusto que legitimaría la imposición de una mayor penalidad.

Con este criterio exegético, el tipo básico no queda vacío de contenido, pues en él se pueden subsumir aquellos hechos que menoscaban la integridad corporal del lesionado o su salud física producidos por objetos no muy contundentes a este respecto, por la propia energía física del agresor (puñetazos, golpes de artes marciales, etc.), o finalmente, las lesiones ocasionadas sin instrumento alguno y con un mínimo empleo de violencia (las producidas mediante un simple empujón que consigue lanzar el cuerpo del sujeto a una superficie más baja, por ejemplo, desde la altura de un primer piso). Claro está, que en todo caso se debe requerir para la sanidad de la lesión, al menos, una primera asistencia facultativa y ulterior tratamiento médico o quirúrgico.

En conclusión, las agravaciones del delito de lesiones del número 1.º del artículo 421 del Código Penal no son inherentes, a los efectos del artículo 59, a la infracción básica del precepto 420.

c) Otros supuestos menos conflictivos

En último lugar, se exponen brevemente una serie de supuestos que han sido considerados por la doctrina y jurisprudencia como ejemplos de aplicación del artículo 69, dada la relación de inherencia existente entre la figura legal y la circunstancia de agravación. Son los siguientes:

lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio», *Poder judicial*, número especial XII, p. 120. Curiosamente, se ha calificado recientemente la naturaleza de este delito como abstracto-concreto; Huerta Tocildo, S., «El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLIII (1990), p. 91. Similar a la anterior es la postura mantenida por Tamarit Sumall, quien explica la agravación bajo los presupuestos del peligro hipotético (siguiendo a Torio López), pero postulando por razones de política criminal por una regulación que justifique la cualificación por existir un peligro concreto mayor para la vida o la integridad corporal; Tamarit, = i; Sumall, J. M., «La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989), Barcelona, 1990, pp. 105 y 106.

a) *Delitos contra la propiedad*

En una serie de resoluciones, el Tribunal Supremo ha establecido, como no podía ser de otra forma, que la agravante de ejecutar el hecho en la morada del ofendido, del artículo 10.16.^a, no es inherente a los delitos de robo con homicidio, lesiones o hurto, porque éstos pueden ser perpetrados perfectamente sin su concurrencia o en otro lugar (113). De igual forma, se ha señalado que el abuso de confianza (art. 10.9.^a) es inherente al delito de apropiación indebida (114).

También ha sostenido el Tribunal Supremo que esta circunstancia de abuso de confianza no se aplica al delito de estafa del artículo 528 del Código Penal (115). Esta opinión se puede compartir parcialmente, pues en la mayoría de las ocasiones abusar de la confianza ajena será uno de los medios utilizados para producir el engaño, de tal forma que uno y otro se confundan. Sin embargo, puede existir una estafa donde el abuso de confianza se pueda separar del propio elemento fraudulento suponiendo, además, un mayor grado de reprochabilidad (por ejemplo, el timador profesional que utiliza el mismo fraude usual con un amigo de toda la vida). En tales casos se puede mantener la aplicación de la agravante 10.9.^a.

Difícil es mantener la posición de la STS de 22 de octubre de 1947 (JC, n.º 1.168), que entendió que la agravante de astucia no es inherente al delito de hurto, aunque bien es cierto que puede existir una acción de apropiamiento ocasional que nada tenga que ver con la astucia.

b) *Delitos contra el honor*

En una ocasión el Tribunal Supremo no aplicó la antigua agravante de desprecio de sexo entendiendo que el artículo 59 impedía acudir a la circunstancia genérica cuando la injuriada lo era precisamente en atención a la condición de su sexo (116). Sin embargo, la consideración más importante deriva de la relación existente con la agravante del artículo 10.4.^o, de realizar el delito por medio de la imprenta,

(113) SSTS de 20 de febrero de 1904 (JC, n.º 97), 24 de mayo de 1904 (JC, n.º 270), 31 de mayo de 1904 (JC, n.º 285), 14 de octubre de 1908 (JC, n.º 68), 3 de diciembre de 1908 (JC, n.º 151), 25 de octubre de 1909 (JC, n.º 63) y 24 de octubre de 1920 (JC, n.º 45).

(114) STS de 20 de noviembre de 1909 (JC, n.º 45).

(115) STS de 13 de junio de 1919 (JC, n.º 168), 12 de marzo de 1927 (JC, n.º 132), 22 de octubre de 1962 (RA, n.º 3.958), 29 de octubre de 1962 (JC, n.º 1.102) y 26 de abril de 1989 (RA, n.º 354).

(116) STS de 4 de junio de 1927 (JC, n.º 292).

radiodifusión u otro que facilite la publicidad, que, con toda evidencia, no puede aumentar la pena de los delitos de injurias hechas por escrito y con publicidad (arts. 459 y 460) (117).

c) *Delitos contra la libertad sexual*

De forma similar a la estafa, en el delito de estupro fraudulento el Tribunal Supremo entiende que no es posible la agravante de abuso de confianza, por estar ésta implícita en el engaño (118). Sin embargo, ha sido en el ámbito de los anteriormente denominados abusos deshonestos y violación donde el Alto Tribunal ha establecido un curioso cambio interpretativo. En la antigua STS de 19 de marzo de 1885, cuando varios auxiliaron a perpetrar un atentado contra la libertad sexual, se aplicó al autor la agravante de abuso de superioridad (art. 10.8.º), y al resto se les castigó como meros partícipes. Con posterioridad, el Tribunal Supremo entendió que los meros partícipes debían de ser considerados como autores, por la vía de la complicidad necesaria del artículo 14.3.º. De esta forma, el cambio jurisprudencial obligó a no considerar la agravante de abuso de superioridad, pues ésta ya había sido contemplada al castigar al acompañante como cómplice necesario (119).

d) *Delitos de funcionarios*

El Tribunal Supremo ha sostenido, como es razonable en todo punto, la inherencia de la agravante de prevalecerse del carácter público del agente (art. 10.10.º) con el delito de estafa o apropiación indebida cometida por funcionario con abuso de su cargo (art. 403) (120). Desde luego, la gran mayoría de los tipos contenidos en el Título VII del Código Penal (de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos) van a ser incompatibles con la aplicación de la agravante del artículo 10.10.º por cuanto el prevalimiento del carácter público del culpable corresponde con la cualidad de funcionario que es tenida en cuenta por la Ley al definir todos los delitos de esta clase.

(117) SSTS de 3 de junio de 1983 (RA, n.º 3.082) y 25 de junio de 1986 (RA, n.º 3.192).

(118) STS de 25 de noviembre de 1948 (JC, n.º 443).

(119) SSTS de 25 de junio de 1955 (RA, n.º 2.136) y 15 de julio de 1985 (RA, n.º 4.101).

(120) STS de 1 de diciembre de 1958 (JC, n.º 1.083) y 2 de diciembre de 1961 (RA, n.º 4.409).