

GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2014/2015

**EL CONCURSO DE LEYES:
ANÁLISIS JURÍDICO Y EL
PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM***

**COMPETITION LAWS: LEGAL ANALYSIS AND *NON BIS IN
IDEM* PRINCIPLE**

Realizado por la alumna: Dña. Miriam de Santiago Cuesta

Tutorizada por la Profesora: Dra. María A. Trapero Barreales

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
RESUMEN	6
OBJETO DEL TRABAJO.....	7
METODOLOGÍA.....	9
CAPÍTULO PRIMERO. CUESTIONES GENERALES	10
I. EL CONCEPTO DE CONCURSO DE LEYES.....	10
II. LA APELACIÓN AL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> EN EL CONCURSO DE LEYES.....	11
1. Concepto, fundamento y requisitos del principio <i>non bis in idem</i>	11
1.1. <i>Non bis in idem</i> material	12
1.2. <i>Non bis in idem</i> procesal.....	13
1.3. Requisitos.....	14
2. El principio <i>non bis in idem</i> y el concurso de leyes penales.....	15
III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i>	17
1. El principio <i>non bis in idem</i> al amparo del art. 25.1 CE.....	17
2. El principio de proporcionalidad	19
2.1. Requisitos.....	20
CAPÍTULO SEGUNDO. EL PROBLEMA CONCURSAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL	22
I. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LAS LEYES PENALES	24
II. LA FORMACIÓN DE SUPUESTOS DE HECHO CONCURSALES EN DERECHO PENAL	28
1. Planteamiento	28
2. Relaciones lógicas y cuestiones concursales	31
3. Los presupuestos del concurso de leyes penales.....	32
3.1. Las relaciones de exclusividad formal	32
3.2. Las relaciones de exclusividad material.....	34
III. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LAS NORMAS CONCURSALES.....	37
1. Las normas concursales como normas de segundo nivel.....	37
2. Estructura de los preceptos del concurso de leyes	39
IV. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL CONCURSO	40

CAPÍTULO TERCERO. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE HECHO Y DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL CONCURSO DE LEYES PENALES	42
I. EL SUPUESTO DE HECHO DEL CONCURSO DE LEYES PENALES	44
1. Elementos que lo definen.....	44
II. EL PRECEPTO APLICABLE EN EL CONCURSO DE LEYES PENALES: CONCRECIÓN DEL <i>NON BIS IN IDEM</i>	47
1. Consideraciones generales.....	47
1.1. Intentos de sistematización de estos principios.....	47
2. El contenido de los llamados principios de solución del concurso de leyes.....	48
2.1. Principio de especialidad	49
2.2. Principio de subsidiariedad.....	52
2.3. Principio de consunción.....	54
2.4. Principio de alternatividad.....	60
III. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL CONCURSO DE LEYES PENALES	64
CAPÍTULO CUARTO. CONDICIONES DE POSIBILIDAD Y DE NECESIDAD DE FORMACIÓN DE ESTRUCTURAS Y REGLAS CONCURSALES EN DERECHO PENAL.....	67
I. LAS CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE LOS FENÓMENOS CONCURSALES.....	67
1. Unidad subjetiva	68
2. Concurrencia de varias realizaciones típicas	69
3. Unidad de enjuiciamiento	69
II. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE ACCIONES	70
1. Unidad natural de acción	72
1.1. La realización iterativa del tipo.....	72
1.2. La realización sucesiva del tipo	73
2. Unidad típica de acción	73
2.1. Unidad típica en sentido estricto.....	73
2.2. Unidad típica en sentido amplio.....	75
CONCLUSIONES	77
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	82

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
ARP	Aranzadi Penal
art./s	Artículo/s
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DP	Derecho Penal
JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
núm.	Número
p./pp.	Página/páginas
PE	Parte Especial
PG	Parte General
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, citado por año y número marginal
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
s./ ss.	Siguiente, siguientes
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Superior
TC	Tribunal Constitucional

Miriam de Santiago Cuesta

TS

Tribunal Supremo

V

Véase

RESUMEN

La problemática que presenta la teoría concursal la convierte en materia de profundo interés para el DP, a pesar de ello, el tema no se encuentra entre los predilectos en la ciencia del DP.

Aunque se ha mantenido una presencia prácticamente inmodificada en nuestros textos legales de los preceptos que establecen la normativa concursal, no quiere decir que exista unanimidad en todos sus aspectos discutibles.

Existe un acuerdo en lo se refiere al concepto y rasgos esenciales de las figuras concursales, pero surgen discrepancias al profundizar en el significado, límites y alcance de esos rasgos. Ni siquiera en una cuestión tan elemental como la ubicación sistemática o la delimitación del concurso ha alcanzado acuerdo en la doctrina.

Esta serie de problemas interrelacionados entre sí ha sido el detonante que ha motivado el estudio de este trabajo.

The issue related to the insolvency theory represents a deep relevant subject for the Criminal Law, even though it is not one of the most important ones in the studies.

Despite of the fact that the principles of insolvency law have been unchanged in our rules, there is not unanimity in certain controversial aspects.

There is an agreement regarding the concept and the main characteristics of the insolvency frames, however, there are disagreements going more deeply into their meaning, limits and scope. In addition, agreement has not been reached yet in the legal doctrine related to crucial questions like systematic location or delimitation of insolvency contest.

These issues are the cornerstone of this project.

OBJETO DEL TRABAJO

El estudio de este trabajo no pretende conseguir una teoría constructiva sobre el concurso de leyes, ya que muchas de las cuestiones planteadas quedan en final abierto, sino más bien fijar unos límites básicos, una teoría basada en principios.

En los últimos años se han ido introduciendo nuevos delitos en el CP, en la mayoría de las ocasiones el legislador cree que se trata de situaciones que no tienen respuesta penal, creyendo que salva las posibles lagunas de punibilidad. Pero, lo cierto es que tal “*problema*” ya está previsto en el CP y la aparición de las nuevas figuras delictivas genera importantes y difíciles problemas concursales. En la última reforma del CP: LO 1/2015, de 30 de marzo, a modo de ejemplo, podemos destacar el delito de matrimonio forzado en concurso con unas posibles coacciones, amenazas o trata de personas; el homicidio y el asesinato (situación que normalmente se resuelve por la regla 8.1º CP); el delito de robo con toma de rehenes.

El estudio de la problemática concursal se ha llevado a cabo con el siguiente esquema lógico:

En primer lugar, es necesario delimitar el concepto del concurso de leyes, haciendo especial hincapié en el rasgo común que comparte unánimemente la doctrina, concibe la situación de concurso de leyes como un supuesto de concurrencia de preceptos aparentes, ya que sólo es aplicable uno de ellos por ser suficiente para capturar todo el desvalor del hecho. Una vez determinado el concepto de concurso de leyes se describe y explica la fundamentación principal de esta figura en el principio *non bis in idem* que actúa como un principio delimitador del *ius puniendi*. El principio *non bis in idem* se presenta no solo como fundamento del concurso de leyes que surge a partir de la jurisprudencia del TC en los años 90, sino también como un principio fundamental clave en la resolución de los problemas concursales.

En segundo lugar, después de fijar los cimientos que nos servirán de apoyo para el resto de la investigación, nos encargaremos de averiguar cuáles son las normas que concurren en una situación concursal y las características de las mismas, para llegar finalmente a la conclusión de que nuestro DP está compuesto por un sistema de tipos ordenados en virtud de bienes jurídicos, a los que se les atribuye unas determinadas

consecuencias jurídicas o amenaza de pena. Es determinante explicar la formación de los supuestos de hecho concursales, siendo la extracción de factores jurídicos relevantes a favor de dos o más preceptos lo concluyente en una situación de concurso. El supuesto en el cual el concurso se plantea entre leyes que comparten la misma naturaleza, la aplicación o no de la totalidad de las leyes concurrentes se resuelve mediante dos principios: el principio *non bis in idem* y el principio de íntegra valoración del hecho.

Una vez acotado el problema concursal se lleva a cabo el análisis de la estructura de las normas concursales previstas en nuestro CP.

En tercer lugar, nos centraremos en ofrecer una visión general sobre el modo en que la doctrina y la jurisprudencia han determinado el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica del concurso de leyes penales. En este sentido recibe especial atención los principios clave de resolución del concurso de leyes en virtud de la regla 8 del CP. El legislador, al tasar legalmente los principios del concurso de leyes, señala explícitamente que el principio de alternatividad en cualquier caso es una regla hermenéutica última, a la que solo puede acudir el intérprete en defecto de la operatividad de las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Por último, nos ocuparemos de responder a la pregunta acerca de si una o varias conductas realizadas por un sujeto constituyen una o varias acciones desde el punto de vista de los tipos penales y, si en el caso de que entraran en juego varios preceptos decidir si todos ellos son aplicables al hecho o, por el contrario, se debe elegir solo uno para el castigo de la conducta o conductas realizadas. Es necesario comenzar para resolver este análisis por el concepto de unidad de acción. Una acción está formada por varios movimientos corporales, y según la concepción finalista, forman una unidad natural de acción todos los movimientos corporales dirigidos a la consecución de un mismo fin. Para concluir, pasaremos a definir la unidad típica de acción, en la cual los tipos penales pueden tener cortes en la unidad natural de acción, señalando un segmento o varios de ella como la acción típica, o bien unir como acción típica lo que serían varias unidades de acción en sentido natural.

METODOLOGÍA

Con el objetivo de abarcar el estudio del concurso de leyes, centrándome, aunque no de manera exhaustiva en la PG del DP, he seguido un método de investigación jurídica.

En primer lugar, tras la elección de la tutora, la Dra. María A. Trapero Barreales, y después de realizar una selección de cinco temas, todos ellos centrados fundamentalmente en la PG del DP, el elegido fue el concurso de leyes, en particular sus presupuestos, su estructura y sus principios de solución, así como el principio fundamental sobre el que se asienta, el *non bis in idem*.

En segundo lugar, se procedió a la recopilación de fuentes, siendo este el paso de mayor dificultad, por lo especial de la materia y su poca documentación, ya que el estudio del concurso de leyes suele hacerse en la interpretación de los tipos de la PE, siendo poco habitual que la doctrina realice trabajos monográficos sobre la teoría del concurso. Con la ayuda de la tutora se seleccionaron unos manuales, que serían los pilares de la búsqueda personal de más monografías, manuales y jurisprudencia necesaria referente a determinados apartados del trabajo de fin de grado. La jurisprudencia utilizada han sido principalmente sentencias del TS y TC, que han sido determinantes en este tema y asimismo aquellas utilizadas por la doctrina manejada a lo largo de la realización de este trabajo. Las sentencias seleccionadas abarcan desde 1981, por la importancia que adquirió el principio *non bis in idem* en esta época, puesto que a partir de dicha fecha se incluyó este principio en el art. 25 CE vinculado al principio de legalidad, hasta aproximadamente la actualidad, ya que no se han producido grandes cambios en este tema, a excepción de un precepto regulado en el CP anterior.

En tercer lugar, una vez recopilada toda la información necesaria para el conocimiento del tema tratado, se procedió a la selección de la misma, realizando un índice en virtud de diversos manuales y monografías sobre el tema.

En cuarto lugar, se procedió a la redacción del trabajo de fin de grado. El sistema de citas utilizado ha sido el recomendado por la tutora siguiendo las pautas del sistema de citas propio del área jurídico penal.

CAPÍTULO PRIMERO. CUESTIONES GENERALES

I. EL CONCEPTO DE CONCURSO DE LEYES

De las diversas denominaciones que se han dado de “*concurso de normas penales*” es habitual que todas ellas tengan un rasgo en común. El concurso de leyes se caracteriza como una situación en la que las normas jurídicas concurren aparentemente en la calificación de un hecho, pero no así realmente, es decir, que las normas no califican jurídico penalmente lo mismo, sino que más bien se repelen, ya que *a priori* parece que se adecuan a ese hecho, pero únicamente en apariencia. De este modo, CASTELLÓ NICÁS¹ concibe el concurso de normas como una situación aparente, en la cual las normas, solo en la lejanía, se nos representan como concurrentes en orden a su aplicación, de manera que cuando nos aproximamos a ellas, solamente una es la que se adapta a todos los elementos de ese hecho, desplazando a las demás por ser evidentemente inadecuadas para la calificación del hecho.

Por citar algunas definiciones, con ORTIZ NAVARRO² el denominado concurso aparente de leyes penales se produce en el caso de que un supuesto de hecho sea lógicamente subsumible bajo dos o más preceptos penales, en cuyo caso, la vigencia del *non bis in idem* impone la aplicación de la ley en virtud del principio de especialidad.

SÁINZ CANTERO³ denomina al concurso aparente de normas penales como aquella situación de conflicto que se origina en la aplicación de las normas penales cuando dos o más leyes, vigentes en el momento de constatarse la calificación de una conducta delictiva, parecen concurrir a su regulación, pero la aplicación exclusiva de una de ellas es suficiente excluyendo la aplicación de la otra.

MIR PUIG⁴, por otro lado, relacionándolo con el dato de la imposibilidad de incriminar doblemente una sola conducta, entiende que el concurso de leyes tiene lugar cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que solamente uno de ellos puede aplicarse, ya que la estimación de ambas supondría la

¹ CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 14-15.

² ORTIZ NAVARRO, en: QUINTANAR DÍEZ (dir.), *PG*, 2014, 39.

³ SÁINZ CANTERO, *PG*, 3ª, 1990, 370-371.

⁴ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662.

vulneración del *non bis in idem*. Esto siempre ocurre cuando uno de los preceptos es suficiente por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes.

De nuevo, CASTELLÓ NICÁS⁵ entiende que en el concurso de leyes todas las normas coinciden y es necesario establecer un criterio para determinar cuál de entre todas las que pueden aplicarse, lo van a hacer finalmente. En este sentido, se considera el concurso de normas penales como la situación jurídico penalmente relevante en la que varias normas penales concurren de forma auténtica, real, en la regulación de un único supuesto de hecho, de manera que cualquiera de esas normas que coinciden pueden calificarlo, ya que todas ellas abarcan el contenido de injusto y de culpabilidad o la mayor parte del contenido de injusto y de culpabilidad que caracteriza esa actuación delictiva, y exclusivamente una puede ser de aplicación para no infringir la vulneración del principio *non bis in idem*, siendo por ende, el bien jurídico protegido de la misma naturaleza por cada una de las normas en concurso.

II. LA APELACIÓN AL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN EL CONCURSO DE LEYES

1. Concepto, fundamento y requisitos del principio *non bis in idem*

El principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*⁶ tiene doble significado de una parte es un principio material, según el cual nadie deber ser castigado dos veces por la misma infracción y, de otra, es un principio procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos⁷. Es un principio general aplicable a todos los ámbitos del Derecho, por su carácter interdisciplinar, pero es especialmente relevante en el ámbito del DP⁸.

⁵ CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 17.

⁶ V, entre otros, GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 24; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 91; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 120; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO DE VICENTE MARTÍNEZ/ACALE SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN/DEMETRIO CRESPO/PÉREZ CEPEDA, *PG*, 2ª, 2010, 60.

⁷ V, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 91; RODRÍGUEZ RAMOS, *PG*, 2006, 60; LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª, 2012, 32; MARTÍNEZ ESCAMILLA/MARTÍN LORENZO/VALLE MARISCAL DE GANTE, *DP*, 2012, 60-61.

⁸ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 120.

1.1. *Non bis in idem material*

El fundamento más común del principio *non bis in idem* en su vertiente material suele realizarse en el principio de proporcionalidad. Si un comportamiento antijurídico ha recibido ya la sanción necesaria y proporcionada, cualquier adición de sanción posterior supondrá un derroche inútil de coacción, vedado al Estado democrático. Para la derivación del principio *non bis in idem* del principio de legalidad se alegan tres razones⁹:

La primera parte de la existencia de un elemental requisito implícito de tipicidad en todo tipo penal, constituido por la ausencia de sanción previa por el mismo hecho, al mismo sujeto y en aplicación del mismo reproche jurídico. La segunda sanción ignoraría así la tipicidad de la conducta y lesionaría el principio de legalidad.

Desde otra perspectiva de legalidad se invoca que la doble sanción ignora las reglas generales, relativas al concurso de normas sancionadoras. Estas reglas generales que deben regir para el ordenamiento sancionador como unidad, constituirían elementos típicos que no puede ignorar el aplicador del Derecho.

Una tercera perspectiva se fundamenta en la tipicidad de la pena, que quedaría sobrepasada por la acumulación de las dos sanciones.

Como principio material¹⁰ ha sido reconocido por el TC, aunque no figure expresamente en el texto de los arts. que consagran derechos fundamentales, ha de entenderse integrado en el principio de legalidad que recoge el art. 25.1 CE (SSTC 2/1981, de 30 de enero¹¹; 77/1983, de 3 de octubre). Dichas resoluciones entienden que

⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 108.

¹⁰ Sobre el principio *non bis in idem*, desde la perspectiva material, GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 24; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 91, entre otros.

¹¹ STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981/2). El Tribunal Provincial de Contrabando de Madrid dictó una resolución condenando a diferentes sujetos como encubridores de un delito de contrabando consumado por la importación ilegal de diamantes de un valor de 47.718.300 pesetas; igualmente fueron sentenciados a una multa de 5.000.000 de pesetas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, como autores de un delito monetario en tentativa por la cantidad de 67.713.000 pesetas. El TC dictó que no se daba en este caso la coincidencia fáctica necesaria para que operara la prohibición que representa el *non bis in idem*. Asimismo dictaminó que ha de entenderse implícitamente incluido el principio *non bis in*

el principio exige “*que no recaiga duplicidad de sanciones...en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento*”¹²”.

El principio *non bis in idem*, en su vertiente material, rige la disciplina del concurso de leyes penales, impidiendo que, por un mismo contenido de injusto, puedan imponerse dos penas criminales, pero expande su operatividad a la concurrencia entre las leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, vedando que una misma infracción pueda resultar doblemente sancionada.

1.2. *Non bis in idem procesal*

Un primer fundamento de esta prohibición deriva del derecho a la tutela judicial efectiva¹³, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, y en el caso de que se hiciese se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme. Un segundo fundamento de la prohibición lo hallamos en el principio de proporcionalidad, lo que limita la garantía a sólo ciertos procedimientos sancionadores, como los penales y algunos administrativos.

En su aspecto procesal¹⁴, la virtualidad del principio fue recogido por el TC en la STC 77/1983, de 3 de octubre¹⁵. Esta resolución delimita con precisión las exigencias

idem en el art. 25 CE, como íntimamente vinculado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones.

¹² V apartado 1.3 de este capítulo.

¹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 108.

¹⁴ Sobre el principio *non bis in idem*, desde la perspectiva procesal, v: GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 24-26; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 92 s., entre otros.

¹⁵ V: STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 368/1982). El TC dictaminó que “*el principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el Ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho y puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia es que la primera, como con anterioridad se*

del principio *ne bis in idem*, en su vertiente procesal, con la sola inexactitud de vincularlo al art. 25 CE en vez de referirlo al 24, donde tiene su lugar propio¹⁶. Los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada son concreciones del principio *non bis in idem* en el proceso penal.

1.3. Requisitos

Tal y como se explicó anteriormente se entiende que el principio *non bis in idem* exige que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento¹⁷.

En primer lugar, la identidad de hecho. Esta debe entenderse en un sentido material o normativo: el hecho no es el suceso natural acaecido que se identifica conforme a criterios espaciales, temporales y subjetivos, sino el supuesto de hecho que, como elemento de la norma, puede dar lugar a la aplicación de la sanción. De este modo, no habría vulneración si se imponen dos sanciones a dos hechos totalmente diferentes, pues no estaríamos castigando dos veces lo mismo. Partiendo de esta premisa y analizando el concepto de concurso de leyes¹⁸, la idea principal es: un mismo hecho o acción que realiza simultáneamente dos preceptos penales, y basta con la mera aplicación de uno de ellos, ya que abarca todo el desvalor jurídico-penal, en el caso de la penalización de ambos incurriría en un *bis in idem*.

dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos, debiendo en todo caso respetar, cuando actúe "a posteriori", el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites de art. 25 CE y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado solo en las condiciones estatuidas por dicho precepto".

¹⁶ En este sentido, la STC 107/89, de 8 de junio (RTC 687/1987). Se sigue manteniendo el mismo criterio respecto a la referencia al art. 25 CE del principio *non bis in idem*, pero reconoce una conexión con el art. 24 CE.

¹⁷ Sobre los requisitos en los que se basa este principio, v: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 147-149; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662; LASCURAÍN SÁNCHEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 109.

¹⁸ V: CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 316.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662. El concurso de leyes se da cuando una acción u omisión se encuentra comprendida en varios tipos delictivos pero solo se puede aplicar uno de ellos, ya que comprende la totalidad de lo injusto de la conducta realizada por el sujeto.

En segundo lugar, la identidad de fundamento. Se da cuando las sanciones obedecen a la misma perspectiva de defensa social o a la protección del mismo interés jurídico.

En tercer y último lugar, la identidad de sujeto. Puede ser materia de discusión cuando a raíz del mismo comportamiento que lesiona el mismo bien jurídico se sanciona tanto a la persona jurídica como a la persona física que realizó aquel en el ejercicio de la actividad social y por cuenta y en provecho de la sociedad.

El reproche no parece posible si el fundamento de la sanción colectiva es una defectuosa organización que posibilitó la infracción del empleado, directivo y administrador: el hecho es distinto y su agente también. Más dudas surgen cuando el autor individual es el administrador o cuando se trata de un administrador, entendiéndose en estos casos que el adecuado control societario no exime de pena a la persona jurídica.

2. El principio *non bis in idem* y el concurso de leyes penales

En el CP no se encuentra una formulación expresa del principio *non bis in idem* como tal pero no parece existir ninguna duda ni en la doctrina ni en la jurisprudencia¹⁹ acerca de que el *non bis in idem* material constituye el fundamento del concurso de leyes penales.

¹⁹ V: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 119; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 31; DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones*, 1998, 351. DE LEÓN VILLALBA considera que “ante una conducta subsumible en varios tipos de ilícitos, debemos elegir aquella cuya aplicación cubre el total del injusto realizado, desplazando el resto, de forma que si se aplica cualquier otra sanción, derivada de otro tipo, supondría una violación de principio *non bis in idem*, en tanto que implicaría la doble punición de un mismo hecho” (p. 155); CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 50. Esta autora admite que “este principio debe aceptarse como punto de referencia y punto de partida para especificar si estamos ante un concurso de normas o ante un concurso de delitos, siendo el elemento determinante la presencia de un solo bien jurídico o más de ellos”; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 819: “Las reglas que resuelven esos concursos aparentes son lógica consecuencia de la prohibición de castigar dos veces al mismo hecho”; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662. Igualmente la jurisprudencia apela al *non bis in idem* para determinar los límites entre el concurso de leyes y el concurso ideal: SSTS 1219/1998, de 15 de octubre (RJ 8078), 1385/1998, de 17 de noviembre (RJ 2000/8063), 1235/2001, de 20 de junio (RJ 9984), entre otras.

A propósito de la STC 154/1990, de 15 de octubre, señala CUERDA RIEZU²⁰, que esta resolución fundamenta el concurso de leyes penales en el principio *non bis in idem*, y en consecuencia le confiere el rango de derivación de un derecho fundamental. Esta consecuencia es importante no sólo para los destinatarios de las normas penales sino también para el legislador. Para los destinatarios, porque obtienen así una garantía suplementaria frente a las duplicidades punitivas, abriéndoseles la posibilidad de un recurso de amparo. Y para el legislador, porque cualquier norma que atente contra la doctrina sentada en la resolución transcrita será claramente inconstitucional.

Ardua está siendo la búsqueda de un criterio general que nos permita averiguar cuándo estamos ante un mismo contenido de lo injusto. Si analizamos los criterios de solución de concurso de leyes (siendo su función primordial identificar cuál de los preceptos que concurren es el que debe prevalecer) en algunas ocasiones se remite a razonamientos lógicos para la resolución del mismo; en algunas situaciones al bien jurídico protegido; otras en el modo en el que se han realizado los delitos, etc. Sin embargo, el deseo de hallar un criterio que permita trazar un límite un claro entre el concurso de leyes y de delitos no se ha abandonado. El bien jurídico aparece como un aspecto fundamental en la delimitación de concurso de leyes y de delitos. Señalando de este modo que si existe un único hecho pero se han lesionado varios bienes jurídicos hay que apreciar un concurso ideal de delitos, en cambio si solo se ha lesionado un bien jurídico y hay varias normas conforme a las cuales calificar el suceso, solo se podría aplicar una de ellas, ya que lo contrario supondría una vulneración del *non bis in idem*²¹. Las soluciones concursales no están unánimemente establecidas conforme a la regla del bien jurídico protegido. La pluralidad de criterios utilizados por la doctrina para determinar si la aplicación de varios preceptos a un supuesto concreto supone una vulneración del principio *non bis in idem*, quedando consecuentemente excluidas las reglas del concurso de delitos, muestra que el contenido de este principio general aparece confundido con el contenido concreto de los principios o criterios de solución del concurso de leyes, y solo nos queda buscar caracteres comunes en los grupos de casos incluidos o solucionados conforme a estos principios²².

²⁰ V: CUERDA RIEZU, *ADPCP* 1991, 848.; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 61.

²¹ CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 49 s.

²² ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 156-157.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

1. El principio *non bis in idem* al amparo del art. 25.1 CE

Se reconoce al principio *non bis in idem*²³ como un principio general aplicable a todos los ámbitos del Derecho. En sus orígenes, que se remonta al Derecho Romano aparecía vinculado a la santidad de la cosa juzgada. Sin embargo, el principio ha experimentado un proceso de expansión y de esa vertiente procesal que señalaba el Derecho Romano se ha pasado a destacar su vertiente material.

En nuestro Ordenamiento jurídico, aunque no se encuentran referencias expresas a este principio en la CE el TC, en una línea jurisprudencial que arranca de la STC 2/1981 de 30 de enero, ha reconocido que va íntimamente ligado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido principalmente en el art. 25 CE²⁴.

Gran parte de la doctrina²⁵ ha reconocido las declaraciones del TC sobre el fundamento del principio *non bis in idem* en el principio de legalidad. La inclusión del *non bis in idem* en el art. 25 significa su concepción como un derecho fundamental de manera que goza de tutela judicial reforzada, ordinaria y constitucional, materializada en el recurso de amparo. Además, supone que este principio es de aplicación directa e inmediata, no precisando de desarrollo legislativo, que su reconocimiento y respeto ha de vincular a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y que tras la publicación de la Constitución deben considerarse abrogados todos los preceptos legislativos que lo contraríen²⁶.

La exclusiva fundamentación del principio *non bis in idem* en el principio de legalidad no parece satisfacer a la totalidad de la doctrina y, por esta razón, algunos

²³ V: GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 53 ss.; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 120 ss.; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 65 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 108 s.

²⁴ En el mismo sentido véase también otras SSTC: 11 de enero de 1999 (RJ 2000/188), 2 de abril de 2002 (RJ 4940), 5 de junio de 2002 (RJ 8600).

²⁵ V, entre otros: BACIGALUPO ZAPATER, *Sanciones administrativas*, 1991, 32 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 133; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 44 s.; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 122; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 108 s.

²⁶ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 122.

autores²⁷ han ido más allá en la búsqueda del fundamento constitucional de principio, ello sin perjuicio de que se considere válida la referencia al principio de legalidad en relación con una concreta manifestación del principio *non bis in idem*. En este sentido, CUERDA RIEZU²⁸ apunta que “*puede ser cierto que la prohibición de imponer pena y sanción administrativa conjuntamente infrinja el principio de legalidad, pero no lo es que todo el principio non bis in idem repose en la idea del nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

De nuevo para CUERDA RIEZU lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad, que a su vez se asienta en el criterio de igualdad y que es reconducible a la idea de Justicia. El principio de proporcionalidad encontraría su base constitucional en el art. 9.3 y 14 CE e, incluso, se podría acudir a la idea de Justicia que expresa o implícitamente está englobada en los arts. 1 y 10.1 CE.

Por otra parte, DE LEÓN VILLALBA²⁹ ve el fundamento genérico de principio *non bis in idem* en la seguridad jurídica. Considera que esta última constituye la base de todo el sistema de valores reflejados en la CE e informa una serie de principios que limitan la actuación sancionadora del Estado y dan un concreto significado a la prohibición del *bis in idem*. Este autor distingue entre el aspecto material, que debe entenderse desde la conjunción de los principios de legalidad y proporcionalidad; y vertiente procesal, que se explica desde la idea de seguridad en las relaciones procedimentales, al garantizar que un sujeto no va a ser sometido a la carga de sufrir varios procesos por la misma conducta.

Por su parte, PÉREZ MANZANO³⁰ considera que el fundamento genérico del principio *non bis in idem* reside en la seguridad jurídica. Se deben analizar

²⁷ V, entre otros, CUERDA RIEZU, *ADPCP* 1991, 845; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 82 ss.; DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones*, 1998, 446; PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional*, 2002, 55 ss.

²⁸ CUERDA RIEZU, *ADPCP* 1991, 844 ss.

²⁹ DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones*, 1998, 446, y sobre el principio de seguridad, pp. 401 ss.

³⁰ PÉREZ MANZANO, *la prohibición constitucional*, 2002, 55-74. Esta autora considera que imponer dos sanciones por el mismo hecho constituye una vulneración del principio de legalidad: una vez que un hecho ha sido sancionado, las siguientes sanciones se impondrían por un hecho que ya no puede considerarse punible en el caso concreto; además, la imposición de una segunda sanción implica siempre

individualmente las dos facetas que comprende el principio: de un lado, el derecho a no ser sancionado de forma múltiple por el mismo hecho y, por otro lado, el derecho a no ser sometido a un doble procedimiento. Estas dos facetas pese a compartir un rasgo en común, tienen un distinto fundamento y exige unos requisitos distintos. El derecho a no ser sometido a un doble proceso lo fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva, y la prohibición de la doble sanción, además de derivar de los principios básicos del Estado de Derecho y del reconocimiento fundamental de la dignidad humana y la libertad, se conecta con el principio de legalidad de las infracciones y sanciones y el principio de proporcionalidad.

2. El principio de proporcionalidad

Para concluir este capítulo, debemos señalar que el principio de proporcionalidad se incluye en su versión constitucional (art. 25 CE), englobado en el principio de legalidad de los delitos y las penas³¹.

Tradicionalmente se ha tratado como principio el de la *proporcionalidad*, en general, del *ius puniendi* estatal. Es posible hablar también de principio de *necesidad de la pena*, de intervención mínima del DP derivada de la idea de que esta rama del Derecho ligada con la limitación de derechos fundamentales debe ser la *última ratio* del Ordenamiento jurídico en orden a la preservación de valores³².

En palabras de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN³³, la fundamentación de este principio se ha situado en el Derecho natural, pero también puede estar vinculado a normas de carácter positivo, bien sean legales o constitucionales. La vigencia del principio de prohibición de exceso puede inducirse de una serie de preceptos constitucionales. Así, por ejemplo, del art. 17.2 CE que determina que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de

la imposición de una sanción no prevista legalmente, puesto que la acumulación de sanciones configura una respuesta jurídica distinta a la expresamente fijada en la ley. Por otro lado, la imposición de dos sanciones supone además una rotura de la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y su consecuencia jurídica en los términos expresamente decididos por el legislador, ya que la segunda sanción incorpora un exceso punitivo que no guarda proporción con la gravedad del hecho. No se estaría respetando el juicio de proporcionalidad realizado por el legislador (pp. 73-74).

³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, *PG*, 2006, 60.

³² ORTIZ NAVARRO, en: QUINTANAR DÍEZ (dir.), *PG*, 2014, 45.

³³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 81.

las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; del art. 17.4 CE que obliga a fijar por Ley un plazo máximo de duración de la prisión provisional, etc.

El principio de proporcionalidad especifica que la gravedad de la pena deber ser proporcional a la gravedad del tipo del injusto.

La gravedad de lo injusto se compone de gravedad intrínseca, grado de desvalor de acción y resultado, gravedad extrínseca, que abarca o implica el peligro de frecuencia de la comisión del delito, y en consecuencia la alarma social, que también se debe de incluir en el desvalor objetivo de la acción³⁴.

2.1. *Requisitos*

El principio de prohibición de exceso comporta que la configuración legislativa y la aplicación judicial o administrativa de cualquier clase de medidas restrictivas de las libertades deba ajustarse a los siguientes requisitos³⁵:

En primer lugar, adecuación al fin de modo que la medida adoptada ha de ser apta para alcanzar los fines que la justifican, y conforme a ellos. La idea de que la pena debe ser adecuada a un fin, conlleva la aceptación de una o varias finalidades justificativas de la misma.

En segundo lugar, la exigencia de necesidad se concreta en el principio de la “*menor injerencia posible*” o de “*intervención mínima*”. Ha de quedar excluida la posibilidad razonable de obtener el fin legítimo por medios alternativos menos gravosos.

Desde el punto de vista de la *conminación penal abstracta*, la aplicación del principio de proporcionalidad comporta dos consecuencias respecto al DP.

Por un lado, el DP debe tener un carácter fragmentario. Las conminaciones penales no tienen por qué expandirse a todas las infracciones, ya que no todos los bienes jurídicos precisan de la protección penal. Para que la protección penal de un bien o interés pueda considerarse adecuada, ese bien o interés ha de ser digno de protección, susceptible de protección y ha de hallarse necesitado de protección. Además, la

³⁴ LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª, 2012, 29.

³⁵ Sobre el principio de prohibición de exceso COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 83 ss.

protección penal no debe a todos los ataques que pueda llegar a sufrir un bien jurídico, sino exclusivamente a los más graves.

Por otro lado, es una consecuencia del principio de necesidad de la pena el llamado carácter subsidiario del DP. La reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por medios menos gravosos que la pena. Si recurriendo a medios no penales puede garantizarse una eficaz protección del orden jurídico, no se debe acudir a la pena. El DP solamente interviene en última instancia, cuando los restantes medios han fracasado en su función de tutela.

En el plano aplicativo, la exigencia de necesidad se concretará en el marco de las facultades discrecionales que la Ley concede al Juez para individualizar la penalidad. De este modo, la ausencia de necesidad de castigar o de castigar tan gravemente en el caso particular, podrá provocar la sustitución de la pena por otra más leve o por medidas de otra índole. Si en el uso de las facultades discrecionales, la aplicación de la pena concreta rebasara los límites de lo necesario, se infringirá con ella el derecho o derechos fundamentales limitados por la conminación penal y por la penalidad concreta y podría ser recurrido en amparo constitucional.

En tercer y último lugar, proporcionalidad en sentido estricto. No deja lugar a dudas que la proporcionalidad así entendida, dada la función de tutela del orden jurídico que a la pena corresponde, ha de atender a la gravedad del delito cometido, es decir al contenido de injusto, al mal causado o menor reprochabilidad del autor. La pena proporcionada a la gravedad de delito será en abstracto la adecuada a la finalidad de tutela.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL PROBLEMA CONCURSAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

La teoría del concurso en términos generales tiene por objeto aquellos supuestos en los que “*un individuo es declarado responsable, en uno o varios procesos, de diversos delitos cometido antes de recaer sentencia por alguno de ellos*”³⁶, es decir, “*la teoría del concurso surge de la necesidad de contar o enumerar delitos*”³⁷.

Partiendo de estas definiciones podemos comenzar a analizar las diversas clases o formas de concurso y las soluciones penológicas previstas para cada una de ellas desde una perspectiva material, para ello es necesario considerar aspectos de la teoría jurídica del delito y de la pena³⁸.

En la teoría de la norma jurídica como parte de la teoría general del Derecho se encuentran una serie de requisitos para diferenciar y clasificar las normas jurídicas. El más importante de todos ellos es el que atiende al análisis de la norma a partir de su estructura, en virtud del cual la norma aparece como una proposición que consta de dos elementos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica³⁹. Las propuestas jurídicas son hipotéticas en el sentido de que expresan un deber condicionado precisamente por el *supuesto de hecho*. La situación de hecho abstracta de la proposición jurídica define las condiciones y circunstancias bajo las cuales en general se produce una consecuencia jurídica, un deber ser. Ambos, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, son elementos de la proposición jurídica conceptualmente abstractos que hay que distinguir de la situación de hecho concreta de la vida y de la consecuencia jurídica concreta⁴⁰.

³⁶ SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 11.

³⁷ CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, 1992, 17.

³⁸ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 5.

³⁹ LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª, 2012, 62. Desde el punto de vista lógico-formal la norma jurídica está constituida por una proposición con dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

⁴⁰ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 6-7.

El supuesto más sencillo, desde un punto de vista didáctico, es aquél en el que el suceso realiza el supuesto de hecho de una norma que tiene prevista una consecuencia jurídica⁴¹.

La relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica no tiene siempre una correlación directa en cada precepto legal, ya que la norma no se encuentra siempre como tal en un único precepto, sino que su supuesto de hecho puede estar formado por una pluralidad de preceptos⁴².

Normalmente, para valorar un suceso es necesario aplicar un complejo de normas, y en dicho suceso aparecen diversos significados que al mismo tiempo requieren diferentes consecuencias jurídicas. Existe la posibilidad de que un mismo hecho esté descrito como supuesto de hecho de varios preceptos, y para cada uno de ellos hay una consecuencia jurídica concreta. Del mismo modo, puede ocurrir que un mismo suceso sea relevante para supuestos de hecho diferentes y adquiera diversos significados en relación con cada uno de ellos. A la hora de enjuiciar determinadas conductas al DP puede sumársele el DC, de manera que puede existir una determinada conducta a la que corresponderá una sanción penal como consecuencia jurídica y al mismo tiempo esa determinada conducta pueda tener consecuencias civiles derivadas del delito. De esta manera puede suceder que un mismo supuesto de hecho entendido como un suceso global tenga consecuencias jurídicas diferenciadas como la aplicación de una pena, que se pueda imponer una medida de seguridad, una responsabilidad civil por daños, etc. En el caso expuesto la concurrencia normativa no plantea especiales problemas de legitimación ya que son consecuencias jurídicas de diversa naturaleza jurídica (penal, civil, administrativa) y su justificación se encuentra en supuestos de hecho diferentes. Cada precepto tiene un fundamento diferente y no se incurre en dobles valoraciones porque persiguen diferentes finalidades: así vemos que la pena se fundamenta en el delito cometido, la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad criminal del sujeto y la responsabilidad civil tiene como finalidad reparar

⁴¹ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 8. Si S (supuesto de hecho) está realizado en un hecho cualquiera, la consecuencia jurídica C sirve para este hecho (premisa mayor). Este hecho H realiza S, es decir, es un caso de S (premisa menor). Para H vale C (conclusión). En este silogismo la premisa mayor constituye una norma jurídica completa y la premisa menor es la subordinación de un hecho concreto como un caso bajo el supuesto de hecho de la norma jurídica.

⁴² ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 8.

el daño causado. Estas normas que concurren al enjuiciamiento del caso concreto no tienen que pertenecer necesariamente a diferentes sectores del ordenamiento jurídico, sino que pueden pertenecer a un mismo sector del ordenamiento jurídico. En este caso, si se plantean problemas especiales que se traducen en que, dentro del proceso hay que decidir si es necesario aplicar conjuntamente todas esas consecuencias jurídicas o no.

Todos estos supuestos se comprenden bajo la denominación concurrencia de leyes, término que encierra cierta ambigüedad ya que, en el ámbito civil se utiliza para referirse en general a todos los casos en los supuestos de hecho de varias normas jurídicas coinciden en el mismo hecho y, entonces se procede a distinguir entre concurrencia acumulativa, alternativa y excluyente. El ámbito penal reserva este término para referirse a los casos en que una norma desplaza a la otra (concurso de leyes penales), en cambio se utiliza la expresión concurso de delitos para aludir a los casos en que es necesario aplicar todas las normas concurrentes para poder valorar exhaustivamente el suceso⁴³.

Por último, con la expresión *concurso de leyes en sentido amplio*, se entiende como el fenómeno en el que, dentro de un mismo proceso, aparecen varios preceptos legales teóricamente aplicables a un mismo supuesto. Cabe distinguir dentro del mismo, los supuestos en los que efectivamente se aplican de forma acumulativa todos los preceptos legales concurrentes, ya que resulta necesario para valorar completamente el suceso (concurso propio el concurso de delitos desde el punto de vista penal) y los casos en que no es posible esa aplicación conjunta por vulnerar el principio *non bis in idem* (concurso impropio) de modo que una de las normas prevalece frente a las demás que quedan desplazadas⁴⁴.

I. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LAS LEYES PENALES

El análisis que atiende a la estructura de la norma en virtud del cual hemos intentado plantear el problema concursal es trasladable al DP. Este está constituido por un conjunto de proposiciones jurídico penales que constan de dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica. En el ámbito penal, hay que tomar en consideración

⁴³ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 9-12.

⁴⁴ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 12-13.

que por motivos de técnica legal no todas las proposiciones jurídico penales están completas, ya que no poseen la totalidad del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica, lo que obliga a invocar una pluralidad de preceptos penales en el momento de formar uno u otro⁴⁵.

La singularidad de las leyes penales, en relación con estos dos elementos, se asienta en que la variedad de sus supuestos de hecho se puede reducir al delito y al estado de peligrosidad criminal y sus consecuencias jurídicas a la pena y las medidas de seguridad. En este sentido, y desde un punto de vista formal, el DP está formado por un conjunto de normas jurídicas que al delito asocian penas y (o) medidas de seguridad como consecuencias jurídicas⁴⁶.

El carácter que desempeña el principio de legalidad es fundamental, bien sea en relación con el supuesto de hecho, bien en relación con la consecuencia jurídica. El principio de legalidad aparece como garantía de la seguridad jurídica, el cual impide al legislador penal la posibilidad de formular una prohibición genérica de realizar comportamientos que pudiesen poner en peligro o lesionen los bienes jurídicos, obligándole a confeccionar una lista de figuras delictivas que delimiten de modo preciso qué acciones y omisiones van a ser objeto de la pena⁴⁷. En este sentido tal y como señala, CEREZO MIR, el principio de legalidad de los delitos y de las penas es un principio que nunca es susceptible de plena realización, la descripción de las figuras delictivas ha de ser lo suficientemente concreta para que queden satisfechas las exigencias de la seguridad jurídica⁴⁸.

En virtud de principio de legalidad, para que una acción u omisión sea constitutiva de delito deben estar englobadas en un tipo de lo injusto del CP o de una ley penal especial; en este sentido el tipo aparece como un instrumento formal de realización de principio de legalidad⁴⁹.

⁴⁵ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 15-16.

⁴⁶ V; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 16; LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª, 2012, 63.

⁴⁷ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 17.

⁴⁸ CEREZO MIR, *Curso, I, Introducción*, 6ª, 2004, 206.

⁴⁹ V, entre otros, ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 17; CEREZO MIR, *Curso, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª, 2005, 81.

La aparición de problemas concursales está relacionada con el hecho de que nuestro DP está formado por un sistema de tipos, siendo la función principal del DP la protección de bienes jurídicos. Aunque no es una labor que ejerce el DP en exclusiva, ya que a dicha protección concurren también otros sectores del Ordenamiento jurídico⁵⁰. Por ende, no es posible limitar el concepto de bien jurídico al DP: el principio de protección de bienes jurídicos se extiende a la totalidad del Ordenamiento jurídico. Asimismo, desde el punto de vista de la lesión o peligro del bien jurídico se pueden establecer diferencias entre lo ilícito penal y lo ilícito de otros sectores del Ordenamiento jurídico⁵¹.

De nuevo con CEREZO MIR⁵², partiendo del punto de que no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son castigadas con pena, el DP protege algunos de los bienes jurídicos exclusivamente frente a determinadas formas de agresión. El principio de intervención mínima hace referencia al carácter subsidiario y al carácter fragmentario del DP, y es un principio limitador del DP. Cuando hablamos del carácter subsidiario del DP se hace referencia a que éste aparece como *ultima ratio* en el conjunto del Ordenamiento jurídico: su intervención, a través de la pena (o las medidas de seguridad) se justifica cuando son insuficientes otros instrumentos o medios jurídicos menos gravosos. Y al referirnos al carácter fragmentario del DP supone que no se van a castigar con pena todas las conductas que lesionen bienes jurídicos, sino solo las formas más graves de agresión⁵³.

El DP tiene un marcado carácter fragmentario, porque de todas las acciones que implican una lesión o peligro para el bien jurídico solo algunas de ellas (las más graves)

⁵⁰ CEREZO MIR, *Curso, I, Introducción*, 6ª, 2004, 13 y 15.

⁵¹ En la actualidad aún no se han podido establecer unos criterios que permitan fijar diferencias cualitativas entre lo ilícito penal y lo ilícito de otras ramas del Ordenamiento jurídico. V: CEREZO MIR, *Curso, I, Introducción*, 6ª, 2004, 56-61, este autor indica que desde el núcleo central del DP hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer del todo. La mayor parte de las veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer a los juristas que lo injusto de una falta determinada es puramente formal.

⁵² CEREZO MIR, *Curso, I, Introducción*, 6ª, 2004, 14.

⁵³ V, entre otros, ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 19; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 8 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/MORENO TORRES HERRERA (coord.), *PG*, 2015, 31.

van a ser amenazadas con pena, para ello es estrictamente necesario un instrumento formal que limite las especies de injusto penalmente relevantes, el llamado concepto de tipo de lo injusto. Y en virtud del principio de legalidad, es de carácter necesario que una acción esté incluida en un tipo de lo injusto del CP o de una ley penal especial⁵⁴.

Para concluir con este apartado es necesario añadir que, el concurso aparece como un fragmento de la pluralidad de crímenes, porque exige la unidad del culpable y que los diferentes crímenes concurren para la aplicación de la pena unitaria. El número de crímenes concurridos no puede superar al de los delitos que concurren, será igual o en todo caso menor. Los problemas concursales que puedan surgir estarán limitados en su planteamiento y en su solución por diversos criterios⁵⁵: en primer lugar, por el bien jurídico⁵⁶, en la medida en que éste constituye el *punto de partida y pensamiento principal en la formación del tipo*. Pero no se puede exagerar su importancia, ya que del concepto de bien jurídico no es posible extraer un criterio válido por sí solo para solucionar problemas concursales. La utilidad del mismo se deriva del hecho de que el concurso está vinculado a la existencia de unos tipos y éstos se relacionan con bienes jurídicos. De este modo, se destaca la denominada función teleológica interpretativa del concepto de bien jurídico en tanto que éste sirve para determinar el sentido y alcance de los tipos. En segundo lugar, por la estructura técnico-jurídica de los tipos, dejando de un lado la clasificación de los tipos que puede establecerse tomando como referencia el bien jurídico que protegen, éstos también se pueden agrupar atendiendo a su estructura, que será importante cuando se den situaciones concursales. La determinada estructura podrá revelar en casos específicos los fines perseguidos por el legislador. En tercer y último lugar, por las relaciones internas que se puedan establecer entre diferentes tipos. Aunque conocemos la existencia de sistemas de tipos dirigidos a la protección de un mismo bien jurídico, también hay que atender a si se puede considerar que entre varios tipos pueda establecerse una relación tal que uno de ellos aparezca como tipo básico y

⁵⁴ CEREZO MIR, *Curso, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª, 2005, 15 y 81.

⁵⁵ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 23-24.

⁵⁶ V, entre otros, CEREZO MIR, *Curso, I, Introducción*, 6ª, 2004, 14; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 8 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/ MORENO-TORRES HERRERAS (coord.), *PG*, 2015, 31. Este autor define el bien jurídico de la siguiente manera: “*es todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho. La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho*”.

los demás como modalidades dependientes de él (cualificadas o privilegiadas), o si trata de tipos autónomos (*delito sui generis*) pero refiriéndose a un mismo bien jurídico.

El hecho de que nuestro DP esté compuesto por un sistema de tipos ordenados en virtud de bienes jurídicos y de que a estos tipos se les atribuya unas determinadas amenazas de pena se une la necesidad de regular el concurso, ya que éste supone una combinación de tipos y amenazas penales siendo la labor del legislador la de expresar de qué forma debe realizarse⁵⁷.

II. LA FORMACIÓN DE SUPUESTOS DE HECHO CONCURSALES EN DERECHO PENAL

1. Planteamiento

Lo determinante en la aparición de una situación de concurso es que, a partir del suceso real, se extraen factores jurídicamente relevantes en favor no de un solo precepto, sino de varios preceptos o disposiciones legales (igualdad en la premisa menor a la que es posible en principio aplicar varias premisas mayores)⁵⁸.

En lo que respecta al DP, el *concurso de leyes en sentido amplio* entra en juego cuando en un mismo proceso el comportamiento de un sujeto es susceptible de ser calificado por una pluralidad de preceptos penales⁵⁹. Este comportamiento se manifiesta como único en cuanto objeto de valoración, la pluralidad resulta de la valoración, es decir, ejecutada la misma, es posible afirmar que aquél es contemplado por una pluralidad de preceptos⁶⁰. Todo ello implica que se puede construir una diversidad de supuestos de hecho que advierten consecuencias jurídicas diferenciadas; en tal caso el

⁵⁷ SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 56 y 57.

⁵⁸ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 25.

⁵⁹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 26.

⁶⁰ CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica de delito*, 5ª, 2005, 289 ss. En sentido, CEREZO MIR siguiendo a WELZEL: Las acciones humanas en general, y entre ellas las delictivas, no son procesos naturalísticos. Las acciones humanas constituyen una unidad de sentido desde el punto de vista social. Por otro lado, que el comportamiento aparezca como un todo unitario no se puede identificar con la existencia de una única acción, porque ese comportamiento puede representar una diversidad de acciones desde el punto de vista jurídico-penal.

problema que se plantea es si se deben aplicar o no simultáneamente todas las consecuencias jurídicas⁶¹.

Tal y como se expuso en el apartado anterior, la justificación de la aplicación de todas las consecuencias jurídicas en el caso de concurrencia de leyes de distinta naturaleza no plantean problemas especiales; pero es diferente la situación en la cual el concurso se plantea entre leyes que participan de la misma naturaleza. En el caso de las leyes penales el motivo de la aplicación o no de la totalidad de las leyes concurrentes viene de la mano de dos principios que son el principio *non bis in idem* y el principio de íntegra valoración del hecho, ya mencionados en el Capítulo I. La existencia de ambos principios obliga al Juez o Tribunal a que en el proceso decida cuál es el complejo normativo idóneo para cada caso concreto de forma que no castigue dos veces con el mismo fundamento pero, al mismo tiempo, que valore de forma completa el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho. Si en el caso concreto uno solo de los preceptos agota, capta exhaustivamente el contenido de ilicitud y de culpabilidad del comportamiento nos encontramos ante un concurso de leyes en sentido estricto, y si en el caso contrario, cada uno de los preceptos deja sin valorar aspectos importantes para los otros, por lo que es necesario la aplicación de todos ellos, sería un concurso de delitos⁶².

Antes de entrar en el fundamento y sentido de los preceptos reguladores del concurso hay que volver a la idea inicial de que la situación concursal aparece ante la posibilidad teórica de aplicar varios preceptos. Al respecto hay que señalar que, en primer lugar, se parte de una apariencia: la apariencia de que a un hecho acaecido en un momento determinado le pueden ser aplicables varios preceptos jurídicos. Para determinar los requisitos que delimitan la existencia de un concurso de leyes en sentido amplio es necesario comprobar que los preceptos que aparentemente concurren lo hacen así en realidad: ocurre cuando el hecho puede subsumirse en todos y cada uno de los preceptos, ya que realiza los requisitos típicos de las diferentes figuras delictivas. Es evidente y no deja lugar a dudas que esto sucede en los casos de concurso de delitos, porque concurren varios preceptos que han sido infringidos por el autor. Sin embargo,

⁶¹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 26.

⁶² V: PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 33; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 26.

este aspecto no es tan evidente cuando hablamos del concurso de leyes en sentido estricto⁶³.

Siendo el objetivo primordial delimitar en el ámbito del DP los supuestos en los que nos encontramos ante una situación concursal, es necesario en un primer lugar analizar si en los supuestos de concurso de leyes en sentido estricto los preceptos legales confluyen efectiva o solo aparentemente; es decir, si en todos los casos el suceso concreto es apto de ser englobado en la esfera de las distintas figuras delictivas o si, frente a la apariencia inicial, solo cabe en el ámbito de uno de esos tipos. La resolución de la cuestión planteada servirá para limitar el ámbito de la teoría del concurso: para saber si pertenecen a ella además de los supuestos de concurso de delitos, los supuestos de concurso de leyes en sentido estricto. Si frente a la apariencia inicial, es imposible una subsunción plural del hecho en varios preceptos jurídicos, este hecho estaría al margen de la teoría del concurso de leyes, ya que solo es aplicable una sola ley penal. Sin embargo, si se parte de la idea de que el concurso de leyes exige la ejecución de los requisitos típicos de diferentes figuras delictivas, estaríamos ante una situación concursal. El problema se convierte en un fenómeno relativo a la aplicabilidad y eficacia de las leyes concurrentes en relación con un caso concreto, de forma que la concurrencia de preceptos requeriría la intervención de la normativa concursal penal⁶⁴.

Para elegir una u otra opción, nos detendremos en primer lugar en el análisis lógico de las relaciones que pueden establecerse entre los distintos tipos por ser ésta una perspectiva frecuentemente utilizada por la doctrina para esclarecer el concurso de leyes⁶⁵. Pero, tal y como ha advertido la doctrina, no se debe sobrevalorar dicho análisis lógico porque éste por sí mismo no sirve para invalidar una de las dos concepciones enfrentadas, ya que ambas *cumplen todas las condiciones necesarias para ser lógicamente irreprochables*, ni tampoco sirven para explicar el núcleo y los efectos de concurso de leyes⁶⁶.

⁶³ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 27. Entendemos por concurso de leyes en sentido estricto, aquel supuesto en el cuál no es posible la aplicación simultánea o cumulativa todas las normas concurrentes en un supuesto de hecho.

⁶⁴ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 27-28.

⁶⁵ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 28.

⁶⁶ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 51.

2. Relaciones lógicas y cuestiones concursales

En su tesis ESCUCHURI AISA siguiendo a la doctrina alemana efectúa un estudio del concurso de leyes atendiendo a estructuras lógicas⁶⁷.

Diferencia de este modo dos corrientes. Por un lado, la que entiende que tales relaciones se reducen a tres: exclusividad (la exclusividad de tipos supone que el Juez o Tribunal debe decidirse en el caso concreto por uno u otro tipo, por lo que no es posible establecer una relación concursal entre ambos tipos, pues la exclusividad de tipos supone alternatividad de las leyes penales); especialidad o neutralidad. Al margen de los problemas que la autora analiza en las relaciones de exclusividad, es necesario destacar cómo la idea de exclusividad o alternatividad resulta ajena a la del concurso de leyes.

Por otro lado, en vista a las contradicciones producidas en relación con el concurso de leyes (expuestas en el párrafo anterior) esta autora se pregunta si estas contracciones se podrían solucionar acudiendo a un análisis de las estructuras lógico conceptuales. Considera pues que existe un *numerus clausus* de posibilidades de relación entre dos conceptos, que son aplicables a las relaciones que pueden establecerse entre los tipos: en primer lugar, heterogeneidad (referido a los tipos legales, la relación de heterogeneidad se traduce en que ningún hecho puede ser subsumido en ambos tipos al mismo tiempo); en segundo lugar, la identidad (carece de relevancia en esta materia porque la existencia de tipos legales idénticos no tiene sentido en un mismo sistema jurídico-penal); en tercer lugar la subordinación (en relación con los tipos penales, quiere decir que todo hecho que cae en el tipo subordinado cae también en el tipo más general, pero no es posible la afirmación contraria); y en último lugar, interferencia (de nuevo sobre los tipos, implica que estos se solapan en su ámbito de aplicación: hay sucesos que caen bajo el tipo A, otros en el tipo B y otros que realizan simultáneamente ambos tipos). En relación con el concurso de leyes, se considera que solo se puede explicar en base a dos estructuras lógico conceptuales: la interferencia y la subordinación.

⁶⁷ En la exposición que se va a realizar en el texto se sigue a ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 28-33.

3. Los presupuestos del concurso de leyes penales

3.1. Las relaciones de exclusividad formal

El estudio de las denominadas relaciones de exclusión formal, surgen cuando el legislador incluye en un tipo un elemento que es la negación de otro elemento contenido en otro tipo⁶⁸.

Preceptos respecto de los cuales se puede afirmar que se da dicha relación de exclusividad los podemos encontrar en nuestro CP, en concreto los arts. 144 (referido al aborto de una mujer *sin su consentimiento*) y 145 (regula el aborto de una mujer con *su consentimiento*)⁶⁹. Se puede decir que entre estos preceptos media una relación de exclusividad formal, en virtud de la definición de exclusividad formal de la que partíamos, ya que uno de ellos incorpora como elemento constitutivo del tipo la negación de un elemento (“*con su consentimiento*”) exigido en otro tipo más grave (“*sin su consentimiento*”). La finalidad que persigue es doble: que los tipos no concurren y que no queden lagunas de punición (el aborto se puede realizar con o sin su consentimiento, no cabe una tercera posibilidad)⁷⁰.

Si atendemos únicamente a la formulación legal de los arts. 144 y 145 resulta que le tipo objetivo de ambos delitos aparece en relación de alteridad, entendida esta como la posibilidad como imposibilidad de subsumir un comportamiento en ambos

⁶⁸ V: PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 108; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 206 ss. Este último se refiere a tres grupos de cláusulas de delimitación negativa: a) el primer grupo se caracteriza principalmente porque el elemento que determina la exclusión se refiere a peculiaridades del sujeto activo, de la conducta típica o al objeto material de la acción; b) las denominadas *cláusulas de reserva determinadas* cuya función es resolver que un supuesto de hecho aparezca en relación de alteridad con el supuesto de hecho de otro precepto; c) en este grupo están incluidos los casos de subsidiariedad expresa, cuya característica principal es que en un precepto se declara la inaplicación de la consecuencia jurídica prevista en otros preceptos. Los supuestos a los que nos referimos en el texto se identifican con el primer grupo, es decir, con las relaciones de exclusión formal en sentido estricto.

⁶⁹ V, entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 108. PEÑARANDA RAMOS alude, en relación al CP anterior, a la relación existente entre los tipos de los arts. 385 (cohecho para ejecutar un acto injusto que constituya delito) y 386 (cohecho para ejecutar un acto injusto que no constituya delito); ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 35.

⁷⁰ V: PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 109; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 38.

preceptos. En el campo de las relaciones lógicas esto significa que ambos preceptos se encuentran entre sí, no en relación e inclusión o interferencia, sino de heterogeneidad. Sin embargo, la alternatividad del tipo objetivo no significa alternatividad del tipo global y, por este motivo, aparecen disfunciones en materia de error: cada elemento del tipo objetivo de un delito doloso debe ser realizado dos veces, una en el mundo exterior y otra en la representación (dolo) del autor. La exigencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo hace imposible la alternatividad sin lagunas entre ellos⁷¹.

En el hipotético caso de que un sujeto practique un aborto teniendo la creencia errónea de que la mujer no consiente, el error recae sobre el elemento de fundamentación del tipo y que al mismo tiempo es fundamental para exclusión del otro tipo penal, el sujeto habría realizado el tipo objetivo del aborto con consentimiento, sin embargo, faltaría el dolo con lo que no se le podría hacer responsable por un delito doloso de aborto del art. 145, sino que respondería por un aborto imprudente del art. 146, aunque deberíamos comprobar si el error acerca del consentimiento de mujer era o no vencible. Podría incluso entrar en concurso con una tentativa del art. 144 ya que aunque no se dé el tipo objetivo, porque la mujer consiente, sí concurre dolo respecto del mismo⁷².

La solución que expone GARCÍA ALBERO⁷³ al caso concreto consiste en ignorar la relación de exclusión impuesta por el tenor literal de los preceptos y sostener que entre ellos existe materialmente una relación de especialidad de manera que el art. 145 constituiría el tipo básico respecto al 144, que aparece como tipo cualificado. Entiende que el consentimiento de la mujer no constituye un elemento específico del tipo básico de aborto, ya que no añade nada a lo injusto. Si se prescinde por tanto de la referencia al consentimiento en el art. 145 y se aplican y se aplican las reglas del error la calificación de supuesto sería otra distinta: delito de aborto doloso del art. 145 en concurso ideal con una tentativa del art. 144.

⁷¹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 38-39.

⁷² PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 139 ss.; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 39-40.

⁷³ GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 111.

3.2. *Las relaciones de exclusividad material*

ESCUCHURI AISA⁷⁴ destaca la tendencia existente en la dogmática de la PE de delimitar el ámbito de los tipos entre sí. Esta tendencia se manifiesta de diversas maneras a través de la introducción de un elemento del tipo no descrito, con el fin de crear una relación de exclusividad entre ellos.

Esta autora en base a otra parte de la doctrina alemana considera que los problemas de concurso de leyes son en realidad problemas de interpretación de los tipos entre sí y que la única característica a todos los casos que se engloban bajo esta denominación es que aparecen como aplicables varios tipos. Sin embargo, una interpretación de las leyes en cada caso concreto lleva a que entre los delitos existe una relación de exclusión recíproca. Ya que concurso aparente significa que los delitos se excluyen mutuamente y que se encuentran entre sí en relación de exclusividad, la inaplicabilidad de uno de los preceptos traerá consigo la inaplicabilidad de sus consecuencias jurídicas, determinadas conforme al principio de absorción.

Por otro lado, PEÑARANDA RAMOS demuestra que es preferible una concepción del concurso de leyes construida sobre la idea de que éste exige la realización de los requisitos típicos de varias figuras delictivas, fijando sus argumentos en tres bancos de pruebas: las consecuencias jurídicas aplicables en los concursos de leyes, el tratamiento del error y la participación⁷⁵.

Un primer ámbito donde en principio no encaja una concepción del concurso como un fenómeno de delimitación entre los tipos es el de las consecuencias jurídicas de concurso de leyes. PEÑARANDA RAMOS⁷⁶ considera que es necesario estudiar la diversa índole de los efectos residuales ya que éstos van desde el reconocimiento de la influencia de precepto desplazado en la medición de la pena o en la determinación del marco penal aplicable hasta la llamada “*vuelta a la vida*”⁷⁷ del precepto desplazado. El análisis efectuado lleva a este autor a concluir que se trata de una materia todavía sin

⁷⁴ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 43-46.

⁷⁵ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 51 s.

⁷⁶ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 76 ss.

⁷⁷ V: PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 59 ss. Se habla de “*vuelta a la vida*” del precepto desplazado para referirse a los casos en los que el precepto desplazado vuelve a ser aplicado como consecuencia de la inaplicabilidad de la ley preferente por faltar algún requisito material o procesal.

aclarar, pero le sirve para afirmar que es mejor optar por una concepción de concurso de leyes que no imponga ya la solución, sino que permita tratar la cuestión desde puntos de vista teleológicos y no solo lógico-formales.

ESCUCHURI AISA⁷⁸ considera finalmente, tal y como apunta este autor, que desde esta materia no se pueden extraer argumentos definitivos que rebatan las tesis que explican el concurso de leyes negando la realización de los requisitos típicos de varias figuras delictivas. Lo cual exigiría admitir la necesidad de reconocer esos efectos residuales y explicar por qué deben admitirse.

Sobre el tratamiento del error, afirmar que entre dos tipos existe relación de inclusión o exclusión lleva a consecuencias jurídicas diferentes en los supuestos de error. PEÑARANDA RAMOS⁷⁹ indica que si se parte de una relación de exclusión entre los tipos en los casos de error sobre un elemento que cualifica la infracción no se puede hacer responsable al sujeto por el tipo cualificado, ya que faltaría el dolo, pero tampoco se podría por el tipo residual ya que no se ha llevado a cabo.

Si por ejemplo A quiere matar a B, pero mata por error a una de las personas cuya vida goza especial protección, en virtud del planteamiento de este autor que entre los arts. 138 y 485 CP hay una relación de género-especie, resultaría que A no sería responsable del tipo cualificado por faltar el dolo, pero sí puede ser responsable de un homicidio doloso consumado, tipo que sí ha realizado. Sin embargo, si partimos de una relación de exclusión entre ambos tipos, no se podría hacer responsable del homicidio doloso consumado puesto que este delito, al incorporar como elemento negativo que no se trate de ninguna de las personas cuya vida goza de especial protección, no ha sido realizado⁸⁰.

Por otro lado, en el supuesto inverso en que el sujeto quiere realizar el tipo más grave, sin embargo realiza el tipo básico, no existe inconveniente para castigar al menos por este último. En el supuesto de que A quiera matar por ejemplo al Rey pero mata a otra persona que no goza de una especial protección, responderá al menos por un delito de homicidio doloso consumado. Esta solución no podría fundamentarse en cambio desde el punto de vista de la exclusión de tipos, ya que faltaría el dolo porque quería

⁷⁸ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 47.

⁷⁹ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 137 ss.

⁸⁰ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 141 ss.

matar al Rey- siendo en este caso la solución apreciar una tentativa del art. 485 en concurso con un delito de homicidio imprudente⁸¹.

Sobre la participación, si se parte del principio de que el partícipe deber ser responsable del delito al que quiso prestar su contribución, aunque el autor haya realizado otro delito más grave, entonces, ¿cómo podemos fundamentar una responsabilidad por un delito que no se ha cometido?⁸². Un ejemplo de ello lo constituirían determinados supuestos en los que la resolución provocada por el inductor no coincide con el hecho realizado por el autor. En el caso de quien induce a cometer un hurto pero finalmente el autor ejecuta un delito de robo, no existe ningún impedimento en responsabilizar al autor del delito de robo y al partícipe de inductor a un hurto, ya que también ha sido cometido por el autor⁸³.

Para poder argumentar la responsabilidad del partícipe debemos presuponer que el autor ha realizado los requisitos de ambas figuras y que es posible fundamentar la punibilidad del partícipe en el tipo que resulta desplazado para el autor. Aparece entonces la idea sostenida por PEÑARANDA RAMOS⁸⁴ de que el concurso de leyes tiene naturaleza estrictamente personal, idea que sirve para mostrar la estrecha relación existente entre la teoría de la participación y la teoría del concurso de leyes. Se trata poner de relieve que el intento de eliminar el concurso de leyes a partir de una concepción del ordenamiento penal como un sistema configurado por tipos que se excluyen entre sí tiene consecuencias fatales en materia de error y participación. El establecimiento de relaciones de alteridad entre tipos que protegen un mismo bien jurídico aparece como una opción legislativa válida, se consigue que no coincidan los ámbitos aplicación de los tipos y que no se planteen lagunas de punición⁸⁵.

⁸¹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 49-50.

⁸² PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 164.

⁸³ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 154 ss.

⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 187.

⁸⁵ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 54.

III. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LAS NORMAS CONCURSALES

1. Las normas concursales como normas de segundo nivel

Ya limitados los supuestos en que concurren varios preceptos penales, la siguiente fase lógica es la de establecer cuál es aplicable, es decir, se aplican todos, algunos o solamente uno de los preceptos concurrentes. Solo en el segundo lugar, para el supuesto de que sean aplicables varios de los preceptos concurrentes, la cuestión es la siguiente: cómo se aplican, cuál es la consecuencia jurídica que les corresponde. Para solucionar este problema es necesario utilizar la normativa concursal, como normativa superpuesta a los preceptos legales individualmente considerados. Por ello, no es errónea la denominación de las normas concursales como *normas de segundo nivel* en la medida en que tienen por objeto regular aquellos supuestos en los que concurren varias normas de primer nivel en la calificación de una conducta. Son *normas de segundo nivel* con respecto a las de la PE del CP y su destino consiste en dar criterios para resolver la concurrencia de una pluralidad de normas en la calificación de una conducta, así como en la aplicación de la pena correspondiente⁸⁶.

Tomando esto como punto de partida podemos señalar que la función de la normativa concursal es doble y se desarrolla en dos momentos diferentes⁸⁷:

El primer momento de resolución del problema concursal se ha planteado en torno a la cuestión de si se aplican todos o solo uno de los preceptos legales concurrentes. La problemática gira en torno a averiguar si en ese caso concreto uno solo de los preceptos agota o capta de manera absoluta el desvalor del hecho o si, por el contrario, cada uno de los preceptos concurrentes deja sin valorar aspectos relevantes para los otros, por lo que es necesaria la aplicación de los preceptos en su totalidad. Es evidente, que en el primer caso nos encontramos ante una situación de concurso de leyes, y en el segundo lugar, un caso de concurso de delitos⁸⁸.

En un segundo momento, y exclusivamente en los supuestos en los que efectivamente sea aplicable la pluralidad de preceptos legales (concurso de delitos), se determina en qué medida se aplica cada precepto concurrente y cuál es la consecuencia

⁸⁶ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 59-60.

⁸⁷ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 60.

⁸⁸ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 60.

jurídica aplicable. Aunque se constaten que efectivamente concurren todos los presupuestos de aplicación de las consecuencias jurídicas que se prevén para cada delito, no quiere decir que se pueda proceder a sumar las consecuencias de cada delito en cuestión⁸⁹.

En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que los casos de concurso de leyes, no es un caso de auténtico concurso, sino un problema de interpretación de la ley penal. Por ende, se analiza la problemática a través de la teoría de la ley penal⁹⁰, o a modo de remisión en el capítulo dedicado al concurso de delitos⁹¹.

Una explicación basada exclusivamente en la interpretación, ya sea del concurso de delitos o del concurso de leyes, es rechazable, puesto que la interpretación es un instrumento en el proceso de aplicación de la ley y, para saber si efectivamente los preceptos concurren es estrictamente necesario realizar una interpretación de los tipos legales. A través de operaciones interpretativas se aclara el sentido de cada una de las normas concurrentes por lo que, la interpretación interviene en toda situación concursal, pero no son los criterios de interpretación los que dan la clave de la prevalencia de una de las leyes frente a las demás o los que señalan la aplicación de todos los preceptos⁹².

Para concluir este apartado, es preciso advertir que la decisión de si son aplicables todos los preceptos o solo uno de ellos se soporta fundamentalmente en el principio *non bis in idem*, que impide la aplicación simultánea de varios preceptos cuando uno de ellos capta de manera exhaustiva el contenido de ilicitud y de culpabilidad del suceso porque la opción contraria implicaría un castigo plural por un mismo hecho. Si se trata de un supuesto de concurso de leyes penales en el que solo es aplicable uno de los preceptos la identificación de la consecuencia jurídica no es

⁸⁹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 60.

⁹⁰ V: RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1977, 114 ss.; SÁINZ CANTERO, *PG*, 3ª, 1990, 370 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 171 ss.; CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 13. Entiende que no se trata exclusivamente de un problema interpretativo del precepto, aunque cada caso específico exija una interpretación de las normas concurrentes, la institución en sí se ubica en el ámbito de la teoría de la ley penal, las clases de leyes penales y las fuentes extralegales del DP.

⁹¹ V: CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica de delito*, 5ª, 2005, 316 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 463; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662.

⁹² ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 63 s.

problemática, ya que tiene como referente el marco penal del precepto que ha resultado preferente⁹³.

2. Estructura de los preceptos del concurso de leyes

Las proposiciones jurídico penales relativas al concurso tienen dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica⁹⁴. Por diferentes razones, puede ocurrir que no aparezca un único supuesto de concurso sino varios, es decir, que se constituyan diferentes supuestos de hecho concursales y que se les asigne consecuencias jurídicas diferenciadas. Es evidente que al supuesto de hecho concursal, tanto en el concurso de leyes como en el de delitos, pertenece necesariamente la pluralidad de preceptos en los que es subsumible. A este supuesto de hecho pertenece también una determinada relación entre los preceptos concurrentes. La relación entre estos es precisamente la que determinará el significado jurídico penal de la concurrencia, es decir, la que llevará a decidir si el supuesto se califica como concurso de leyes o concurso de delitos.

El supuesto de hecho del concurso de leyes se caracteriza porque una de las calificaciones en que el hecho es subsumible capta de forma exhaustiva la totalidad del injusto de la conducta realizada por el sujeto. No podemos olvidar que el supuesto de hecho del concurso de leyes aparece como un supuesto de hecho diferente al de cada uno de las leyes concurrentes y, por ello, la consecuencia jurídica asociada al mismo es también distinta⁹⁵.

El supuesto de hecho del concurso de leyes se diferencia del concurso de delitos porque una de las calificaciones en que el hecho es subsumible capta de manera completa la totalidad de lo injusto de la conducta realizada por el sujeto. El término *concurso de leyes*⁹⁶ es ya un término muy generalizado, aunque algunos autores lo sustituyen y hablan de un *concurso aparente de leyes o concurso impropio*⁹⁷. También

⁹³ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 65.

⁹⁴ Sobre la estructura de la norma penal, v: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 66; LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª, 2012, 62.

⁹⁵ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 66.

⁹⁶ V: CEREZO MIR, *Curso*, III, *Teoría jurídica de delito*, 5ª, 2005, 316, lo trata de este modo, pero matizando que el concurso solo es aparente en tanto que basta con la aplicación de uno de los tipos delictivos; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 470.

⁹⁷ V: SÁINZ CANTERO, *PG*, 3ª, 1990, 370; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 171; CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 7.

hay una discusión acerca de si concurren normas o leyes sobre ello, CASTELLÓ NICÁS⁹⁸ prefiere la expresión *concurso de normas penales* frente a *concurso de leyes penales*. Parte del punto de que la ley en sentido formal contiene una norma. Destaca esta autora que la norma tiene un contenido que no ostenta el término ley. La norma aparece como norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación. En estos supuestos, el conflicto se produce en el contenido de ley (en la norma y la valoración que esta realiza). Para finalmente concluir: “*qué duda cabe que para que exista un concurso de normas, el bien jurídico protegido ha de ser el mismo en todas las normas coincidentes, y eso es algo que solo puede determinarse desde la perspectiva de la norma y no desde el significado del término ley*”. A partir de una misma norma se puede constituir un sistema de figuras delictivas que protegen un mismo bien jurídico, pero que se diferencian entre sí por elementos que afectan a lo injusto, a la culpabilidad o a la punibilidad.

IV. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL CONCURSO

En la doctrina no existe unanimidad acerca del lugar sistemático de la teoría del concurso. La diversidad de opiniones acerca de esta cuestión se deben a la falta de acuerdo en cuanto al objeto de la teoría del concurso: si ésta debe comprender tanto los casos de concursos de leyes como de delitos o si solo se refiere a estos últimos⁹⁹.

Coincidiendo con esta última perspectiva buena parte de la doctrina de nuestro país excluye de la teoría¹⁰⁰ del concurso al concurso de leyes al entender que el contenido propio del concurso exige como requisito fundamental la pluralidad de infracciones. Aunque se reconozca la existencia de ciertas semejanzas estructurales entre el concurso de delitos y de leyes, la suficiencia de uno de los tipos característica de este último, excluye la aplicación de la normativa concursal. A partir de esta idea, el estudio del concurso de leyes se sitúa en la teoría de fuentes.

⁹⁸ CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 7 ss.

⁹⁹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 97.

¹⁰⁰ V, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 119.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 763; CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 12 s.

En opinión de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN¹⁰¹ en el concurso de leyes el problema es la determinación de los principios que rigen el desplazamiento de las normas que solo aparentemente concurren en el enjuiciamiento del caso y éste es un problema que pertenece a la teoría de fuentes. Otros autores, como RODRÍGUEZ MOURULLO, SÁINZ CANTERO y SANZ MORÁN insisten que se trata de un problema de interpretación de la ley penal¹⁰². CASTELLÓ NICÁS¹⁰³ manifiesta que la institución del concurso de leyes merece mejor ubicación en el ámbito de la teoría de la ley penal, después de haber analizado la estructura de la ley penal, las clases de leyes penales, y las fuentes extra legales del DP. SANZ MORÁN¹⁰⁴ insiste en que la problemática de la ubicación sistemática se trata de una cuestión de interpretación de la ley penal.

Otro sector de la doctrina, en el que se incluye a CEREZO MIR y a MIR PUIG, se ocupan simultáneamente de los supuestos de concurso de leyes y de delitos¹⁰⁵, pero no se pronuncian expresamente sobre la ubicación sistemática de la teoría de concurso.

¹⁰¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 764.

¹⁰² V: RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1977, 114; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 119; SÁINZ CANTERO, *PG*, 3ª, 1990, 370 ss.

¹⁰³ CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 13

¹⁰⁴ SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 195.

¹⁰⁵ V: CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica de delito*, 5ª, 2005, 289 y ss. Este autor dedica un capítulo a la unidad y pluralidad de delitos y después se ocupa del concurso de delitos y del concurso de leyes; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 647-668. Este autor los agrupa bajo el título “*Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de leyes*”.

CAPÍTULO TERCERO. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE HECHO Y DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL CONCURSO DE LEYES PENALES

Conforme al esquema de la teoría del concurso expuesto en el capítulo anterior partimos de que en el marco de los problemas concursales la primera cuestión con la que hay que enfrentarse es la de constatar la existencia (o inexistencia) de un concurso de leyes penales de acuerdo con el siguiente esquema lógico: si estamos ante un comportamiento que puede ser calificado por distintos precepto hay que decidir si se aplican todos o solo uno de los preceptos y, en el segundo caso, determinar cuál es. Esta proposición reivindica en un primer lugar, explicar el principio o principios jurídicos que fundamentan esta institución y que prohíben la aplicación conjunta de las normas concurrentes. Y en segundo lugar, los criterios en virtud de los cuales se identifica la norma finalmente aplicable que prevalece frente a los demás¹⁰⁶.

Únicamente se advierte una total conformidad en los aspectos básicos del llamado concurso de leyes. La característica definitoria del concurso de leyes penales residiría en que, pese a que concurren varios tipos en la calificación del suceso fáctico, basta con la aplicación de uno solo de ellos para captar exhaustivamente el contenido desvalorativo del supuesto concreto, de modo que los otros tipos quedan desplazados¹⁰⁷.

Más allá de este aspecto esencial del concurso de leyes, las opiniones respecto al mismo son bien divergentes. Un primer punto en el que difieren las opiniones se encuentra en el momento de determinar los requisitos que fijan la existencia de un concurso de leyes penales. Se da la razón a la doctrina mayoritaria que entiende que es posible que la conducta pueda cumplir simultáneamente los requisitos típicos de varias figuras delictivas. De acuerdo con esta concepción, en el concurso de leyes los

¹⁰⁶ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, pág. 105.

¹⁰⁷ V, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1977, 114; CERESO MIR, *Curso*, III, *Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 316; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 6ª, 2010, 492; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 818; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al CP*, 6ª, 2010, 91; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662.

preceptos concurren efectivamente ya que el suceso fáctico puede subsumirse en todos y cada uno de ellos, sin perjuicio de que, finalmente, sólo uno resulte aplicable¹⁰⁸.

En un segundo punto y una vez aclarada la cuestión anterior, hay que analizar otros problemas que se plantean en torno a la figura del concurso de leyes. Aunque de forma extendida se invoca al principio *non bis in idem* como criterio rector¹⁰⁹ en el establecimiento de los límites entre el concurso de delitos y el concurso de leyes, no se encuentra una solución unánime a la hora de determinar cuándo es suficiente con la aplicación de uno de los tipos para la plena valoración jurídico-penal de la conducta. Una vez afirmada la existencia de un concurso de leyes penales, resulta dificultoso concretar los principios que dan la clave de la prevalencia de uno de los preceptos frente al resto que, al ser desplazados, no son mencionados en la sentencia. Todo ello se comprende si se vuelve la vista a los llamados principios de solución del concurso de leyes¹¹⁰.

La doctrina dominante¹¹¹ entiende que el concurso de leyes penales se encuentra regulado en el art. 8 CP. En el vigente CP el precepto regulador de los principios de

¹⁰⁸ V, entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 35-38; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 93 ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662.

¹⁰⁹ V, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 119; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 31; DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones*, 1998, 351. DE LEÓN VILLALBA considera que “ante una conducta subsumible en varios tipos de ilícitos, debemos elegir aquella cuya aplicación cubre el total del injusto realizado, desplazando el resto, de forma que si se aplica cualquier otra sanción, derivada de otro tipo, supondría una violación de principio *non bis in idem*, en tanto que implicaría la doble punición de un mismo hecho” (p. 155); CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 50. Esta autora admite que “este principio debe aceptarse como punto de referencia y punto de partida para especificar si estamos ante un concurso de normas o ante un concurso de delitos, siendo el elemento determinante la presencia de un solo bien jurídico o más de ellos”; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 819: “Las reglas que resuelven esos concursos aparentes son lógica consecuencia de la prohibición de castigar dos veces al mismo hecho”; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662.

¹¹⁰ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 107.

¹¹¹ V, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/ JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, 1997, 45 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 337 ss.; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 364 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 470-473; GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al CP. PG*, 2011, 59-68.; MIR PUIG, *PG*, 9ª,

solución del concurso de leyes aparecen en el Título preliminar, referido a las garantías penales y a la aplicación de la ley penal, en el que se engloban cuatro reglas correspondientes a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

I. EL SUPUESTO DE HECHO DEL CONCURSO DE LEYES PENALES

1. Elementos que lo definen

Debemos partir del hecho de que tanto el concurso de leyes como el de delitos tiene un requisito en común: un suceso fáctico concreto aparece comprendido en varios tipos delictivos, de manera que a la valoración del mismo concurren una pluralidad de leyes, ya que *a priori* son aplicables varias leyes, la problemática que se plantea es determinar si efectivamente el hecho se enjuiciará conforme a todas ellas o solo conforme a una de las leyes concurrentes. En definitiva, se trata de dilucidar si efectivamente se da el supuesto de hecho del concurso de leyes, de manera que se excluyan las reglas del concurso de delitos, o si la situación es la inversa¹¹².

Como ya se ha señalado, hay unanimidad al afirmar que lo característico del concurso de leyes es que uno de los preceptos capta exhaustivamente en contenido de injusto y de culpabilidad del hecho concreto, de modo que los demás preceptos concurrentes no son aplicables de ningún modo, ya que son desplazados. Para explicar este desplazamiento se acude a una serie de reglas o principios de solución de concurso de leyes (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad)¹¹³.

En este sentido, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN indican que “*el fundamento general de las diversas reglas de solución del concurso aparente de Leyes penales radica, de una parte, en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema “consistente”, exento de contradicciones; y, de otra, en el axioma de que no se puede*

2011, 663; ROXIN, *PG II*, 2014, 997-1016. MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 396 ss.

¹¹² V: CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, 1992, 17; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 111.

¹¹³ V, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 120; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 155; CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 316; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 470 ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662.

castigar dos veces el mismo hecho (ne bis in idem) que se apoya en la unidad del ordenamiento jurídico”¹¹⁴.

La existencia del principio *non bis in idem*, situado por encima de cada uno de los preceptos concurrentes, en un suceso fáctico concreto, que actuaría como corrector de las interferencias producidas entre los mismos, constituye la clave para la solución de los conflictos de aplicación de leyes que se presentan en el orden jurídico. Sucede, sin embargo, que la concreción del principio no es una operación sencilla y lo que ocurre, en el momento de dar solución a un caso concreto, es que lo mismo se apela a la infracción del *non bis in idem* para afirmar la existencia de un concurso de leyes en detrimento del concurso de delitos, como se recurre a su no vulneración para afirmar la tesis contraria¹¹⁵.

ESCUCHURI AISA¹¹⁶ señala que junto al principio *non bis in idem* interviene el principio de íntegra valoración o de valoración global del hecho. Es un principio que está presente en las definiciones de concurso de delitos y de leyes, se alude a él cuando se afirma que en el concurso de leyes uno de los preceptos basta para la valoración *exhaustiva* del hecho, por el contrario si algún aspecto del suceso queda sin valorar con la sola aplicación de una de las normas entramos en el ámbito del concurso de delitos. A la hora de explicar este principio se señala que el mismo se derivaría no solo del principio de culpabilidad, sino de un principio general de la aplicación jurídica de que nadie obtenga ventajas de su propio injusto.

El vínculo entre estos principios es importante para resolver la concurrencia entre normas. A la hora de aplicarlos a casos concretos, nos damos cuenta de que más que concurrir, se encuentran en conflicto, que se resolvería dando preferencia a uno de ellos, dejando desplazado el otro, siendo normalmente el preferente el *non bis in idem*¹¹⁷.

¹¹⁴ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 172.

¹¹⁵ Así lo indican, GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 32; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 114.

¹¹⁶ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 114.

¹¹⁷ V: GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 376. En este sentido, el principio de íntegra valoración del hecho no constituye un valor firme e inderogable en la materia concursal, ya que este principio está limitado a la prohibición de la doble valoración (*non bis in idem*).

En este sentido, GARCÍA ALBERO¹¹⁸ intenta solucionar colisión entre el principio *non bis in idem* y el principio de *íntegra valoración o de valoración global* y apela al llamado efecto oclusivo de tipo más benigno para conceder preferencia al tipo privilegiado. Rechaza la aplicación de un concurso ideal, porque dicha solución convertiría en irrelevante el privilegio y, además, entiende que se impondría una pena más grave que si no se hubiese realizado el tipo privilegiado, ya que según las reglas del concurso ideal habría que imponer la pena más grave en su grado máximo. Este autor considera que el principio *non bis in idem* prevalece sobre el *íntegra valoración* del hecho en los casos límite.

De nuevo, ESCUCHURI AISA¹¹⁹ considera que, aunque en un primer momento se entiende que ambos principios se repelen, cree que los principios *íntegra valoración* y *non bis in idem* no chocan, sino que se complementan porque, en definitiva, ambos responder a un valor común. Y este no es otro que el principio de proporcionalidad en el que ambos principios encuentran su fundamento. En la medida en que es posible reconducirlos a una idea común, cabe afirmar que el principio de *íntegra valoración* no se respeta cuando se incurre en un *bis in idem*, pero, a su vez, el principio *non bis in idem* no se agota en la exigencia de evitar una doble valoración, sino que exige que, en el proceso de aplicación de la ley, se capte el total desvalor del hecho. Estos principios tampoco deben operar al margen del principio de legalidad y tipicidad de las infracciones ya que, marcan el contenido específico del principio *non bis in idem* y del principio de *íntegra valoración* en esta materia.

Esta autora amparándose en estos principios considera que es necesario interpretar tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica del concurso de leyes. En lo que se refiere al supuesto de hecho, estos principios servirán para explicar si con la aplicación de uno solo de los preceptos se agota el total contenido de desvalor del hecho; y si esto fuera así, se aplicará la consecuencia jurídica del concurso de leyes, es decir, la que resulte del precepto prevalente desplazado las consecuencias jurídicas del resto de los tipos aparentemente concurrentes. Para ser consecuentes con estos principios, debería vetarse cualquier modificación de la consecuencia jurídica, es decir, cualquier aplicación residual del precepto desplazado.

¹¹⁸ GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 376-379.

¹¹⁹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 116 s.

II. EL PRECEPTO APLICABLE EN EL CONCURSO DE LEYES PENALES: CONCRECIÓN DEL *NON BIS IN IDEM*

1. Consideraciones generales

Al amparo del art. 8 CP se puede deducir que éste es aplicable cuando uno o varios hechos son susceptibles de ser calificados en virtud a dos o más preceptos del Código, pero siempre que no se trate de un supuesto de concurso de delitos (arts. 73 a 77). Se ha advertido¹²⁰ que el legislador ha expresado estos límites al revés, puesto que los arts. que normalizan el concurso de delitos son aplicables solo cuando no sean aplicables ninguno de los criterios de exclusión que engloba el art. 8 CP.

Los criterios de solución que regula el art. 8 del CP son: “1ª. *El precepto especial se aplicará con preferencia a general.*/ 2ª. *El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, bien sea una subsidiariedad expresa o tácitamente deducible.*/ 3ª. *El precepto penal más complejo o más amplio absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*/ 4ª. *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor*”.

1.1. Intentos de sistematización de estos principios

En España la mayor parte de la doctrina¹²¹ sigue manejando los cuatro principios tradicionales.

¹²⁰ V, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, 1997, 45 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 337 ss.; CALDERÓN CEREZO/ CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 364 ss.; ORTIZ NAVARRO, en: QUINTANAR DÍEZ (dir.), *PG*, 2014, 40.

¹²¹ La mayor parte de la doctrina española admite en general cuatro principios: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad; V, entre otros, ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 495 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 155; RODRÍGUEZ MOURULLO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, 1997, 45 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 337 ss.; CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 317 ss.; CALDERÓN CEREZO/ CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 364 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 470; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al CP*, 2010, 48; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 663; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *PG*, 2ª, 2014, 223.

RODRÍGUEZ RAMOS¹²² considera que todos los criterios se pueden resumir en el de especialidad, se trata de reglas no excluyentes entre sí puesto que todas ellas serían expresión del principio de legalidad. Dicho principio se respeta más íntegramente, combinados con los de seguridad jurídica, proporcionalidad, justicia y no arbitrariedad, cuando se opta por la norma más ajustada a la realidad enjuiciada.

Por otro lado, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN¹²³ consideran que el conflicto de leyes debe resolverse mediante el principio genérico de especialidad, si bien dicho principio se subdivide en otras reglas que poseen el mismo fundamento valorativo: se aplica la norma que se ajusta más exactamente al supuesto de hecho quedando desplazada la que lo contempla de forma más vaga y abstracta.

Aunque CASTELLÓ NICÁS¹²⁴ no niega la relación jerárquica entre los diferentes principios, explica que no debe entenderse que el principio de especialidad sea prevalente y que tras él se sitúen los de subsidiariedad y consunción, sino que todos están situados a un mismo nivel, y en el caso de que no pueda solucionarse conforme a estos principios una relación existente entre dos preceptos, habrá que optar por un segundo nivel en el que se sitúa el precepto de la pena superior.

2. El contenido de los llamados principios de solución del concurso de leyes

La determinación de cuándo existe un concurso de leyes (y un solo delito) y no un concurso de delitos, al igual que la cuestión de qué norma es preferente y cuál es la desplazada, depende necesariamente de la interpretación de las distintas normas penales

¹²² RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 339 ss.

¹²³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 174.

¹²⁴ CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 189. A modo de ejemplo V: STS 2164/1997, de 17 de noviembre de 1998 (RJ 2000/8063): “El mencionado doctrinalmente como concurso aparente de leyes penales recibió en el CP 1995 un conjunto de soluciones que, si bien ya habían sido promovidas en decisiones jurisprudenciales, se vieron ampliadas en el art. 68 del CP de 1973 anteponiendo al escueto principio otros tres criterios en orden de preferencia desde el primero – principio de especialidad- al último –el ya mencionado, principio de alternatividad- pasando por los de subsidiariedad, que ocupa el segundo lugar, y el de consunción, que está en tercer puesto”. En este sentido las SSTS 1678/1999, de 15 de febrero de 2000 (RJ 949) y 2046/2000, 20 de junio de 2001 (RJ 2001/9984).

aplicables al caso. Para guiar dicha interpretación¹²⁵ se han elaborado los principios de solución del art. 8 CP: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

2.1. Principio de especialidad

El principio de especialidad está recogido en la regla primera del art. 8 CP: “*el precepto especial se aplicará con preferencia al general*”.

Dentro del concurso de leyes penales el principio de especialidad es el único principio unánimemente reconocido si bien, como ya hemos visto, aparece formulado con contenidos diversos. La mayor parte de la doctrina¹²⁶ entiende el principio de especialidad en sentido lógico estricto y, precisamente por esto, se señala que es menos problemático en su aplicación, porque la relación especialidad es resultado de la comparación en abstracto de los preceptos. Se demuestra la relación de especialidad entre dos preceptos cuando uno de ellos contiene todos los elementos del otro, pero se distingue de él por medio de algún otro elemento adicional, de manera que si se desecha este elemento estamos en el ámbito del tipo general, es decir, la relación de especialidad implica que todo hecho que realiza el tipo especial realiza necesariamente el tipo general. Justamente porque la ley especial recoge mayor número de peculiaridades del hecho y tiene preferencia respecto a la general “*lex specialis derogat legi generali*”¹²⁷.

¹²⁵ V, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 339 ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 664; CUELLO CONTRERAS/ MAPELLI CAFFARENA, *PG*, 2ª, 2014, 223.

¹²⁶ V, entre otros, ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 495; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 35; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 321 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 340; CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 317; ESCUCHURI AISA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 321; MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 401.

¹²⁷ V., entre otros, ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 495; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 321 ss.; CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 317; MIR PUIG, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al CP*, 2011, 43.

El elemento específico se puede referir a diversas cosas: al sujeto activo, al sujeto pasivo, a una relación entre preceptos, al objeto del delito, a la modalidad de acción o a la tendencia de acción¹²⁸.

Unánimemente¹²⁹ se reconoce que existe relación de especialidad entre los tipos cualificados y los tipos privilegiados respecto del tipo básico, aunque hay que matizar que se limita a los casos más simples de realización dolosa y consumada de ambos delitos. La relación de especialidad no se alteraría aunque se tratase de delitos autónomos o *sui generis*.

El ejemplo por excelencia es el de la relación de especialidad que media entre el delito de homicidio art. 138 (ley general) y el resto de delitos contra la vida humana independiente. Entre el homicidio y el asesinato, bien si consideramos al último como un delito autónomo o como un tipo agravado del homicidio, hay una relación de concurso de leyes que se resuelve por medio del principio de especialidad a favor del asesinato. Asimismo el homicidio consentido es ley especial frente al homicidio como ley general¹³⁰.

Si bien la relación de especialidad parece sencilla de comprobar con arreglo a la técnica de la sustracción (la especialidad se comprueba formulando un juicio hipotético

¹²⁸ En este sentido, V: GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 324-327; CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 120.

¹²⁹ V, en este sentido, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 123; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 155; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 324-325; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 175; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 364; ESCUCHURI AISA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 321.

¹³⁰ V: MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al CP*, 2010, 48, quien cita como ejemplo: la STS 1695/2000, de 15 de diciembre, “en los supuestos de especialidad el delito principal y el especial se comportan como círculos concéntricos en el que el menor o especial está comprendido íntegramente en el círculo mayor o tipo general, de manera que todos los elementos integradores del tipo especial cumplen la hipótesis típica del tipo general, es decir, se encuentran comprendidos en él, aun cuando concorra además algún elemento típico adicional”. Otros supuestos en los que se aprecia el principio de especialidad a favor del delito de asesinato se plantean en las siguientes resoluciones: SAP Valencia 100/2009, de 17 julio (ARP 1200), SAP Cádiz 319/2012, de 1 octubre (ARP 2013/752); ESCUCHURI AISA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 321; MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 398.

en el que suprimiendo el delito específico el suceso es susceptible de ser calificado conforme al precepto general), los problemas se plantean cuando se trata de solucionar algunos casos que se derivan del establecimiento de relaciones de especialidad: concurso entre varios delitos calificados respecto del mismo tipo básico; concurso de varios tipos privilegiados derivados de un mismo tipo básico; casos en los que un tipo cualificado contiene varias agravaciones y el hecho realiza dos o varias de ellas; concurso entre un tipo calificado y no privilegiado formados a partir de un mismo tipo básico¹³¹.

Tampoco existe acuerdo en lo que respecta a los delitos complejos y quizás sea consecuencia de los distintos conceptos de delito complejo que se manejan. Mayoritariamente se define el delito complejo como aquél que está formado por conductas que constituyen ya por sí solas delitos autónomos pero que el legislador, excepcionándolas de la normativa del concurso de delitos, ha reunido en un solo delito. El delito complejo forma parte o constituye una clase de los delitos compuestos, que serían aquellos constituidos por elementos de otras figuras delictivas¹³². Ciñéndonos a la relación concursal que media entre el delito completo y los delitos que forman parte del mismo, hay que señalar que mientras que para algunos autores¹³³ está claro que se trata de una relación de especialidad en sentido lógico estricto, otros¹³⁴ opinan que deben encuadrarse dentro del ámbito de la consunción.

¹³¹ Para más detalles sobre los diferentes supuestos de aplicación del principio de especialidad, GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 322; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 170-171.

¹³² Sobre los delitos complejos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1977, 274.; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 117; SÁINZ CANTERO, *PG*, 3ª, 1990, 867; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 434; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 260.

¹³³ V, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 123; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 323.

¹³⁴ V, entre otros, ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 495; SÁINZ CANTERO, *PG*, 3ª, 1990, 374; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 178; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 260.

2.2. Principio de subsidiariedad

La relación de subsidiariedad se da entre aquellos preceptos penales, respecto de los cuales uno de ellos (el subsidiario) es aplicable solamente en caso de que no entre en juego el otro que es el principal¹³⁵. La fórmula del principio de subsidiariedad queda expresada de la siguiente forma: la ley subsidiaria solo será aplicable cuando resulte inaplicable la ley principal (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). Partiendo de este concepto formal se distinguen dos tipos de subsidiariedad: expresa y tácita. Ambos tipos de subsidiariedad han sido recogidos por igual en la regla 2.^a del art. 8 CP: “*El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible*”.

Se habla de subsidiariedad expresa o formal cuando el carácter prevalente del precepto primario es resultado de la lectura literal de la ley en virtud de una cláusula de subsidiariedad. Estas cláusulas pueden ser de dos tipos: que el precepto declare su inaplicación en el supuesto de que al mismo hecho le corresponda una pena mayor por constituir otro delito (supuestos de autoexclusión general) o, que se declare la inaplicación de una figura delictiva en relación con determinados delitos o faltas (autoexclusiones específicas)¹³⁶.

¹³⁵ Sobre este principio, SÁINZ CANTERO, *PG*, 3^a, 1990, 374.; CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 149; CERESO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5^a, 2005, 317; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al CP*, 2010, 48; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8^a, 2010, 472; MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 665.

¹³⁶ V: CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, 1992, 233 ss.; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 173; en: ROMERO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 321. Esta autora señala como ejemplo de la técnica de subsidiariedad expresa el propio art. 8 en su regla 4^a: “*En defecto de los criterios anteriores...*”. Pero los ejemplos clásicos los encontramos en la PE del CP. Así por ejemplo en relación de subsidiariedad se encuentran los delitos de desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes (art. 556) respecto al delito de atentado (art. 550). También se suele considerar subsidiarios todos aquellos preceptos que contiene cláusula “*salvo que el hecho sea constitutivo de un delito más grave*” o “*salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código*” (autoexclusiones generales), así por ejemplo: el art. 172.2^o relativo al delito de coacciones, señala que cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, *salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código*.

Conforme al principio de subsidiariedad tácita se resuelven las relaciones entre los diferentes estadios de ataque al mismo bien jurídico o entre las formas de ataque al mismo bien jurídico de diferente intensidad¹³⁷. En este sentido, MIR PUIG¹³⁸ reconoce la subsidiariedad tácita cuando la interpretación del sentido de un precepto pone en evidencia que no pretende ser aplicado en el supuesto de que concurra otra calificación más grave del hecho, por constituir ésta una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico. Particularmente son cuatro los grupos de casos en los que se considera que media dicha relación: en primer lugar, entre las distintas fases de realización de delito; en segundo lugar, entre los delitos de peligro y delitos de lesión; en tercer lugar entre las distintas formas de participación y por último, entre el delito imprudente y el delito doloso.

ESCUCHURI AISA¹³⁹ conforme a la idea básica anteriormente expuesta por MIR PUIG menciona como supuestos de subsidiariedad los siguientes:

En primer lugar, La subsidiariedad de fases delictivas anteriores frente a otras posteriores: en este tipo se engloban los distintos niveles o estadios de realización del delito (actos preparatorios-tentativa-consumación). Así, se reconoce la tentativa como subsidiaria frente a la consumación. Asimismo, se reconoce la subsidiariedad de las acciones preparatorias punibles frente a la tentativa y a la consumación de un delito.

Aunque es habitual que dentro de este principio se engloben aquellos delitos que, al ser realizados, incluyen otros tipos (denominados en ocasiones como delitos de paso, de progresión criminal o de actos anteriores copenados). La inclusión de este último grupo dentro de la subsidiariedad no es de opinión unánime, ya que no faltan autores ni resoluciones jurisprudenciales que los incluyen dentro del principio de consunción¹⁴⁰.

¹³⁷ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 174-175; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 321.

¹³⁸ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 665.

¹³⁹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004,175-179; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 321.

¹⁴⁰ La mayor parte de la doctrina española ha incluido los supuestos de progresión criminal dentro del principio de consunción. Así, por ejemplo, entre otros, ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 495; SÁINZ CANTERO, *PG*, 3ª, 1990, 374; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 178; CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 317. Por lo que respecta a la

En segundo lugar, la subsidiariedad de los delitos de peligro frente a los de lesión. Apelando al principio de subsidiariedad tácita se resuelven los casos de concurrencia del delito de peligro concreto y uno de lesión, y de un delito de peligro abstracto frente a uno de peligro concreto. La subsidiariedad de delito de peligro frente al de lesión presupone que el peligro es solo un estado previo a la lesión, pero no la sobrepasa. Por el contrario, cuando se trata de un delito de peligro abstracto no se admite la relación de subsidiariedad respecto al delito de lesión, al entender que estos delitos afectan a bienes jurídicos de la generalidad y, por tanto, tienen un significado propio. Ya que el peligro no se agota en la lesión producida, estos casos entrarían en el ámbito del concurso de delitos.

En tercer lugar, la relación entre las distintas formas de participación: concurso entre distintas formas de participación. Se considera que las formas de participación más graves desplazan a las menos graves: inducción, cooperación necesaria y complicidad son formas subsidiarias respecto a la autoría e, igualmente, la complicidad es subsidiaria respecto a la cooperación necesaria y la inducción.

Por último, otros supuestos: se considera subsidiario el delito imprudente frente al delito doloso; el delito de omisión respecto al de acción y el delito de omisión propio en relación con el delito impropio de omisión. No es posible establecer unas reglas fijas debido a la diversidad de combinaciones que pueden producirse, se sugiere: por un lado, atender a la estructura y al fin de protección de los distintos tipos y a la cuestión de cómo se puede tener en cuenta el total contenido de injusto y de culpabilidad del hecho, y por otro lado, se puede atender al comportamiento que esté amenazado con la pena más grave.

2.3. Principio de consunción

El principio de consunción¹⁴¹ se relaciona con el aforismo latino "*lex consumens derogat legi consumptae*" reflejado por el legislador en el art. 8.3 CP. La descripción

jurisprudencia para el TS los actos preparatorios o ejecutivos previos a la consumación del delito son absorbidos por el principio de consunción, V: las SSTS 530/2001, de 28 de marzo (RJ 2332) y 1211/2002, 29 de junio (RJ 8619).

¹⁴¹ Sobre este principio, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 125; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 155; RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 341; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 2005, 364.;

que normalmente se utiliza del principio de consunción coincide con el concepto del concurso de leyes: el desvalor (el contenido de injusto y de culpabilidad) comprendido por uno de los tipos aparece englobado en el desvalor tenido en cuenta por el otro. Puesto que esta definición es también apta para los demás principios mencionados anteriormente, el principio de consunción sirve concretamente como un criterio al que se debe acudir cuando uno de los preceptos que concurren es suficiente para valorar de forma exhaustiva el hecho y no existe una forma más específica de solución del concurso de leyes.

El principio de consunción se recoge en el art. 8.3 CP: “*El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*”.

Tal y como señala MIR PUIG¹⁴², el precepto no puede entenderse literalmente –ya que parece decir que la ley más general desplaza a la especial (lo cual sería incoherente con la regla primera del art. 8) o que el precepto más complejo puede ser uno especial (lo cual supondría una superflua reiteración de la regla de la especialidad) – sino que cuando se refiere al precepto *más amplio* alude al que suponga un desvalor más completo del hecho; y precepto *más complejo* será el que este asociado a la realización de otros sin que exista una vinculación lógica entre ellos.

En el campo del principio de consunción es donde se observa un punto de inflexión en lo referido a las relaciones lógicas, puesto que el pensamiento predominante es que con la realización de un tipo penal regularmente o de forma típica

MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al CP*, 2010, 49; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 473; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 667; ESCUCHURI AISA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 322; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *PG*, 2ª, 2014, 224; MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 298 ss.

¹⁴² V: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 178; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 666. Asimismo, en la STS 1385/1998, de 17 de noviembre (RJ 2000/8063): “*Con respecto al núm. 3 del art. 8 del CP, aunque no es muy clara la redacción parece llano considerar que se tratará siempre de que la norma que define un injusto material será aplicada cuando en su concepto se incluyan una serie de injusto cualitativamente inferiores. Pero aún ha de tomarse en tales casos la precaución de verificar si la norma absorbente recoge en su tipo todos los ataques a cualquier bien jurídico penalmente protegido en los tipos penales que engloba, porque, si así no fuera, hay que hacer objeto al no incluido de una punición separada*”.

se realiza simultáneamente otro delito (hecho acompañante típico) o bien que se comete un segundo delito con el objetivo de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo (hecho posterior copenado)¹⁴³.

Aunque el principio de consunción tiene una formulación tan general, actúa como *principio de recogida*, distinguiéndose dos grupos de casos¹⁴⁴:

Por el principio de consunción se pueden solucionar los supuestos del denominado hecho acompañante típico¹⁴⁵. Con esta denominación se hace referencia a casos en los que la realización de un determinado delito está unida a la realización de un segundo delito. Verificada esa regularidad, se recurre a dos tipos de argumentos que vienen a ser uno solo: por un lado, se recurre a que uno de los tipos ya abarca el desvalor delictivo del suceso que se enjuicia, ya que la otra realización típica presenta un contenido de desvalor tan mínimo que no es de apreciación; y, por otra parte, se hace hincapié en que el legislador ha tenido en consideración en la precisión del marco penal del precepto que consume la realización del otro tipo (el hecho que acompaña)¹⁴⁶.

¹⁴³ V, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, 1997, 47; SERRANO PIEDECASAS, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios al CP*, 2007, 82; ESCUCHURI AISA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 323.

¹⁴⁴ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 181; en: ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 323; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 666.

¹⁴⁵ V: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 473; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 822; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 666.

¹⁴⁶ V: CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 165. Esta autora cita como ejemplo: las expresiones injuriosas que se profieren en el momento de acometer a una autoridad o sus agentes o funcionarios públicos son irrelevantes si se castiga el delito de atentado; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 181 s.; CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 317. En este sentido, CEREZO MIR cita como ejemplo que los daños causados por la ruptura de una pared, de techo o suelo, o fractura de puerta o ventana, en la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o en el forzamiento de sus cerraduras, para acceder al lugar donde se hallan las cosas muebles ajenas, quedan consumidos por el delito de robo con fuerza en las cosas (art. 238.2º y 3º); MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 400. Los hechos que acompañan habitualmente a otro más grave y queda absorbido por él, con base en el principio de punición suficiente. Así por ejemplo: el delito de homicidio consuma las lesiones producidas en el

Es interesante, la jurisprudencia sobre la relación entre el delito de robo con violencia o intimidación y detención ilegal. Se reconoce que puede haber tanto concurso de leyes como de delitos, ideal o real, y el primero solo cuando el hecho de la detención es de escasa relevancia. Existe concurso de normas únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de la libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación¹⁴⁷.

acto letal, pero también los daños en las ropas de la víctima (aunque no la responsabilidad civil por ellos); asimismo los insultos injuriosos que profiere el homicida contra su víctima mientras lo mata no requieren pena propia; la tentativa de asesinato consume el delito de incendio con riesgo para la vida; los delitos de agresión sexual o abuso sexual consumen las lesiones psíquicas que se derivan del acto, así como los actos de exhibicionismos que los acompañan (TS Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional Sala 2ª 10 de octubre de 2003). En estos casos atendiendo a los elementos de valoración del hecho, ninguna de las leyes capta por completo el contenido de desvalor de acontecimiento global, pero la pena del más grave sí es bastante de acuerdo al principio de punición suficiente.

¹⁴⁷ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 183; MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 400. Véanse las SSTS 414/1995, de 10 de julio (RJ 5395), 897/1995, de 9 de mayo de 1996 (RJ 3810), 1539/1997, de 17 de diciembre (RJ 8769), 655/2000, de 11 de abril (RJ 2702), 1790/2000, de 22 de noviembre (RJ 8945), es preciso destacar la STS 1706/2002, de 9 de octubre (RJ 10043) en la que se delimitan los criterios para el concurso de normas o de delitos entre los delitos de robo y detención ilegal. Se podrá apelar al concurso de normas o de leyes en los casos de comisión más o menos instantánea de robo cuando por la mecánica de la comisión delictiva, hay una prolongación en el tiempo, de manera que el traslado forzoso de la víctima o de un rehén de un lugar a otro mientras se obtiene el objeto del delito se engloba en la intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Por lo que se aplica la regla de la consunción en el caso de que hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de la libertad ambulatoria. En caso contrario, es decir, cuando no se produce una coincidencia temporal, ya que consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o rehén esposado, atado o encerrado, en conclusión impedido de libertad ambulatoria, si esto se realiza en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por breves momentos, el ordinario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, estaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el segundo de detención ilegal a castigar en virtud del art. 73- 75 y 76 CP. Para concluir, es posible que sí exista una coincidencia temporal entre los dos delitos, ya que la detención se produce durante el episodio central del robo, mientras se están realizando las actividades necesarias para

Igualmente, aunque sin calificarlo como hecho acompañante característico, considera la jurisprudencia que el delito de allanamiento de establecimiento abierto al público (art. 203.1) queda consumido en el delito de robo con fuerza en las cosas. El TS, en la STS 876/1999, de 2 de junio, entiende que en estos preceptos se protegen dos bienes jurídicos distintos: por un lado, el patrimonio y, por otro, el secreto o la intimidad de carácter personal, profesional o mercantil que pueda existir en esta clase de establecimientos abiertos al público cuando se encuentran cerrados. Tras esta distinción, el TS considera: “*Si el hecho ha tenido un carácter exclusivamente patrimonial nos hallamos ante un concurso de normas, porque ha de entenderse que la sanción del delito de robo es suficiente para abarcar la totalidad de la significación antijurídica de la acción ilícita, que es lo ocurrido en el caso presente (absorción del art. 8.3.º CP) [...]*”¹⁴⁸.

Otro de los supuestos que se solucionan a través del principio de consunción o absorción es el de la relación concursal entre el delito de tráfico de drogas y el de contrabando. El TS¹⁴⁹ considera que la introducción de droga en España desde el exterior ya se entiende englobada en el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, ya que si no fuera así la pena resultante resultaría desproporcionada en relación al contenido de ilicitud y de culpabilidad del hecho. Por ello, el TS llega a la conclusión de que la introducción de la droga desde el extranjero constituye un *hecho acompañante*

el apoderamiento de la cosa, pero se realiza en un extenso periodo de tiempo durante el cual concurrentemente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal. En estos casos, desde el punto de vista de la valoración jurídica, la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no es posible su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este delito. Estaríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando esta Sala en casos de duración manifiestamente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del mencionado en primer lugar. En el caso concreto transcurrió unos treinta minutos desde que comenzó la acción criminal hasta que la víctima quedó en libertad con lo que estimó que no se daba tal exceso en la duración de la privación de libertad, por lo que no se apreció un concurso ideal de delitos.

¹⁴⁸ V: STS 876/1999, de 2 de junio (RJ 4132). Esta misma interpretación se mantiene, entre otras, en las SSTS 372/2003, de 14 marzo (RJ 2907), 587/2003, de 10 diciembre (JUR 2004/234543), 1080/2010, de 20 octubre (RJ 8157).

¹⁴⁹ Así por ejemplo, entre otras, SSTS 219/2000, de 22 febrero (RJ 707), 1053/2000, de 16 junio (RJ 5777), 1144/2000, de 4 septiembre (RJ 9767), 1621/2000, de 23 octubre (RJ 8790), 89/2002, de 25 enero (RJ 2634).

característico del tráfico de drogas prohibidas que normalmente no se producen en España, y que el legislador ya lo ha tomado en consideración por la frecuencia de su simultaneidad en la pena que prevé para el delito consumente.

El segundo grupo de casos, los hechos anteriores y posteriores impunes o copenados, es el más discutido, ya que en algunas ocasiones se les engloba en la subsidiariedad y otras se tratan fuera del concepto de concurso de leyes¹⁵⁰.

El denominado hecho posterior impune o copenado es un hecho independiente que realiza un nuevo tipo penal mediante el cual el autor intenta aprovechar, asegurar o utilizar la posición alcanzada con la realización del tipo principal. Partiendo de que se trata de un hecho diferente que realiza un nuevo tipo penal se debería aplicar un concurso real de delitos (art. 73), pero la doctrina y la jurisprudencia opta por aplicar el principio de consunción, siendo el delito principal la ley preferente¹⁵¹.

Como ejemplos de actos posteriores copenados, se puede mencionar los supuestos del ladrón que vende la cosa hurtada a un perista (se le castigaría por hurto pero no como inductor del delito de receptación)¹⁵²; o el ladrón que con intimidación roba al conductor de un vehículo y lo utiliza con posterioridad (la utilización ilegítima

¹⁵⁰ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 181; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 323.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 666; MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 400. MOLINA FERNÁNDEZ considera que hay actos posteriores a la consumación del hecho cuyo desvalor queda ya consumido por el delito previo. Esto sucede cuando se trata de actos dirigidos a obtener un aprovechamiento del delito, y que entrañan un ataque al mismo bien jurídico, por lo que no hay desvalor añadido que justifique un concurso de delitos.

¹⁵¹ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 186; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 323; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 666. A modo de ejemplo podemos destacar las siguientes sentencias: STS 88/1997, de 31 de enero de 1987 (RJ 881), la utilización de unas facturas falsas para aprovecharse de un delito de receptación se considera un comportamiento que forma parte del agotamiento del delito de receptación y por ello, es un hecho que resulta copenado con el mismo, por aplicación del principio de la consunción (art. 8.3). El TS añade que entre el delito cometido y el que constituye un hecho posterior, copenado con el primero, debe existir un nexo determinado, que es apreciable cuando el segundo hecho sea necesario para que el primero tenga sentido para el autor; la SAP Barcelona 744/2004, de 23 julio (JUR 283283); la SAP Barcelona 382/2005, de 22 abril (JUR 122327); la SAP Madrid 434/2011, de 8 noviembre (JUR 2012/34524); y la SAP Salamanca 5/2014, de 13 marzo (ARP 325), entre otras.

¹⁵² Ejemplo de CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 318.

de vehículo de motor constituiría un hecho posterior impune)¹⁵³; o el caso en que un sujeto recibe unas joyas para examinarlas gracias a un engaño destinado a apropiárselas (se le castigará solo por estafa y no por apropiación indebida)¹⁵⁴.

La innecesidad de un castigo independiente del tipificado en el hecho principal se justifica de forma diferente: la mayor parte de los autores consideran que con el castigo del delito principal queda ya englobado el hecho posterior (de ahí su denominación de hechos copenados)¹⁵⁵; otros autores¹⁵⁶ creen que la razón de esta innecesidad reside en que los hechos anteriores y posteriores forman una unidad de valoración de tal modo que la injerencia en el ámbito jurídico tiene una consecuencia exclusiva. Desde un tercer de punto de vista se rechaza que los actos posteriores desaparezcan o estén comprendidos en el delito principal. Entre ambos no existiría concurso de normas, sino de delitos¹⁵⁷, pero la razón de su impunidad hay que buscarla en que los actos posteriores están vinculados necesariamente al delito central encontrándose muchos de estos actos en la llamada fase de agotamiento del delito, y que, por tal motivo, se pueden considerar una continuación o terminación del delito base, aunque sean diferentes los bienes jurídicos afectados e incluso los sujetos pasivos de las acciones.

2.4. Principio de alternatividad

Finalmente, el último párrafo del art. 8 CP, recoge la regla establecida en el art. 68 CP 1944/1973, si bien con una importante novedad. Esta consiste, cabalmente, en

¹⁵³ Ejemplo de CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 166.

¹⁵⁴ Ejemplo de MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 667.

¹⁵⁵ V, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1977, 116; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 179.

¹⁵⁶ V: BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 5ª, 1998, 421. Este autor señala que: “la relación existente entre la realización del tipo principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la pena del primero”.

¹⁵⁷ V: CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 56 s. Según esta autora “estas conductas no se castigan por su escasa relevancia frente al hecho principal, pues se trata de conductas que se encuentran en la fase de agotamiento del delito central o de conductas que de llevarse a cabo supondrían una propia auto denuncia” (p.167); ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 187.

configurar el criterio de la “*mayor gravedad punitiva*” en principio expresamente subsidiario el resto de los consignados en el art. 8¹⁵⁸.

La regla 4ª del art. 8 CP establece que, en caso de que no sean aplicables ni los principios de especialidad, ni subsidiariedad, ni consunción, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor. Ello parece lógico, por cuanto si de un mismo hecho se ofrecen dos valoraciones distintas y ninguna queda excluida por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, la valoración de mayor gravedad parece traducir más fielmente la voluntad del legislador¹⁵⁹.

RODRÍGUEZ RAMOS¹⁶⁰ se cuestiona la constitucionalidad de la regla de alternatividad. Destaca el carácter superfluo del principio de alternatividad por coincidir con el de especialidad, de no ser así resultaría inconstitucional por atentar contra el principio *in dubio pro reo o favor rei* derivado del principio de legalidad de los delitos, ya que los derechos fundamentales deben interpretarse en el sentido más favorable a su efectiva vigencia.

Por otro lado, MIR PUIG¹⁶¹ resuelve finalmente que la única posibilidad de que no sean aplicables los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción es por un error o descuido del legislador que ha previsto el mismo hecho en dos preceptos, en este caso tampoco estaríamos ante un concurso de leyes, puesto que siempre será de aplicación el precepto más grave, quedando en consecuencia derogado el menos grave.

Pese a su carácter discutido parte de la doctrina¹⁶² intenta, por exigencias del principio de vigencia, encontrar un ámbito propio de aplicación al precepto, huyendo de

¹⁵⁸ V, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, 1997, 48; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al CP*, 6ª, 2010, 97; MOLINA FERNÁNDEZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico*, 2015, 401.

¹⁵⁹ V, entre otros, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 473.; GARCÍA ARÁN, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al CP. PG*, 2011, 64.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP I*, 1999, 343.

¹⁶¹ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 667.

¹⁶² V: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 180 ss.; CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 319. Estos autores consideran que la regla 4ª del art. 8 CP recoge la denominada subsidiariedad relativa o impropia, que entraría en juego cuando no son aplicables ninguna de las reglas anteriores (no se constata una relación de género-especie, ni cabe inferir ni de la redacción

la calificación de estos supuesto como errores legislativos. Para ello se recurre a la idea de interferencia entre los preceptos. El principio de alternatividad viene a resolver el concurso entre preceptos que presentan una zona común y otra privativa (se corresponde gráficamente con dos círculos secantes)¹⁶³: hay casos que realizan solo uno de los tipos, otros que realizan otros, y hay casos que realizan simultáneamente ambos. Frente a esto, MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN¹⁶⁴ acude al principio de alternatividad para “evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica”, o los que ven el principio de alternatividad una expresión formal de la consunción al entender que un mismo hecho aparece recogido en varios preceptos desde puntos de vista distintos, pero uno de ellos excluye al otro porque precisamente lo absorbe¹⁶⁵.

Los supuestos que se resuelven por el principio de alternatividad son, entre otros, los siguientes:

CEREZO MIR¹⁶⁶ cita como ejemplo de alternatividad las relaciones entre el art. 195 del CP que regula el delito de omisión del deber de socorro y el tipo del homicidio doloso por omisión (art. 138 relacionado con el art. 11 CP). Estos dos preceptos se comportan como círculos secantes: cada uno de los tipos tiene una zona propia y una zona común entre ambos. De este modo si a una persona desamparada y en manifiesto y

legal de los tipos ni de su posición sistemática que uno de ellos ha de aplicarse en defecto del otro y ambos contemplan exhaustivamente el desvalor del hecho), resolviendo el concurso a favor de la figura que establezca la pena más grave.

¹⁶³ V en este sentido, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, 1997, 48.; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 190; en: ROMERO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 324; SERRANO PIEDECASAS, en: ARROYO ZAPATERO/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ FERRÉ OLIVÉ/ GARCÍA RIVAS/ SERRANO PIEDECASAS/ TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios al CP*, 2007, 83.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 473.

¹⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 156. Este autor señala además y refiriéndose al CP anterior, que “si el desvalor de ambos fuese igual y las penas diferentes y por tanto de forma exclusivamente formal hubiese que aplicar la pena más grave (art. 68) habría un fallo legislativo, en cuyo caso procedería aplicar el art. 2. 2º CP”.

¹⁶⁶ CEREZO MIR, *Curso*, III, *Teoría jurídica del delito*, 5ª, 2005, 319.

grave peligro no se le presta socorro y fallece, si el sujeto que no prestó el socorro ocupa una posición de garante y pudo haber evitado el resultado de muerte, el concurso se resuelve en virtud del principio de alternatividad, aplicando el homicidio doloso por omisión.

En este sentido, podemos también citar la relación de alternatividad que media entre el delito de acoso sexual del art. 184.2 y el delito de amenazas condicionales del art. 171.1, de nuevo CEREZO MIR, a partir de la relación de interferencia indica que estos dos tipos presentan una zona común (acoso sexual realizado mediante el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal enlazado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación), y una zona propia de cada uno de los tipos (las amenazas condicionales pueden no consistir en el anuncio de un mal relacionado con las legítimas aspiraciones de la víctima en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, o no realizarse con un fin sexual, de este modo el acoso puede cometerse simplemente prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica). En el primer supuesto, en virtud, del principio de alternatividad, se aplicará el delito de amenazas condicionales puesto que es el precepto que prevé la pena más grave. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN¹⁶⁷ llegan a la misma solución, aunque inciden en la descoordinación penológica de ambos arts., al entender que cuando sean aplicables ambos preceptos a un mismo hecho carece de sentido que la finalidad sexual de la amenaza privilegie al que la haga, siendo que para la amenaza como tal está prevista mayor pena.

El TS resuelve en virtud del principio de alternatividad la relación entre el delito de apropiación indebida cometido por la gestión desleal del administrador que hace disposiciones en perjuicio de la entidad y el delito societario del art. 295 CP¹⁶⁸.

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8ª, 2010, 473.

¹⁶⁸ V: las SSTS 224/1998, de 26 de febrero (RJ 1196), 1801/2000, de 15 de diciembre (RJ 9763), de carácter más actual destacamos la STS 678/2006, de 7 de junio. *“Y respecto a la aplicación que se solicita de delito societario previsto en el art. 295 CP del vigente CP, en concurso de delitos con lo de apropiación indebida, es doctrina de esta Sala, como es exponen la STS 224/98, de 226 de febrero, la que declara que será inevitable que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 CP, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos arts. parcialmente se solapan. Y estaríamos ante un concurso de normas y no delitos como se solicita por la acusación particular en el presente*

III. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL CONCURSO DE LEYES PENALES

Tal y como se ha explicado con anterioridad, el concurso de leyes supone la realización de varios tipos pero uno de ellos es suficiente para agotar el contenido de desvalor del hecho, los otros tipos quedan desplazados, absorbidos por el tipo prevalente. Si se aplicaran los dos tipos supondría una doble valoración del mismo contenido de injusto, o la vulneración del principio *non bis in idem*. La consecuencia jurídica para el concurso de leyes en el ámbito de la determinación de la pena no es más que la aplicación de la consecuencia jurídica del tipo que prevalece sobre los desplazados¹⁶⁹.

ESCUCHURI AISA¹⁷⁰, basándose en la doctrina alemana, considera que esta idea permite trazar una línea de distinción entre el concurso de delitos y el concurso de leyes en el plano de las consecuencias jurídicas. Tal y como explica esta autora, la doctrina alemana reconoce que en el concurso de leyes una acción cae bajo varios tipos pero que uno de ellos excluye a los otros, de manera que solo una norma es aplicable. La consecuencia jurídica del concurso de leyes consiste en que una ley penal desplaza a la otra y la excluye, y esta ley desplazada ni siquiera aparece en la sentencia. Sin embargo, no niega cierto significado a la ley desplazada, ya que ésta puede ser tomada en cuenta a la hora de determinar la pena. De modo que se ha ido abandonando el principio de absorción delictiva plena y lo han sustituido por el principio de combinación, de forma que se ha acabado reconociendo que todos los principios válidos para el concurso ideal también lo son en el ámbito del concurso de leyes.

recurso, y eso es lo se ha hecho por el Tribunal de instancia, acorde con la doctrina de esta Sala". El TS resuelve otras situaciones de concurso de leyes en virtud de la regla de la alternatividad en otros casos, por ejemplo: STS 975/2002, de 24 de mayo "El art. 8.4 CP dispone que el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor, debiendo tenerse en cuenta la pena que en abstracto corresponda a las distintas infracciones"; STS 1182/2006, de 29 de noviembre. "Sobre el delito contra la ordenación del territorio en concurso de leyes con delito contra el medio ambiente".

¹⁶⁹ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 196; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 471.

¹⁷⁰ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 197 ss.

También PEÑARANDA RAMOS¹⁷¹, refiriéndose a la doctrina alemana, advierte que en el concurso de leyes la ley desplazada puede afectar a la determinación del marco aplicable. Esto sucede cuando la ley desplazada impone un límite mínimo más alto que la ley prevalente, en este caso se produce el llamado *efecto oclusivo de la ley desplazada o menos grave*, no se podrá imponer una pena por debajo de ese límite. Esto no sería de aplicación en el caso de la ley preferente contiene un privilegio, porque no se puede excluir, siendo posible que el tribunal pueda imponer las penas accesorias y las medidas previstas en la ley desplazada. Aunque se admite que la ley o leyes que han sido desplazadas pueden tener influencia en la medición de la consecuencia jurídica, esta actuaría en sentido agravatorio dentro del marco penal de la norma preferente, siempre y cuando la norma que ha sido desplazada pueda contribuir a la fijación de la pena desde un punto de vista adicional, pues no supondría una vulneración del *non bis in idem*. La contribución de estos factores ha diluido la barrera entre el concurso de leyes y el concurso ideal. La única diferencia que hace único el concurso ideal es la función de clarificación o esclarecimiento, porque mediante el enjuiciamiento de los hechos que concurren idealmente se clarificaría el ámbito del actuar delictivo, es decir, en el propio contenido de la sentencia quedaría reflejados todos y cada uno de los preceptos que hayan sido vulnerados, reflejando sin lugar a dudas el contenido de lo injusto y de culpabilidad del hecho.

Por lo que respecta a la doctrina española se ha considerado que muchos de estos efectos no pueden ser trasladados al sistema español de determinación de la pena¹⁷². En consecuencia, la línea divisoria entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes penales en nuestro Derecho no estaba tan diluida como en el Derecho alemán, sin embargo, en el CP anterior se podían encontrar algunos resquicios al llamado efecto

¹⁷¹ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 57. En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, admite también el efecto oclusivo de la ley penal más benigna en los casos de concurrencia de un tipo cualificado y uno privilegiado que se deriven de un mismo tipo básico para reflejar la preferencia por el privilegiado.

¹⁷² Así lo reconocen PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 58.; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 189.

cierre o efecto oclusivo de la ley más benigna, a modo de ejemplo podemos destacar la STS de 6 abril de /1988¹⁷³.

Finalmente debemos añadir, que no es posible el reconocimiento de efectos al precepto desplazado si se pretende respetar la esencia del concurso de leyes. Si la característica principal de este es que uno de los preceptos concurrentes agota el total desvalor del hecho, debería ser suficiente con la aplicación de la consecuencia jurídica prevista para este precepto, además de que la solución contraria podría suponer una infracción del principio de legalidad, ya que el art. 8 obliga a castigar el hecho por el precepto que resulte prevalente (el especial, el principal, el más amplio o complejo o el más grave)¹⁷⁴.

¹⁷³ STS 2473/1988, de 6 abril (RJ 2473) La posibilidad de que un mismo hecho (unidad de acción) sea calificado en virtud a dos o más preceptos no puede tener como consecuencia la reducción del mínimo de la pena prevista para uno de los delitos. Por ello, en los supuestos de aplicación del art. 68 CP antiguo la pena imponible nunca podrá ser menor que el mínimo mayor que se prevé en los marcos penales de las leyes que concurren, cualquiera que sea la ley en la que dicho mínimo se halle. Ello es consecuencia de un *efecto cierre* que la pena mínima más grave tiene tanto en el concurso ideal de delitos como en el concurso aparente de leyes, con el objetivo de evitar que el concurso sea finalmente una circunstancia de atenuación. Este efecto cierre del mínimo de la pena menos grave se aplica sobre el marco penal de la pena más grave, pero con mayor alcance en la atenuación, limitando las facultades de reducción penal que la ley concede al Tribunal. Por último, es importante destacar que tanto en el concurso ideal de delitos como en el concurso aparente de leyes rige un principio por el que *el autor de la infracción no se debe beneficiar por el hecho de que su acción esté descrita en varios tipos penales*, traducido en la práctica supone el *efecto cierre o clausura*, que define que la pena correspondiente no pueda ser más beneficiosa que si se hubiera realizado solo el hecho menos gravoso.

¹⁷⁴ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 201-202.

CAPÍTULO CUARTO. CONDICIONES DE POSIBILIDAD Y DE NECESIDAD DE FORMACIÓN DE ESTRUCTURAS Y REGLAS CONCURSALES EN DERECHO PENAL

I. LAS CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE LOS FENÓMENOS CONCURSALES

Como se ha visto, la doctrina mayoritaria¹⁷⁵ fundamenta la teoría del concurso de leyes principalmente en el *non bis in idem*. De los diferentes criterios de solución del concurso de leyes y de los grupos de casos incluidos en cada uno de los criterios de solución, su interpretación crea diversas opiniones acerca del propio significado del concurso y de las consecuencias prácticas resultantes de su aplicación¹⁷⁶.

Como se ha explicado, la singularidad de las disposiciones concursales radica en que el supuesto de hecho engloba varias realizaciones típicas imputables a un mismo sujeto y, en virtud de la relaciones que existe entre las mismas, se establece una determinada consecuencia jurídica. Podemos señalar como presupuestos¹⁷⁷ para la

¹⁷⁵ V: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 119.; GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 31; DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones*, 1998, 351. DE LEÓN VILLALBA considera que “ante una conducta subsumible en varios tipos de ilícitos, debemos elegir aquella cuya aplicación cubre el total del injusto realizado, desplazando el resto, de forma que si se aplica cualquier otra sanción, derivada de otro tipo, supondría una violación de principio *non bis in idem*, en tanto que implicaría la doble punición de un mismo hecho” (p. 155); CASTELLÓ NICÁS, *Concurso de normas*, 2000, 50. Esta autora admite que “este principio debe aceptarse como punto de referencia y punto de partida para especificar si estamos ante un concurso de normas o ante un concurso de delitos, siendo el elemento determinante la presencia de un solo bien jurídico o más de ellos”; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 819. “Las reglas que resuelven esos concursos aparentes son lógica consecuencia de la prohibición de castigar dos veces al mismo hecho”; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 662. Igualmente la jurisprudencia apela al *non bis in idem* para determinar los límites entre el concurso de leyes y el concurso ideal: véase, entre otras, las SSTs 15 de octubre de 1998 (RJ 8078), 17 de noviembre de 1998 (RJ 2000/8063), 20 de junio de 2001 (RJ 9984).

¹⁷⁶ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 353.

¹⁷⁷ GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP III*, 1999, 918.

aplicación de los preceptos concursales: unidad de sujeto activo, la concurrencia de varias leyes penales en el comportamiento del sujeto y unidad de enjuiciamiento¹⁷⁸.

1. Unidad subjetiva

Es el primer presupuesto para la aplicación de los preceptos concursales, la identidad del sujeto activo del delito y pasivo de la sanción: consiste básicamente en la calificación de la conducta del sujeto activo para determinar la solución respecto a este mismo¹⁷⁹.

La identidad del sujeto activo aparece como un requisito evidente, pero es un elemento que no se debe perder de vista sobre todo cuando se entremezclan cuestiones de participación y de concurso. La aplicación de las reglas concursales está enlazada con la conducta de un sujeto concreto y tiene relevancia solo respecto del mismo, por lo que, en los supuestos de codeincuencia hay que analizar las cuestiones concursales individualmente, cada uno de los sujetos por separado. Esta interpretación se proyecta en doble sentido referida al concurso de leyes y al concurso de delitos¹⁸⁰.

Al concurso de leyes se le reconoce una naturaleza estrictamente personal¹⁸¹. Lo cual exige una valoración individualizada de cada una de las personas intervinientes en el hecho, ya que el desplazamiento de uno de los preceptos, característica principal del concurso de leyes, no se produce de forma absoluta sino en referencia a una sola persona¹⁸². Esto tiene especial relevancia en supuestos de participación y sirve para poner de manifiesto la estrecha relación entre la teoría de la participación y la teoría del concurso de leyes. Aunque la naturaleza personal se ha vinculado fundamentalmente a los hechos posteriores copenados o impunes (en tanto que se considera posible castigar

¹⁷⁸ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 355-356. Respecto a los presupuestos para la constitución de una situación concursal, en el ámbito del DP, esta autora indica que aparecen situaciones en las que un suceso fáctico lleva a cabo el supuesto de hecho de varias leyes penales, cada uno de los supuestos de hecho tiene una consecuencia jurídica. El límite para la constitución de una situación concursal se establece por la existencia de una sentencia condenatoria, pues los hechos que se hayan cometido después de esa sentencia no podrán englobarse en una situación concursal (pp. 56 ss.).

¹⁷⁹ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 356.

¹⁸⁰ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 357.

¹⁸¹ V: GRACIA MARTÍN, en: DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1990, 165; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 157 ss.

¹⁸² ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 357.

la participación en el hecho posterior que resulta impune para el autor), también debe reconocerse en relación con las otras categorías del concurso de leyes, es decir, supuestos resueltos en virtud de las reglas de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad¹⁸³.

2. Concurrencia de varias realizaciones típicas

Este es un requisito¹⁸⁴ común y característico de todas las situaciones concursales, tanto del concurso de leyes como del concurso de delitos. Quiere decir que la conducta del sujeto cumple los requisitos típicos de varias figuras delictivas.

Este hecho no ha sido objeto de discusión en el ámbito del concurso propio (concurso de delitos), ni en el ámbito del concurso de leyes.

En el siguiente apartado tendremos la oportunidad de comprobar que hay que hacer hincapié no tanto en la existencia de una pluralidad delictiva sino en la manera de resolver los supuestos de concurrencia de pluralidad de realizaciones típicas, que en algunos casos serán susceptibles de valoración independiente y darán lugar a un concurso de delitos y, en otros, se valoran como un único delito (así en el concurso de leyes y en el delito continuado)¹⁸⁵.

3. Unidad de enjuiciamiento

La unidad enjuiciamiento es el tercer requisito, de naturaleza procesal. En virtud de la regulación de nuestro CP esta condición se debe entender como la posibilidad en abstracto de enjuiciamiento unitario, no así como la efectiva unidad de enjuiciamiento. Esta cláusula tiene especial relevancia en el caso del concurso real de delitos, ya que el

¹⁸³ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 187. En la tesis de PEÑARANDA RAMOS se hace especial hincapié en los supuestos de exceso del autor principal, y admite que el partícipe en cuanto tal no responde de dicho exceso, véase por ejemplo: el inductor persuade a producir la muerte de una persona en circunstancias que no excluyan la posibilidad de que la víctima se defienda, constitutivo de homicidio, por tanto, el autor ejecuta el hecho con la circunstancia de la alevosía, lo que nos llevaría a un asesinato. Se rechaza la posibilidad de castigar al extraño que sea partícipe en un delito por un concurso de leyes, sin embargo, en un supuesto de error, el partícipe puede ser hecho responsable del delito al que quiso prestar su contribución (pp. 158-162).

¹⁸⁴ Sobre este requisito, véase, entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, 1991, 182.; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 359.

¹⁸⁵ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 359.

CP impone como exigencia para poder aplicar los límites del sistema de acumulación de penas del concurso real un enjuiciamiento conjunto de los delitos, aunque también basta con la posibilidad en abstracto de tal enjuiciamiento, en el caso de que se tratase de infracciones conexas (art. 17 LECr)¹⁸⁶.

En un supuesto de concurso de leyes se produce exclusivamente el castigo del delito preferente, por lo que el tipo penal desplazado no se menciona en el tenor literal del fallo, el enjuiciamiento de una pluralidad de hechos que concurran en concurso de leyes, se lleva a cabo como un único delito. Sin embargo, ese tipo penal desplazado se cumple, no quiere decir que sea inexistente, esto conlleva que esa ley desplazada pueda contribuir a la sanción de diversos modos cuando el delito preferente, o no pueda ser sancionado, o no se considera un castigo suficiente¹⁸⁷.

II. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE ACCIONES

Entre los presupuestos destacados en el apartado anterior para la constitución de una situación concursal se ha mencionado la existencia de una pluralidad de realizaciones típicas¹⁸⁸. Los mencionados preceptos concursales tienen como fin primordial determinar *sí y cómo* se imputan esa pluralidad de realizaciones típicas a un sujeto determinado (si tenemos en cuenta que se dan el resto de los presupuestos de la

¹⁸⁶ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 359-360. El art. 76.1 e) se establece una regulación específica para el caso del concurso cuando uno de los delitos cometidos esté castigado con la pena de prisión permanente revisable: “e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis”. Los criterios que determinan la conexión se encuentran recogidos en el art. 17 de la LECr: “*Considérense delitos conexos: / 1.º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengán sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. / 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiese precedido concierto para ello. / 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. / 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. / 5.º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados*”.

¹⁸⁷ ROXIN, *PG II*, 2014, 1017.

¹⁸⁸ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 365-368; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 316-318.

punibilidad al sujeto se le va a hacer responsable de un delito o de varios, y en este último caso cómo se determina la pena).

Nuestro sistema penal posee dos características importantes: por un lado, está compuesto por tipos diferenciados de conductas específicas punibles, que la ley define en coherencia con la exigencia del principio de legalidad recogido en el art. 1.1 y 10 CP. De este modo, tanto el Juez como el ciudadano saben con qué pena están castigadas cada una de estas conductas punibles; por otro lado, los tipos constituyen un auténtico sistema, y están estructurados a partir de la conexión con los bienes jurídicos; estamos refiriéndonos al principio de intervención mínima, quiere decir que los bienes jurídicos se protegen de modo fragmentario, solo ante las formas más graves de agresión. Así la ley penal selecciona aquellas acciones que por su gravedad deben castigarse con una pena, es con esta selección con la que se atribuye la característica de tipicidad, a cada uno de estos tipos el legislador le aplica una determinada consecuencia jurídica de modo que, si se realiza el tipo se aplicará la sanción jurídica correspondiente.

El problema está en la determinación de las realizaciones típicas, es decir, identificar o individualizar las realizaciones típicas, fundamental para comprobar efectivamente si interviene o no la normativa concursal. Para su resolución se acude a la de acción¹⁸⁹ y sus distintas manifestaciones.

¹⁸⁹ V: CEREZO MIR, *Curso, III, Teoría jurídica de delito*, 5ª, 2005, 289; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 713. La unidad de acción se determina por dos factores: en primer lugar, por un factor finalista, por el cual constituyen una única acción todos los actos humanos dirigidos a la consecución de un mismo fin. Considera que este criterio no es suficiente, por lo que hay que añadir un factor normativo; en segundo lugar el factor normativo, viene representado por la valoración jurídico-penal comprendida en los tipos, ya que en algunas ocasiones los tipos hacen cortes en una serie de actos dirigidos a la consecución de un mismo fin, y cada corte constituye una unidad de sentido. Por el contrario, la ejecución simultánea de varios movimientos corporales no se reconoce como acción el sentido natural (se identifican así como acciones naturales un golpe, un puñetazo, un disparo...), porque la unidad acción no se ampara en la coincidencia temporal o simultaneidad de dos comportamientos, sino que la acción se establece con la misma actuación volitiva (referida al *impulso de la voluntad*).

1. Unidad natural de acción

La unidad natural de acción trata de demostrar por qué una pluralidad de acciones naturales se agrupan y aprecian como una unidad de acción en sentido jurídico¹⁹⁰.

Según ROXIN¹⁹¹ hay unidad natural de acción “*cuando el agente pone operativa la voluntad unitaria dirigida a la consecución de un resultado en el mundo exterior a través de una pluralidad de actos uniformes y esos actos operantes individuales a causa de su conexión espacial y temporal es objetivamente reconocible que pertenecen de tal modo al mismo grupo que forman una acción según la normal concepción de la vida*”. Se establecen cuatro criterios que deben darse juntos para la unidad natural de acción: una voluntad única; una pluralidad de actos uniformes; una estrecha relación conexión espacial y temporal de los actos individuales; y su pertenencia al mismo grupo reconocible también objetivamente y para un tercero. En virtud de estos cuatro criterios resultan la realización típica iterativa y la sucesiva como los dos grupos de casos que deben ser reconocidos como supuestos de unidad natural de acción.

1.1. La realización iterativa del tipo

Se da una realización iterativa del tipo¹⁹² cuando un individuo a través de una pluralidad de actos únicos, de forma similar y en rápida sucesión, realiza siempre el mismo tipo penal.

Tales supuestos están englobados en la unidad natural de acción porque son semejantes en todos los aspectos relevantes a los casos de unidad típica de acción en los que varios actos concretos ya son incluidos por la norma.

De nuevo ROXIN se pregunta si es posible castigar en unidad natural de acción cuando son actos que dañan diferentes bienes jurídicos. Se reconoce tal posibilidad en el

¹⁹⁰ Sobre el concepto de unidad natural de acción y su aplicación a la teoría del concurso, de leyes y de delitos, véase, ampliamente, ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 371 ss.

¹⁹¹ ROXIN, *PG II*, 2014, 949.

¹⁹² Sobre el concepto de realización reiterativa del tipo, ROXIN, *PG II*, 2014, 950 s. Podemos citar como ejemplo: una paliza que propina el autor a la víctima, ya que esta se compone de tantos actos únicos como golpes ha repartido, pero será castigado por un delito de lesiones, no por cada uno de los actos individuales.

caso de que no se trate de bienes jurídicos personalísimos, sobre todo se dará en delitos contra la propiedad y el patrimonio.

1.2. *La realización sucesiva del tipo*

Se da una realización sucesiva del tipo¹⁹³ cuando el autor para llegar al resultado atraviesa por diferentes etapas. Es decir, si el sujeto recorre el estadio de la tentativa en virtud a su plan y sin interrupciones, en este caso habrá que hablar de una unidad típica de acción, porque la tentativa es un segmento del complejo de la realización del tipo. En el caso de que se ejecuten tentativa y consumación forman exclusivamente una acción en sentido natural.

Surge el problema al igual que en la realización iterativa del tipo, de si se podrá seguir apelando a unidad de acción cuando no solo se interrumpe la ejecución sino que incluso en un momento intermedio es abandonada la voluntad de cometer el hecho. ROXIN¹⁹⁴ acepta una unidad natural de acción y declara que “*la continuación ininterrumpida de la decisión delictiva no es imprescindible*” y en su lugar se atiende a “*cómo se le presentan las actividades diferentes a un tercero observador*”.

2. Unidad típica de acción

Bajo la denominación de *unidad típica de acción* o *unidad jurídica o normativa de acción* se aborda la problemática de la unidad de acción desde la perspectiva de un solo tipo, aunque desde la perspectiva natural estamos ante una pluralidad de actos, existe una sola acción en sentido jurídico. Dentro de esta conceptualización se engloban la unidad típica en sentido estricto y unidad típica en sentido amplio¹⁹⁵.

2.1. *Unidad típica en sentido estricto*

Por un lado, puede darse el supuesto de una sola acción natural, varios actos y una unidad típica de acción. Para localizar qué segmento o segmentos de unidad natural

¹⁹³ Sobre la realización sucesiva del tipo, véase, GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al CP III*, 2000, 926; ROXIN, *PG II*, 2014, 953 s. Como ejemplo podemos citar: autor que a punto de forzar un local cuando se acerca un coche patrulla de la policía, y abandona su resolución de cometer el hecho, pero como finalmente el coche patrulla pasa de largo sin percatarse de su presencia, comete el hecho, en una unidad natural de acción.

¹⁹⁴ ROXIN, *PG II*, 2014, 949.

¹⁹⁵ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 375.

de acción, compuestos por varios movimientos corporales, se consideran una única realización del tipo hay que atender a la redacción típica. De este modo, tenemos tipos de cuya redacción se deduce la integración en el mismo como una sola realización, la ejecución de varios actos. Nos referimos a los siguientes supuestos¹⁹⁶:

En primer lugar, a la repetición de actos homogéneos integrados en una unidad natural de acción¹⁹⁷. En segundo lugar, la realización de actos heterogéneos integrados en una unidad natural de acción, llamados delitos compuestos¹⁹⁸. En tercer lugar, se engloban aquellos supuestos en que cada uno de los actos que componen la unidad típica resultaría ya susceptible de integrar un nuevo tipo independiente denominado como delito complejo¹⁹⁹. En cuarto lugar, a veces el tipo establece la posibilidad de diferentes modalidades de comisión, por lo que si se realiza una de ellas o varias se comete una sola unidad típica, denominados tipos mixtos alternativos, todos ellos responden a un solo y mismo ataque al bien jurídico. Frente a estos tipos mixtos alternativos encontramos los tipos mixtos acumulativos, la realización de dos o más de las posibilidades que el tipo dispone da lugar a la comisión de dos o más delitos²⁰⁰. Por

¹⁹⁶ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 375; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 316; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 714.

¹⁹⁷ V: GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 714; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 651. Un ejemplo de delito de varios actos sería el de robo con violencia, ya que requiere el apoderamiento y la violencia o intimidación.

¹⁹⁸ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 376; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 715. Un ejemplo de delito compuesto sería el de robo de cosas muebles ajenas accediendo al lugar del hecho con el uso de unas llaves perdidas.

¹⁹⁹ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 376; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 715 s. Un ejemplo de delito complejo sería el robo con fuerza con apoderamiento en las cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro, rompiendo la puerta con el objetivo de acceder al lugar donde estas se encuentran, constituiría un delito de hurto o robo exclusivamente.

²⁰⁰ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 376; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 716. En el art. 238 CP se establece lo siguiente: “*Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: /1.º Escalamiento. /2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana. /3.º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. /4.º Uso de llaves falsas. /5.º Inutilización de sistemas específicos de*

último, el delito permanente, se caracteriza por ser una figura delictiva en la que la acción produce la creación de una situación jurídica perdurable que el sujeto mantiene voluntariamente. Por lo que hablamos de una continuación de la situación típicamente antijurídica, todo ello debido a la voluntad del agente, que no cesa en dicho estado. Es suficiente con la realización de la conducta típica para su conservación, pero la continuación de esa conducta no incrementa el número de delitos²⁰¹.

Por otro lado, pueden darse varias acciones naturales pero una unidad típica. También es posible que el tipo construya como unidad típica lo que en realidad son varias unidades de acción en sentido natural, sería el caso del delito habitual²⁰².

2.2. *Unidad típica en sentido amplio*

A veces la realización de varios actos pertenecientes a una unidad natural de acción, cada uno de los cuales podría entenderse como una realización de una unidad típica, se llevan a cabo en unas determinadas condiciones que llevan a la conclusión de que se ha realizado un único delito²⁰³. Es necesario que esta conclusión se derive de una interpretación del tipo en virtud de su finalidad y con las valoraciones sociales. Se comprenden todos esos actos juntos como una sola realización del tipo. Para que se puedan apreciar en tales casos esa unidad típica se exigen los siguientes requisitos o elementos²⁰⁴:

alarma o guarda". Si se comete un escalamiento a una ventana, rompe esa ventana para acceder, y fuerza el lugar donde se halle lo que quiera robar, se realiza exclusivamente una sola acción típica de robo, por lo que constituirían un tipo mixto alternativo. En cuanto a los tipos mixtos acumulativos, podemos citar como ejemplo el delito del art. 245 CP "*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*". Si ocupa una cosa inmueble y también usurpa un derecho real inmobiliario (como la habitación) comete dos delitos diferentes de usurpación.

²⁰¹ V: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, 116; ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 376; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 716. Sería el caso de unas detenciones ilegales, en las que el autor lleva a cabo una pluralidad de acciones con el objetivo de que la víctima no pueda escapar, todas ellas se incluyen en una sola realización del tipo.

²⁰² GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 716.

²⁰³ ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 376; en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *PG*, 2013, 317.

²⁰⁴ GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 717.

En primer lugar, la contextualidad o estrecha conexión espacial y temporal²⁰⁵ entre las diversas acciones típicas. En segundo lugar, la elevación cuantitativa de la lesión al bien jurídico protegido, o intensificación de injusto típico, por lo que en supuestos de lesión a bien jurídicos inminentemente personales se requiere también unidad de sujeto pasivo. Y por último, la existencia de una culpabilidad unitaria o situación de motivación o unidad de fin desde la perspectiva subjetiva²⁰⁶.

Por último, es posible incluir en los supuestos de unidad típica en sentido amplio los casos de progresión delictiva pasando por fases anteriores ya punibles. Se realizaría una sola acción típica por ejemplo, en caso de homicidio quien mata a su víctima y en esa única acción se engloban actos preparatorios y la tentativa²⁰⁷.

²⁰⁵ GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem*, 1995, 122. Podemos citar como ejemplos, la sucesión de palabras injuriosas, los sucesivos golpes productores de lesiones, continuas sustracciones en una estrecha conexión espacio-temporal. Todos estos ejemplos, suponen por si mismos un solo tipo, sin embargo, conformarían una unidad típica de acción en sentido amplio y por tanto, una unidad delictiva.

²⁰⁶ GIL GIL/MELENDO PARDO/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 717. V. por ejemplo, la acción típica de asesinato quien arremete tres puñaladas seguidas sobre la víctima; o una única acción típica de hurto quien entra y sale varias veces seguidas, con estrecha conexión espacio o temporal, de un almacén con mercancía para depositarla en un mismo lugar, con objeto de llevarse todas a la vez.

²⁰⁷ V: ESCUCHURI AISA, *Concurso de leyes*, 2004, 377; GIL GIL/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *PG*, 2011, 717. Bajo esta denominación se engloban aquellos supuestos en los que el autor ha llevado a cabo una pluralidad de actos que finalmente llevan a la consumación del delito pero con la característica de que durante la ejecución ha habido varias tentativas fallidas. El problema que surge en estos supuestos es el de determinar si esos actos previos merecen o no una valoración independientes. El criterio decisivo para solucionar saber si se trata de una unidad de acción es el mantenimiento motivacional en una situación de hecho unitaria.

CONCLUSIONES

Podemos tomar como punto de partida la expresión “*concurso de leyes en sentido amplio*” para denominar aquel fenómeno en el que aparece como teóricamente aplicable a un suceso fáctico una pluralidad de preceptos legales. Dentro de esta designación hay que distinguir: por un lado, los supuestos en los que se aplican de forma cumulativa todos los preceptos legales concurrentes, porque resulta necesario para poder valorar de modo completo el suceso propio (concurso propio); y por otro lado, los casos en que no es posible esa aplicación conjunta, este sería el concurso impropio o concurso de leyes en sentido estricto. En cuanto al concurso de leyes en sentido estricto, consideramos que es rechazable aquella postura que define esta figura a partir de la imposibilidad de una subsunción plural del hecho en distintos preceptos. Y entendemos que se trata de un fenómeno que afecta a la aplicabilidad y eficacia de las leyes concurrentes en relación con un caso concreto, presuponiendo la subsunción plural del hecho en distintos preceptos, es decir, exige la realización de los requisitos típicos de varias figuras delictivas.

Para resolver los supuestos en que efectivamente concurren varios preceptos penales en la calificación y enjuiciamiento de un suceso real, surge la normativa concursal como una normativa superpuesta a los preceptos legales individualmente considerados. De este modo, las normas concursales aparecen como normas de segundo nivel respecto de las de la PE, que son las de primer nivel. Con la aplicación de estas normas se resuelven dos tipos de problemas: por un lado, la aplicabilidad de todos o uno de los preceptos legales concurrentes en el mismo suceso (distinguiendo así el concurso de delitos y el concurso de leyes); y por otro lado, se determina la consecuencia jurídica concursal aplicable a cada caso concreto. Esta consideración de la normativa concursal conlleva irremediabilmente a englobar en la misma al concurso de leyes, ya que aunque finalmente se aplica un solo precepto con su correspondiente consecuencia jurídica, es previamente cuando se presentan varios preceptos aparentemente aplicables.

Una vez asumida la fundamentación del concurso de leyes en el principio *non bis in idem*, reconducible a su vez a los principios de legalidad y de proporcionalidad. Conforme al principio *non bis in idem* afirmamos que en el concurso de leyes basta con la aplicación de uno solo de los preceptos para valorar de forma exhaustiva el total

desvalor del hecho, puesto que la toma en consideración de los restantes implicaría una doble valoración y un doble castigo de un mismo contenido de injusto. Junto a él, aparece otro principio decisivo en el ámbito concursal al que se ha concedido menos importancia: el principio de íntegra valoración o valoración global del hecho. Aunque una parte de la doctrina cree que estos principios se repelen, en realidad son complementarios, y pueden reconducirse a otro principio: el de proporcionalidad. Dentro de este último cabe distinguir dos aspectos: uno negativo que se identifica con la prohibición de establecer consecuencias que superen la medida de lo injusto y de la culpabilidad, y un aspecto positivo, es decir, que las consecuencias jurídicas impuestas sean adecuadas al contenido de lo injusto y de culpabilidad. Es este doble aspecto el que se corresponde con los dos principios concursales básicos: el *non bis in idem* y el de *íntegra valoración del hecho*.

En el concurso de leyes dado que su supuesto de hecho se caracteriza porque uno de los preceptos abarca por completo el contenido de lo injusto y de culpabilidad del hecho, la consecuencia jurídica aplicable no puede ser otra que la aplicación del marco penal previsto en el precepto prevalente. Esto significa que si uno de los preceptos no es capaz de valorar por sí solo el total contenido de injusto del hecho no se habrá realizado el supuesto de hecho del concurso de leyes penales. La aplicación de su consecuencia jurídica no resultaría en estos casos proporcionada a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad, al dejar sin valorar una parte que es penalmente relevante; se infringiría el principio de proporcionalidad en su vertiente positiva. Se denuncia la vulneración del principio *non bis in idem* cuando las figuras concurrentes presentan elementos de injusto comunes. Los requisitos para aplicar la prohibición de *bis in idem* son tres: identidad de sujeto, hecho y fundamento. Una vez constatada la unidad de sujeto y de hecho queda por analizar la identidad de fundamento. Deducimos por tanto que, para tener en cuenta una posible infracción del *non bis in idem* no hay que limitarse a constatar una posible coincidencia de elementos típicos, sino que hay que comparar el significado de los tipos globalmente considerados y solo cuando su significado sea coincidente, es decir, cuando el desvalor de uno de ellos esté por completo contenido en el otro, la aplicación conjunta de los preceptos en el caso concreto supondrá un *bis in idem* prohibido.

Una vez eliminado el conflicto entre el principio *non bis in idem* y el principio de íntegra valoración del hecho, debemos replantearnos la vigente intelección del concurso de leyes penales y de sus principios de solución. Debemos destacar con carácter previo que no son los tipos abstractamente considerados los que entran en concurso de leyes, sino que el aplicador de la ley debe solucionar el concurso que se plantea entre varias realizaciones típicas.

De las reglas de solución del concurso de leyes (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) englobadas en el art. 8 CP, han sido en particular las de consunción y alternatividad, y en menor medida la subsidiariedad, las utilizadas para dar cabida a supuestos que, no se corresponden con la definición del concurso de leyes. El principio de consunción, en tanto que no contiene rasgos específicos que concreten el concepto de concurso de leyes, se ha convertido en un criterio al que acudir cuando no resulten aplicables los de especialidad y subsidiariedad. Y en cuanto al principio de alternatividad se acude al mismo, para dar solución a aquellos supuestos en los que entran en concurso tipos que poseen un núcleo de injusto común y, al mismo tiempo, elementos que los distinguen.

Respecto al principio de alternatividad, resulta difícil encontrar una justificación de principio acorde con el fundamento del concurso de leyes penales puesto que, un entendimiento de dicho principio basado en la idea de que éste resuelve el concurso entre tipos que presentan una zona común y una zona exclusiva resulta insuficiente. Si los preceptos en concurso presentan una zona común y a la vez un elemento de injusto que los diferencian, ¿cómo es posible afirmar que uno de ellos basta por solo para aprehender todo el desvalor del suceso?. Una interpretación acorde con el concepto de concurso de leyes y que respete el carácter subsidiario y último que se da este principio en el art. 8 CP nos lleva a proponer la reducción de su ámbito de aplicación a casos en los que los preceptos en concurso abarcan exhaustivamente todo el desvalor del hecho.

Puesto que la definición formal del principio de subsidiariedad no permite averiguar la razón del desplazamiento de uno de los preceptos a favor del otro, su fundamento hay que buscarlo en la idea de intensificación cuantitativa en la afcción a un mismo bien jurídico. El tipo principal valora la forma más grave de agresión al bien jurídico y de esta forma incluye el menoscabo producido en fases anteriores, como por ejemplo en el caso de los delitos de tránsito o de paso que lesionan el bien jurídico de

forma menos intensa que le hecho posterior. Sin embargo, si el delito de paso muestra un desvalor adicional, como sucede en los casos en los que el hecho posterior queda en grado de tentativa mientras que el delito de paso está consumado, habrá que apreciar un concurso ideal de delitos. Asimismo, en virtud del principio de subsidiariedad hay que resolver la concurrencia entre delitos de peligro abstracto, peligro concreto y lesión respecto a un mismo bien jurídico con la misma matización que en el caso anterior. Es decir, cuando alguno de los estados anterior muestre un desvalor adicional se aplicarán las reglas del concurso ideal.

En la esfera de acción del principio de consunción se insertan los denominados hechos acompañantes típicos y los denominados hechos posteriores impunes o copenados.

La impunidad de los hechos acompañantes típicos apoyada en el argumento de que el legislador a la hora de fijar la pena del delito principal ha tenido en cuenta la circunstancia de que regularmente ambos delitos se cometen juntos, no tiene suficiente fuste. La consecuencia jurídica prevista para el delito principal es válida para ese concreto comportamiento delictivo y no para otros. Suponer que la pena de un precepto abarca la de otro u otros contraría las exigencias del principio de legalidad. Hay dos soluciones posibles: la primera sería acudir para los casos en los que exista un gran desnivel de injusto, a mecanismos de Derecho procesal de manera que quede desplazada no apareciendo en la sentencia; y la segunda aplicar las reglas del concurso ideal de delitos.

Al igual que sucede con el hecho acompañante típico no se puede justificar la impunidad del hecho posterior con los argumentos de que la pena de delito principal alcanza la del hecho posterior. En estos supuestos solo serán aplicables las reglas del concurso de leyes cuando el suceso se corresponda con los presupuestos típicos de varias figuras delictivas y resulte necesaria su aplicación conjunta para valorar el suceso. No podemos establecer con carácter general cual es el fundamento de la impunidad de los hechos posteriores por lo que, deberemos acudir a cada tipo particular.

Podemos señalar como presupuestos para la aplicación de los preceptos concursales los siguientes: unidad de sujeto activo, concurrencia de varias leyes penales en la calificación del comportamiento del sujeto y unidad de enjuiciamiento. El fin último de los preceptos concursales es determinar *sí y cómo* se imputa esta pluralidad de

realizaciones típicas a un sujeto determinado. En conclusión, se trata de identificar las realizaciones típicas para decir si interviene o no la normativa concursal.

Normalmente se ha recurrido al concepto de acción para explicar tanto hipótesis de unidad delictiva como de pluralidad delictiva. La acción en sentido natural aparece como concepto esencial para interpretar los tipos y, como consecuencia de ello, se hace necesario construir otros conceptos como el de unidad natural de acción o unidad típica de acción para explicar por qué frecuentemente los tipos reúnen varias acciones en sentido natural y, a pesar de ello, constituyen una sola realización típica. Sin embargo, las unidades que interesan al DP vienen determinadas por los tipos legales que segmentan la actividad final, pluralidad de actos dirigidos a la consecución de un fin, realizada por un sujeto. Solo cuando hayamos identificado una pluralidad de realizaciones típicas nos encontraremos ante una verdadera situación concursal.

Para concluir, debemos señalar que la normativa concursal solo será de aplicación cuando un sujeto, en un determinado contexto espacio-temporal, realiza los requisitos típicos de varias figuras delictivas; la intervención de la concreta norma concursal dependerá de si la conducta del sujeto representa uno o varios hechos. La unidad de hecho es un elemento estructural común al concurso de leyes e ideal de delitos; la diferencia entre ellos radica en si es suficiente con la aplicación de uno de los preceptos para tomar en cuenta el desvalor que representa el hecho (concurso de leyes) o no (concurso ideal). El principio que hay que colocar en el punto de partida es el principio de íntegra valoración, que debe abarcar todos los aspectos que puedan tener relevancia jurídica y, de modo complementario el principio *non bis in idem* aparecerá una vez alcanzada la valoración total del comportamiento.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO*

ACALE SÁNCHEZ, María: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

ANTÓN ONECA, José: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª, anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Akal/iure, Madrid, 1986.

ARROYO ZAPATERO, Luis: Véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Colex, Madrid, 1991.

- *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª, Akal, Madrid, 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana: *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2ª, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho penal español. Parte General*, 4ª, PPU, Barcelona 1994.

CALDERÓN CERESO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Manual de Derecho penal. Parte General. Tomo I*, Deusto, Barcelona, 2005.

* La parte del título de la obra que aparece en negrita es la que corresponde con la cita que se hace de la misma en las notas a pie de página.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria: *El concurso de normas penales*, Comares, Granada, 2000.

CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción*, 6ª, Tecnos, Madrid, 2004.

- *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª, Tecnos, Madrid, 2005.
- *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, 5ª, Tecnos, Madrid, 2005.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: véase CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN: Tomás, *Derecho penal. Parte General*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Curso de Derecho penal Parte General*, 2ª, Tecnos, Madrid, 2014.

CUERDA RIEZU, Antonio: *Concurso de delitos y determinación de la pena, Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 1992.

- *El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990.*, en: ADPCP 1991, 821 ss.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier: *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance de principio "ne bis in idem"*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1988.

ESCUCHURI AISA, Estrella: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

- *El concurso de leyes y de delitos*, en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.): *Derecho Penal. Parte General. Introducción teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2013.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

GARCÍA ALBERO, Ramón: *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1995.

GARCÍA ARÁN, Mercedes en: CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

- Véase MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José: *Curso de Derecho penal Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.

GONZÁLEZ RUS, Juan José en: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo III*, EDESA, Madrid, 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis: véase Díez Ripollés, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel: véase GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Prohibición “bis in ídem”*, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico. Penal*, Madrid, 2015.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Comentarios al Código Penal. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. I. Parte general*, Comares, Granada, 2010.

MAPELLI CAFFARENA, Borja: véase CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MAPELLI CAFFARENA, Borja.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/MARTÍN LORENZO, María/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita: *Derecho Penal. Introducción teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Madrid 2012, (http://eprints.ucm.es/16044/2/DERECHO_PENAL_MATERIALES_PARA_SU_DOCENCIA_Y_APRENDIZAJE.pdf).

MARTÍN LORENZO, María: véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/MARTÍN LORENZO, María/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita.

MELENDO PARDOS, Mariano: véase GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal Parte General*, 9ª, Reppertor, Barcelona, 2011.

- En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Concurso de leyes y de delitos*, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico. Penal*, Madrid, 2015.

MORALES PRATS, Fermín: véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte General*, 8ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José: véase GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991.

PÉREZ CEPEDA, Ana: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ORTIZ NAVARRO, José Francisco: en: QUINTANAR DÍEZ, Manuel (dir.), *Elementos de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Parte General del Derecho penal*, 4ª, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín: en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS Fermín (coord.): *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General*, 6ª, Thomson Aranzadi, Navarra, 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, José Arturo: *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977.

- En: RODRÍGUEZ MOURULLO, José Arturo (dir.)/JORGE BARREIRO, Agustín (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Compendio de Derecho penal Parte General*, Dykinson, Madrid, 2006.

- En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, EDERSA, Madrid, 1999.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Pamplona, 2014.

SÁINZ CANTERO, José Antonio: *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 3ª, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990.

SANZ MORÁN, Ángel José: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986.

SERRANO PIEDECASAS, José Ramón en: ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan María (dirs.): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.

- Véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

TERRADILLOS BASOCO, Juan: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita: véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/MARTÍN LORENZO, María/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: Ignacio/ARROYO ZAPATERO: Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: Véase COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.)/MORENO-TORRES HERRERAS, María Rosa (coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.