

Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995 (1)

JEAN PIERRE MATUS A.

Profesor Asistente de Derecho Penal. Universidad de Talca (Chile).

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La distinción de los casos de *especialidad*, *subsidiariedad* y *alternatividad* del concurso ideal: el principio *non bis in idem*. 2.1 Especialidad (art. 8.1.^a). 2.2 Subsidiariedad (art. 8.2.^a). 2.3 Alternatividad (art. 8.4.^a).–3. La distinción entre los casos de *consunción* y el resto de las figuras concursales: el principio de *insignificancia*. 3.1 El principio de consunción (art. 8.3.^a).–4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Según el encabezado del art. 8 C.P. 1995, que ha pretendido regular, de una manera más completa y sistemática que el anterior C.P. 1944, el llamado concurso de leyes o concurso aparente de leyes, las reglas que contiene se aplicarán cuando «los hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos» «no estén comprendidos» en

(1) Este artículo ha sido escrito en el marco del Proyecto FONDECYT núm. 1970611-97, y en él se resumen parte de las ideas principales defendidas en mi tesis doctoral «*Concurso (aparente) de leyes y concurso entre especies de un mismo género en el nuevo código penal español de 1995. Aproximación histórica y analítica*», dirigida por el Prof. Dr. José Juan Moreso, y leída en la Universitat Autònoma de Barcelona el 16 de Diciembre de 1996, ante el Tribunal integrado por los Profesores Drs. Mercedes García Arán, Ángel Sanz Morán, Ramón García Albero, Pablo Navarro y José Cid Moline, a quienes agradezco especialmente sus valiosos comentarios, muchos de los cuales se recogen en estas páginas, aunque me es imposible citarlos directamente.

las disposiciones que se refieren a los llamados *concurso real e ideal* (arts. 73 a 77).

Esta escueta formulación no ofrece ningún criterio de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales, como no sea el extraño mandato de considerar el concurso de leyes como figura residual respecto a las concursales comunes. Sin embargo, como quedó de manifiesto en la discusión parlamentaria (2), la *literalidad* de la fórmula transcrita parece contradecir la idea absolutamente dominante en la doctrina española, de que las reglas del concurso ideal y real se aplican sólo cuando no lo son las de concurso de leyes (3).

Pero si en verdad el *tenor literal* del encabezado del artículo 8.º estableciese la referencia inversa al sentir mayoritario de la doctrina española, se llegaría al absurdo de no poder afirmar nunca un concurso de leyes, pues *todos* los hechos susceptibles de ser regulados conforme a dos o más preceptos del Código se encuentran comprendidos en las reglas de los artículos 73 a 77, atendido el amplísimo alcance de la primera de ellas.

De ahí que resulta más razonable entender la referencia estudiada en el sentido de que las reglas de los artículos 73 a 77 no se aplicarán si son aplicables las del artículo 8.º, tal como postulan ahora Quintero/Morales/Prats (1996:577) (4).

Luego, la distinción entre las figuras concursales comunes y el concurso de leyes vendría dada, como sostuviera Cid (1994:34), por la presencia o no de los requisitos de aplicabilidad de los distintos prin-

(2) En efecto, como bien hizo notar la Diputada Sra. Rahola en la enmienda núm. 167, la referencia criticada «obliga a analizar el concurso de delitos antes que el concurso de leyes». Lamentablemente, es indudable que esta inversión de papeles no fue advertida por el Grupo Socialista, y tampoco por el resto de quienes apoyaron en definitiva la aprobación del texto del artículo comentado, ello, a pesar de que, aunque no con la misma claridad que la Sra. Rahola, el Grupo Popular criticase en sentido similar la disposición analizada (Cfr. al respecto, las intervenciones del Sr. Diputado Pillado y de la Sra. Senadora Vindel López en las sesiones de la Comisión de Justicia del Congreso núm. 489, Pleno del Congreso de 22 de Junio de 1995, y Comisión de Justicia del Senado núm. 225 y Pleno del Senado de 25 de octubre de 1995, respectivamente).

(3) Cfr. v. gr., CID (1994:34). Sin embargo, el cambio de orden que se analiza tampoco fue notado por BUENO ARÚS (1995:233), quien sostuvo respecto a la regla 4.ª del artículo 8 Proyecto 1994, que «tal como está redactado, este precepto impediría la estimación de casos de concurso de delitos, si no fuera porque, cautelarmente, el repetido artículo 8 comienza afirmando que las reglas sobre concurso de normas *son subsidiarias de las reglas sobre habitualidad y sobre concurso de delitos contenidas en los artículos 74 a 78 del mismo Proyecto* [el subrayado es mío]».

(4) Aunque no se plantean expresamente el problema, a igual conclusión parecen llegar MIR (1996:27/68), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:489) y VIVES (1996:67).

cipios de solución del concurso de leyes, esto es, de una relación de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, relaciones que constituirían elementos negativos en la definición de las figuras concursales comunes.

Sin embargo, esta última afirmación nada nos dice acerca de los criterios que nos permitirían *justificar*, en un caso concreto, la preferencia que se asigna a las reglas del concurso de leyes, por ejemplo, por existir una relación de subsidiariedad tácita, sobre las figuras concursales comunes.

Para justificar esta preferencia, y con ello, sobre todo, la distinción entre concurso de leyes y *concurso ideal*, la doctrina posterior al C.P. 1995 ha recurrido a los tradicionales argumentos de la *unidad del bien jurídico protegido* (5) y de la posibilidad de una violación al principio *non bis in idem* (6).

Sin embargo, el criterio de la *unidad del bien jurídico* sólo podría llegar a tener un rol limitado en esta materia y no siempre carente de discusión: primero, porque como ya demostrase Köhler (1900:64 ss.), no es aplicable en muchos casos reconocidos de concurso de leyes, como en la relación existente entre los llamados *delitos complejos* y los *simples* de que se compondrían, ni tampoco en otros de *concurso ideal* con unidad de bien jurídico, tal como sucedería con el llamado concurso ideal homogéneo (7); y en segundo término, porque este criterio nos remite a otra serie de discusiones posteriores que desvirtúan todo su valor como delimitador de especies concursales, discusiones que abarcan desde el concepto mismo de lo que ha de entenderse por bien jurídico protegido hasta el particular bien jurídico que protegerían las figuras legales en juego (8).

Por contra, aquí se sostendrá la tesis de que, para diferenciar los casos de concurso de leyes de las figuras concursales comunes, y justificar con ello su aplicación preferente, se debe recurrir a dos criterios

(5) A este criterio recurre VIVES (1996:67), y para afirmar la *consunción* frente a las reglas concursales comunes, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491) y QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:579), mientras MIR (1996:27/71) recurre a este criterio en los casos de *actos previos copenados* que estima en relación de *subsidiariedad tácita* con los principales respectivos.

(6) Así, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN (1996:43), MIR (1996:27/82), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:576), VIVES (1996:67), e *implícitamente* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491).

(7) Así también, en España, ORTS (1977:431), AGULLÓ (1987:68) y MIR (1992:180 ss.).

(8) Así, antes CID (1994:44s). Sobre los problemas que enfrenta el concepto de bien jurídico, Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL (1994:107 ss.).

de distinta naturaleza: por una parte, el principio *non bis in idem*, y por otra, el de *insignificancia*. El primero justificará la preferencia de los principios de *especialidad*, *subsidiariedad*, y *alternatividad*, a los que se les asigna un presupuesto de hecho vinculado a las relaciones lógicas existentes entre los preceptos penales en juego; y el segundo, del principio de *consunción*, donde se incluyen los llamados *actos acompañantes típicos*, y los *actos anteriores y posteriores copenados*, cuyos presupuestos de hecho se vinculan no a relaciones lógicas entre preceptos, sino *empíricas* entre las acciones que los constituyen.

Para demostrar esta tesis, se utilizará la metodología propuesta por Bobbio (1970:95-118), para todo análisis de situaciones en que nos encontremos ante eventuales conflictos de leyes (9): primero, fijar los criterios para individualizar cada clase de conflicto; y en seguida, fijar los criterios para resolver dichos conflictos. Mediante este método se pone de manifiesto que los presupuestos de hecho de los distintos principios con que suelen solucionarse los casos de concurso de leyes, coinciden con los de las figuras concursales comunes, creándose así una especie de concurso o conflicto entre las normas concursales. Ello supone concebir los casos de concurso de leyes como casos auténticamente concursales, en que sus principios, *especialidad*, *subsidiariedad*, *consunción* y *alternatividad*, determinan el presupuesto de hecho de la aplicación de las reglas del art. 8, donde también son potencialmente aplicables las reglas concursales comunes de los artículos 73 y ss. (individualización del conflicto), pero en los que, por mor de los principios de *non bis in idem* e *insignificancia* (individualización de los criterios de solución), se prefiere la solución del concurso de leyes antes que la concursal común (10).

(9) Problemática a la que remiten el concurso de leyes AGULLÓ (1987:65), BUSTOS/HORMAZÁBAL (1994:168), y COBO/VIVES (1990:133).

(10) Esta posición metodológica tiene efectos no sólo en las cuestiones que se plantean en este artículo, sino en otras que no puedo abordar *in extenso* en este lugar, como la discusión acerca del carácter concursal o interpretativo del concurso de leyes, pues sirve de base para argumentar acerca del carácter concursal y no interpretativo del concurso de leyes, sumándose a los argumentos antes propuestos por PEÑARANDA (1991:*passim*) y que tienen que ver con las ventajas sistemáticas de admitir ese carácter concursal, por ejemplo, para el estudio del llamado *resurgimiento* o «vuelta a la vida» de la ley en principio desplazada, particularmente en lo que respecta a la participación de terceros y a ciertos problemas relativos al error, argumentos que entre la doctrina posterior al C.P. 1995 ya han sido abiertamente admitidos por MIR (1996: 27/64 y 67). Oo., GIMBERNAT (1992:*passim*), quien defiende el carácter «objetivo» y no personal del concurso de leyes, particularmente en lo referente a la teoría de la participación criminal.

2. LA DISTINCIÓN DE LOS CASOS DE *ESPECIALIDAD*, *SUBSIDIARIEDAD* Y *ALTERNATIVIDAD* DEL CONCURSO IDEAL: EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

A principios de la década, Cuerda (1991:849 s.) y Mir (1992: 179 s.) sostuvieron, en contra de lo que entonces podía considerarse la doctrina mayoritaria, que no se infringía el principio *non bis in idem* cuando, en caso de duda, se aprecia *concurso ideal* en vez de concurso de leyes, si en el caso concreto era necesario apreciar concurso ideal para la completa valoración del hecho, porque, en general, la aplicación de las reglas del concurso ideal *nunca* llevarían a una infracción del principio *non bis in idem*, ya que evitar dicha infracción sería una de sus funciones, mediante el establecimiento de una consecuencia penal diferenciada de la prevista para los casos de concurso real, tal como postulase antes, en Alemania, Puppe (1982:234).

Sin embargo, según García Albero (1995:232 ss.), dicho argumento debía rechazarse, pues no podría dársele al principio de *non bis in idem* un carácter tan retórico, que justificase al mismo tiempo dos soluciones que, al menos en la tradición dogmática española, tenían consecuencias penológicas diferentes: *absorción agravada* en casos de concurso ideal, y *absorción simple*, en los de leyes.

El argumento de fondo para el rechazo de semejante doctrina, se encuentra en una idea que se reitera en toda la obra del citado García Albero (1995:*passim*), aunque no aparece claramente explicitada. Según esta idea, que puede entenderse como un argumento material, *lógica y empíricamente contrastable* en virtud del cual es admisible alegar que el respeto al principio *non bis in idem*, en caso de duda, se impone apreciar concurso de leyes y no concurso ideal. Esta idea no es otra que la de la *necesidad*, conforme a la cual es posible afirmar, tal como ya lo adelantara Cid (1994:53), que cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ambas supone *necesariamente* considerar dos o más veces *una misma propiedad del hecho jurídicopenalmente relevante y común a todas las normas concurrentes* (11), entonces se produce un *bis in idem* que

(11) Nótese que hablo aquí de *propiedades del hecho jurídicopenalmente relevantes, comunes* a las normas en conflicto, no de otras propiedades del hecho irrelevantes jurídicamente, en el sentido de que no pueden entenderse como *predicados jurídicos* sobre el mismo. Es por eso que quien, por ejemplo, quiere matar a diez personas mediante un aparato explosivo, al accionar con un único movimiento corporal el dispositivo que hace explotar la bomba, aunque puede realizar lo que se entiende comúnmente por un *único hecho*, las *propiedades* de ese hecho corresponden a tantas

debe rechazarse, en la especie, recurriendo a la teoría del concurso de leyes (12).

Esta afirmación puede justificarse desde dos perspectivas: Por una parte, y a nivel meramente descriptivo, es innegable que esta idea de la *necesaria* doble valoración de una misma propiedad del hecho es el criterio que se aplica en los casos menos discutidos de la dogmática del concurso de leyes, los de *especialidad* (en sentido lógicoformal): en ellos *todas las propiedades* del supuesto de hecho de la norma general son las que *necesariamente* han de tomarse en cuenta si se quiere afirmar la realización de los presupuestos de la norma particular. Esta *necesidad* lógica de apreciar todos los elementos de la figura general justifica que en tales casos se admita incluso la posibilidad de que la norma preferente y especial contenga una pena menor que la norma general y desplazada, como en el caso de las figuras privilegiadas. La idea generalizada de la total comprensión del desvalor del hecho por la norma preferente (13) no puede dar cuenta de este hecho con la misma claridad, pues, tratándose de figuras privilegiadas, a pesar de realizarse también los presupuestos del supuesto de hecho básico, la consecuencia penal de éste es desplazada totalmente, y con ella la «desvaloración» del hecho que sanciona.

Y por otra parte, ante una teorización acerca del valor de nuestra regla relativa al concurso ideal, en lo que toca a su carácter representativo de principios penales más o menos trascendentes, como el *non bis in idem*, no se debe olvidar el carácter meramente *contingente*, y por tanto ajeno a una cuestión de principios, que tiene la actual disposición del artículo 77 C.P. para el tratamiento penal de dicha institución.

como las que definen los distintos delitos de homicidio cometidos. Esto quiere decir que, en el caso propuesto, la «voluntad» única de accionar el dispositivo explosivo *no* modifica la *intención plural* de matar a varias personas. Y ello por cuanto el accionar o no un dispositivo explosivo no es una propiedad definitoria del homicidio, sino sólo la del medio que se emplea para cometerlo, medio que es, en cuanto a la definición del delito, *irrelevante*. Lo relevante aquí, son sólo dos cosas: que se haya tenido la intención de cometer el delito y que se haya logrado ese propósito por los medios que el propio agente dispuso al efecto, esto es, la realización fáctica de los elementos con que la ley describe el supuesto de hecho punible llamado homicidio: intención homicida, acción que la ejecuta y producción del resultado buscado.

(12) En este sentido, puede verse ahora lo expuesto en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:489), donde se afirma: «Algo nos dice que desde el momento en que en el Código penal vigente hay dos o más preceptos que pueden ser aplicables a un mismo hecho, teniendo los preceptos concurrentes *el mismo núcleo típico fundamental* (matar, robar, etc.), sólo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros».

(13) MIR (1996:27/63), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:488 s.), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:576) y VIVES (1996:67).

En efecto, dicha regla es *contingente*, en primer lugar, porque no es *necesaria* para la aplicación del derecho penal español codificado, según lo conocemos desde el siglo pasado. Esto se demuestra, fácilmente, si eliminamos mentalmente su presencia en el hoy vigente artículo 77: en tal caso, los supuestos que regula deberían ser necesariamente resueltos con la regla del artículo 73, cuya amplitud es tal que el propio artículo 77 se encabeza sosteniendo que su regla es una excepción de las anteriores. Además, este carácter *contingente*, en el sentido de ser una regla excepcional aplicable *sólo en beneficio del reo*, lo demuestra el que las reglas 2.^a y 3.^a del artículo 77 prevén precisamente la obligatoriedad de aplicar la acumulación de penas del artículo 73, cuando ésta *resulte más benigna* que la regla del artículo 73.1. Lo cual quiere decir, naturalmente, que la regla *excepcional* del artículo 77.1.^a, establecida «en beneficio» del reo, no puede aplicarse cuando tal «beneficio» importe un castigo superior al de la regla general del artículo 73.

Y es ese carácter *excepcional, en beneficio del reo*, el que demuestra que la regla del artículo 77.1.^a no está destinada a impedir la aplicación de la del artículo 73, para evitar una infracción al *non bis in idem*, sino simple y únicamente para otorgarle un «beneficio». A pesar de esta evidencia, entender que dicha regla está destinada a impedir la infracción del principio *non bis in idem* supondría negar la aplicación del artículo 73, *en todos los casos de concurso ideal*, para no caer en la contradicción de afirmar la necesidad de infringir el principio *non bis in idem*, mediante la aplicación del artículo 73, porque infringirlo sería «más beneficioso» para el reo que respetarlo, aplicando la regla del artículo 77.1.^a, más perjudicial, lo cual resulta absurdo y puede llevar a resultados totalmente injustos, como lo demostró la discusión doctrinal de fines del siglo pasado, que llevó a la inclusión de la regla que hoy permite, en caso de ser «más beneficioso para el reo», recurrir a la regla general de la acumulación, prescindiendo de la excepcional del artículo 77.1, la que no fue establecida por mor de un principio como el *non bis in idem*, sino simplemente, para otorgar un *beneficio*, como una gracia legislativa, al reo (14).

(14) Esta fue la razón que impulsó, a principios de siglo, la reforma del original artículo 90 C.P. 1870, que, al no contemplar la posibilidad de recurrir a las reglas del concurso real cuando las del ideal fuesen más perjudiciales para el reo, obligó a condenar a muerte a varios reos, en aplicación de la, en principio «más benigna» regla que contemplaba (aplicación *sólo* de la pena mayor del delito más grave), terrible resultado al que no se habría llegado de aplicar las reglas «más perjudiciales» del concurso real, tal como lo denunciaran en su oportunidad BAJO (1891:314 s.), HUERTA (1898:19), MAYNAR (1905:741) y MONZÓN Y RODRÍGUEZ (1906:725).

2.1 Especialidad (art. 8.1.^a)

Según esta disposición, cuando existan «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos... el precepto especial se aplicará con preferencia al general». Como afirma Bueno Arús (1995:232), «al no definir[se] en qué consiste la especialidad, es obvio que la falta de interpretación auténtica del término habrá de continuar siendo suplida por la interpretación usual».

Así que, siguiendo la doctrina dominante en España, debe entenderse que esta regla se refiere al concepto *estricto* de especialidad, en su sentido *lógicoformal*, esto es, a la relación que se produce entre dos preceptos penales cuando en la descripción del supuesto de hecho de uno de ellos, el especial, se contienen todos los elementos del otro, el general, más uno o varios otros especializantes (15). O, dicho en términos más comprensivos, a la relación que existe entre dos supuestos de hecho legales, *cuando todos los casos concretos que se subsumen en el supuesto de hecho legal de una norma, la especial, se subsumen también dentro del de otra norma, la general, la que es aplicable al menos a un caso concreto adicional no subsumible dentro del supuesto de hecho de la primera.*

Ello puede deberse a la existencia entre los preceptos concurrentes de una relación de especialidad por *extensión* o *adición*, como en el caso de la relación entre el delito de homicidio del artículo 138 y las figuras de asesinato de los artículos 139 y 140, y que corresponde a la definición tradicional de especialidad; o a que la descripción de uno o varios elementos del supuesto de hecho de la ley especial *suponen conceptual y necesariamente* la de todos los de la ley general, porque es un parte de un todo o una especie de un género conceptual, especialidad por *comprensión* o *especificación*, como sería el caso del auxilio ejecutivo al suicidio eutanásico del artículo 143.4, donde el requisito de la petición sería de la víctima importa necesariamente el consentimiento implícito en la fórmula general del auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3.

2.2 Subsidiariedad (art. 8.2.^a)

Según el artículo 8.2.^a, cuando en «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos» exista una *relación de*

(15) Así, por ejemplo, ahora MIR (1996:27/69), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:490) y VIVES (1996:69).

subsidiariedad, «el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal».

Bueno Arús (1995:232) critica esta disposición, especialmente en lo que se refiere a la *subsidiariedad tácita*, pues según él «supone confiar la decisión en cada caso al arbitrio judicial», pero la justifica de todos modos, aduciendo que «la naturaleza de las cosas no permitiría seguramente otra redacción del precepto más acertada», pues «todas las definiciones posibles [de subsidiariedad] serían tautológicas: *norma subsidiaria es la que no es preferente*».

Sin embargo, el que el Código adopte aquí la posición más cómoda posible y no ofrezca sino una mera descripción de la regla de solución de los casos de *subsidiariedad*, no significa que éstos no puedan definirse sino de ese modo. De hecho, en Alemania hace bastante tiempo que la existencia de una *subsidiariedad material*, basada en la idea de que los grados de afección más próximos al bien jurídico prefieren a los más lejanos, ha llenado el hueco faltante a la regla que aquí se comenta, al punto que sobre esa misma definición se critica a veces la virtualidad de ciertas cláusulas de subsidiariedad expresa para desplazar las reglas concursales comunes, cuando no se ajustan a la misma (16). Para llegar a esta conclusión, la doctrina alemana, y particularmente Honig (1927:41 ss.), emplearon como método el análisis de las cláusulas de subsidiariedad expresa existentes en el antiguo C.P. alemán 1871, de cuyas características comunes extrajeron el concepto hoy vigente de *subsidiariedad material*.

A mi juicio, el método recién expuesto puede ser apropiado para descubrir el concepto de *subsidiariedad* subyacente en el artículo 8.2.^a del nuevo C.P., conforme a las escasas directrices que el propio artículo 8.2.^a nos ofrece.

La primera de ellas es que la regla del artículo 8.2.^a, por aplicación del principio de *vigencia*, debiera tener un ámbito de aplicación independiente de la del artículo 8.1.^a, esto es, que no es aplicable a casos de relación de *género* a *especie* entre las normas concurrentes, pues en tal evento una de las dos reglas sería inútil: la de subsidiariedad, si sólo viene a confirmar la de especialidad; o ésta, si la regla de subsidiariedad diera preferencia a la norma general, situación en que nunca sería aplicable la especial (17).

(16) DÜNNEBIER (1954:272), KOCH (1960:4). En la literatura actual, Cfr., por ejemplo, SEIR (1983:235), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991:v. § 52/106) y VOGLER (1985: v. § 52/119).

(17) Por contra, QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:578), entienden la *subsidiariedad* como una «subforma de especialidad».

Y la segunda directriz que emana de este artículo 8.2.^a, es que, al reunir en una única formulación tanto la *subsidiariedad expresa* como la *tácitamente deducible*, entrega al intérprete la facultad de sostener la existencia de una relación de *subsidiariedad tácita*, con toda seguridad, allí donde exista la misma razón que impulsó al legislador para establecerla *expresamente*.

Sin embargo, si como sostiene García Albero (1995:336), no pueden considerarse como cláusulas de *subsidiariedad expresa* aquellas declaraciones legales que tienen por objeto *limitar el alcance* de una disposición, y por tanto, evitar su concurrencia con otra, mediante la introducción de fórmulas como la del artículo 263, que se refiere a los daños allí sancionados como aquéllos «no comprendidos en otros títulos de este código», entonces las *cláusulas de subsidiariedad expresa* propiamente tales constituyen verdaderamente un grupo muy marginal dentro del nuevo C.P., debiendo descartarse como tales las declaraciones contenidas en los casos que antes de la promulgación del nuevo C.P. se consideraban como «típicos» de esta especie: la relación entre la norma que define la complicidad y aquélla que establece las formas de autoría (antiguos arts. 14, 16 y 17 C.P. 1944, hoy 28, 29 y 451 C.P. 1995), y las cláusulas similares a las del anteriormente vigente artículo 131 C.P. 1944, como las del citado artículo 263 (18).

Además, tampoco han de considerarse como *cláusulas de subsidiariedad expresa* aquellas disposiciones que remiten el tratamiento penal de un hecho a las reglas concursales comunes, que de alguna manera u otra suponen la aplicación *conjunta* de las normas en juego, lo cual veda el encabezado del artículo 8 C.P., como sucede hoy en día con la fórmula del artículo 481, aplicable a los delitos de rebelión. Aquí también pueden surgir problemas interpretativos, como los vividos anteriormente respecto a la norma del entonces vigente artículo 204 bis a) C.P. 1944 (19), pero cuyo alcance no afecta al principio de *subsidiariedad*.

En la misma situación se encuentra la regla del artículo 383 inc. primero, igual a la del anteriormente vigente artículo 340 bis c), que para el caso de que un delito de peligro para la seguridad del tráfico ocasione, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, establece que «los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». En efecto, aquí parece nos encontramos ante un caso de lo que algunos autores denominaron *alternatividad expresa* (20)

(18) Cfr., v. gr., SANZ (1986:123).

(19) Al respecto, Cfr. ORTS (1985:691 ss.) y SAINZ (1989:652 ss.).

(20) Cfr. nota anterior.

y no ante uno de *subsidiariedad*, pues la regla transcrita no otorga preferencia a una norma con exclusión de la otra, de modo que la primera pueda considerarse, por alguna razón diferente a la de la cuantía de la pena, *principal* y la segunda, *subsidiaria*, sino que simplemente se establece la aplicación de un régimen similar al del actual artículo 8.4.^a, con el abierto propósito de evitar las reglas concursales comunes, incluyendo por cierto las del propio artículo 8.2.^a.

Por tanto, para darle a la regla del artículo 8.2.^a un sentido independiente del resto de las reglas del mismo artículo 8, diremos que una declaración legal ha de entenderse como una cláusula de subsidiariedad expresa cuando establezca la preferencia de un precepto legal con exclusión de otro, siempre, en caso que ambos concurren a la calificación de uno o varios hechos o, en términos de Muñoz Conde/García Arán (1996:490), en caso que la ley establezca expresamente que «la norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable» (21).

Lamentablemente, y como ya anunciara, el número de tales disposiciones en el nuevo C.P. es escasísimo. En efecto, tomando en cuenta la definición recién ofrecida, yo sólo he dado con una de ellas: la del artículo 200, en relación a los artículos 278 y 279, donde se establecen penas para el descubrimiento y la revelación de secretos de una sociedad, delitos que se excluyen cuando se trata de descubrimiento y revelación de secretos industriales —que no necesariamente han de pertenecer a una persona jurídica.

No obstante, las disposiciones citadas nos dan bastantes luces respecto a lo que entiende el Código por una relación de *subsidiariedad*. En primer lugar, confirma lo ya sostenido en orden a que no puede tratarse de un caso de relación de género a especie con una regulación igual o diferente a la del artículo 8.1.^a. En efecto, si tomamos el caso de la regla del artículo 200, encontraremos que no todo revelar o ceder datos reservados de personas jurídicas es a su vez una revelación de secretos industriales de los artículos 278 y 279, ni tampoco una revelación de secretos industriales presupone el que éstos provengan de personas jurídicas. Además, en este caso no puede intentarse el recurso a las circunstancias genéricas de los artículos 21 y ss. para construir figuras especiales que resuelvan la *impasse*, como propusiera Gimbernat (1972:175) para solucionar casos relativamente semejantes. Y en segundo término, nos indica que la relación existente

(21) Oo. en MIR (1996:27/71) y QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:578), quienes limitan las *cláusulas de subsidiariedad expresa* a aquellas en que se establezca la preferencia del «delito más grave».

entre las figuras en juego parece poder establecerse abstractamente, como resultado de la interpretación de la ley y de la determinación de sus propiedades relevantes, correspondiendo a la relación lógica de *neutralidad* o *interferencia*, según los términos de Beling (1906:306) y Klug (1956:406), respectivamente, pues ninguna de las normas concurrentes es especial respecto a las otra y ambas tienen un ámbito de aplicación común.

Sin embargo, como demostrasen los autores alemanes recién citados, y aquí en España lo hiciera también Cid (1994:46 s.), definir la relación de *subsidiariedad* en base a la de *interferencia* puede ser muy problemático, ya que tal relación existe también entre todas las figuras legales que no se encuentran en relación de *subordinación* ni *identidad*, incluyendo parejas tan disímiles como los daños y las lesiones o la estafa y la apropiación indebida, constituyendo también la base lógica de muchos casos de *concurso ideal*, como el ya planteado de la concurrencia entre lesiones y daños.

Sin embargo, el análisis del artículo 200 nos ofrece aún otra directriz legal que nos permite separar los casos de *subsidiariedad* de los de *concurso ideal*, donde, como acabamos de decir, también las normas en juego pueden encontrarse en relación de *interferencia*, como sucede en el caso de quien con un solo golpe hiere gravemente a una persona y destruye un objeto cuyo valor excede las cincuenta mil pesetas.

Y esta directriz no es otra que la ya apuntada del principio *non bis in idem*, la cual, traducida al problema que nos ocupa, importa afirmar que mientras en los casos de concurso de leyes por *subsidiariedad* no pueden estimarse conjuntamente las normas concurrentes porque ello importaría valorar dos veces *una misma propiedad jurídicopenalmente relevante*, transgrediendo con ello el principio *non bis in idem*, en los de *concurso ideal* tal transgresión no se da, pues aunque exista un suceso espacio-temporal unitario –*unidad de hecho*–, el sustrato fáctico que constituye dicha unidad no representa ninguna propiedad jurídicopenalmente relevante, representa una única propiedad jurídicopenalmente relevante que no es común a los supuestos de hecho en juego, o representa al mismo tiempo diferentes propiedades jurídicopenales, como en el caso de un único golpe que representase al mismo tiempo la intención lesiva contra la persona a que va dirigido y la dañina (o imprudente) que recae sobre el objeto que se destruye.

Luego, en base a esta distinción conceptual podemos diferenciar también los casos de relación de *interferencia* en que operaría el principio de *subsidiariedad* de aquéllos en que éste no se presentaría. En los primeros, la relación de interferencia se determina porque las figuras legales en juego tienen al menos *una misma propiedad jurídicope-*

nalmente relevante en común, mientras que en los segundos tal propiedad en común no existe.

Por tanto, podemos definir la relación de *subsidiariedad* sobre la base de lo dispuesto en el artículos 8.2, 200, 278 y 279 C.P., diciendo que se produce entre dos preceptos legales *cuando por lo menos un caso concreto que es subsumible en uno de dichos preceptos lo es también en el otro, y por lo menos un caso concreto que es subsumible en el primero no lo es en el segundo, y viceversa, siempre que ambos preceptos tengan en común al menos una misma propiedad jurídico-penalmente relevante* (22).

Conforme a este concepto, podemos afirmar existe una relación de subsidiariedad tácita:

a) Entre las diversas especies de un mismo delito básico, por ejemplo, la relación entre el artículo 139.1.^a y el 143.3, o entre el artículo 147 y el 150 (23);

b) En ciertos casos de *delitos progresivos*, donde el paso de una infracción penal a otra supone la mantención de una misma propiedad subjetiva u objetiva del hecho, como en el caso del paso del delito de peligro al de lesión lo constituye la puesta en peligro del objeto de protección penal. Este es el caso de los delitos de los artículos 348, 349 y 350, que castigan conductas sólo en la medida que pongan en «concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente», con respecto a los delitos que según el código protegen dichos intereses jurídicos;

c) En la relación existente entre el alzamiento de bienes y la celebración de contratos simulados (24); y

d) En la relación que existe entre el delito de acoso sexual del artículo 184 y el de amenaza condicional del artículo 169 (25).

No obstante lo anterior, con afirmar de este modo la existencia de una relación de *subsidiariedad tácita*, no se resuelve automáticamente el pro-

(22) Un concepto similar, aunque reducido quizás a uno sólo de los grupos de casos que el nuestro incluye, es el de VIVES (1996:69), para quien hay subsidiariedad «cuando, dentro de un mismo género de conductas, una de las normas contempla una especie y la otra el resto, de modo que del tenor literal de las mismas pueda desprenderse que la voluntad de una de ellas es aplicarse sólo en defecto de la otra».

(23) VIVES (1996:69), en el primer caso, y QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:578). En la doctrina anterior, aunque minoritariamente, afirmaba que entre especies de un mismo género existía *subsidiariedad*, SANZ (1989:673 s.).

(24) VIVES (1996:71) cita este caso como uno de alternatividad.

(25) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:492) citan este caso como uno de alternatividad.

blema de determinar cuál de las normas concurrentes ha de considerarse *principal* y cuál *subsidiaria*, como sucede en los casos de *especialidad*, donde la propia determinación de la relación que se trata también lo hace de sus términos. Luego, afirmada la existencia de una relación de *subsidiariedad*, cabe dar paso a argumentos de carácter *teleológico*, al decir de Klug (1956:412), pero ya no para decidir si se aprecia concurso de leyes o concurso ideal, sino sólo para determinar cuál de los preceptos concurrentes ha de estimarse *subsidiario* y cuál *principal*.

En este aspecto cabe destacar que no puede considerarse un argumento por sí sólo determinante la medida de la pena prevista por las figuras concurrentes. Ello porque si bien es cierto la clara indicación del inciso segundo del artículo 172 podría hacer pensar que ése es el sentido de la relación que tratamos, las disímiles consecuencias penales que se derivan de la aplicación de las figuras a que se refiere el artículo 200 y de las de los artículos 278 y 279, nos ofrecen argumentos suficientes para sostener que no siempre primará la norma más grave, sino que la preferencia de una u otra norma queda entregada a otros criterios, en este caso teleológicos, que permitan afirmarla. Además, el propio Código nada dice al respecto, estableciendo, en cambio, expresamente y como regla residual del artículo 8.4.^a, que la aplicación de la pena más grave corresponde obligatoriamente sólo cuando no puede recurrirse a todas las otras reglas del artículo 8, incluyendo por cierto la que aquí se analiza, lo que autoriza a entender que en todos los casos del artículo 8, salvo en los de la regla 4.^a, es posible declarar preferente la ley más benigna de las concurrentes, tal como hace Vives (1996:69), al declarar *principal* el auxilio ejecutivo al suicidio frente a la disposición, más grave, que castiga el asesinato. Ello, por cuanto si el legislador hubiese entendido lo contrario, le bastaba con haber limitado las reglas del artículo 8 a la 1.^a y a la 4.^a, operando esta última como criterio general para la resolución de todos los casos de concurso de leyes, salvo los de especialidad.

Sobre la base de lo recién dicho, y a modo de ejemplo de una posible forma de argumentar en el resto de los casos, podemos ofrecer en este lugar un esquema de solución al grupo de casos de subsidiariedad tácita de los antes expuestos que más discusiones generó en la doctrina anterior al nuevo C.P.: la concurrencia de dos figuras especiales de una misma básica (26).

(26) Para muestra, véanse la casi decena de artículos surgidos en torno a la discusión relativa a la relación concursal existente entre la antes vigente figura del parricidio y la del asesinato, en la que participaron destacados autores como CARBONELL (1986), RODRÍGUEZ MOURULLO (1986), MIR (1988), SANZ (1989), GIMBERNAT (1990), GUALLART (1990), FERNÁNDEZ GARCÍA (1992), y otra vez MIR (1992).

2.2.1 *La concurrencia de figuras calificadas y privilegiadas de una misma básica como un caso de subsidiariedad tácita*

En estos casos nos encontramos ante preceptos penales que se encuentran en relación de *interferencia*, pues ambos tienen un ámbito de aplicación común, pero, además, cada uno de ellos posee uno de aplicación independiente, como sucede, por ejemplo, en la relación existente, por una parte, entre el delito de homicidio calificado del artículo 139 y el de homicidio de una de las personas señaladas en el artículo 485.1, concurrencia de dos figuras calificadas del homicidio, donde el ámbito de aplicación común lo constituyen los casos en que por precio, alevosía o ensañamiento se da muerte a una de las personas designadas en el artículo 485.1, y el ámbito independiente, los casos de homicidio calificado en que la víctima no es ninguna de las personas antes señaladas, y aquellos en que al matar a una de éstas no se emplea ninguno de los medios señalados en el artículo 139.1.^a/2.^a/3.^a. Y por otra, también hay interferencia en la relación entre una figura calificada y una privilegiada de una misma básica, como sucede en la existente entre el mencionado artículo 138 y el artículo 143.3, que castiga el auxilio ejecutivo al suicidio, pues cada una de esas normas tiene un ámbito de aplicación independiente, pero también uno común, formado por los casos en que, por ejemplo, se auxilia al suicida inyectándole veneno.

Como, además, en los casos antes mencionados los preceptos concurrentes comparten al menos una misma *propiedad jurídica penalmente relevante*, el hecho de matar a otro, es necesario afirmar que entre ellos existe una relación de *subsidiariedad tácita*, regulada por el artículo 8.2.^a, puesto que la propiedad común no puede apreciarse doblemente sin lesión del principio *non bis in idem*.

Queda entonces la tarea, que abordaremos en este lugar, de establecer, mediante argumentos de carácter teleológico, cuál de los preceptos concurrentes ha de entenderse *principal* y preferente, pues, por una parte, nada dice al respecto la regla del artículo 8.2.^a, y por otra, como ya se dijo, no puede entenderse que siempre sea preferente el precepto más grave, ya que en tal caso no se podría distinguir dicha regla de la del artículo 8.4.^a, que establece esa consecuencia penal con carácter obligatorio.

Los argumentos a que nos referimos se encuentran, siguiendo el método propuesto por Klass (1960:151 s., 154, 174), en la regulación que el legislador hace de los casos más similares al que estudiamos: los de la concurrencia entre circunstancias agravantes y atenuantes, artículos 66 y ss.

Conforme a dichas disposiciones legales, si concurren varias circunstancias agravantes y ninguna atenuante, se aplicará la pena del delito que corresponda en su mitad superior, y, de concurrir atenuantes y agravantes, puede el juez compensar dichas circunstancias o, entendiendo que la circunstancia atenuante reviste una especial calidad, rebajar la pena incluso en uno o dos grados.

Los criterios que de las reglas recién expuestas se desprenden, parece ser que el legislador estima razonable que, si concurren sólo causas de agravación, entendidas en un sentido amplio, tal concurrencia tiene un efecto agravante, o al menos no puede tener el efecto de disminuir la desvaloración penal de ninguna de las causas de agravación concurrentes. Y si concurren causas de atenuación con causas de agravación, entendidas ambas en un sentido lato, el criterio del legislador es otorgar a la causa de atenuación una especie de *efecto oclusivo* que impide cualquier forma de agravación e incluso permite, en ciertos casos, una importante atenuación de las consecuencias penales.

Luego, siguiendo estos criterios, es posible formular las siguientes conclusiones:

1.º Si concurren dos o más figuras calificadas de una misma básica, como en el caso del asesinato del Rey por precio, ha de ser preferente y principal la que contenga la calificación más grave, en el caso propuesto, la del homicidio del Rey, y subsidiaria la más benigna, la del asesinato por precio, conforme al criterio según el cual la concurrencia de causas de agravación, entendidas en sentido amplio, no puede tener el efecto de disminuir la gravedad de ninguna de ellas. Por lo que toca a las causas de agravación contenidas en las figuras calificadas desplazadas y no previstas en la preferente, éstas podrían estimarse en la medida de la pena de la figura preferente, como circunstancias del artículo 22 o, si ello no es posible, en la concreta determinación de la pena que corresponda (27), y

(27) Como puede apreciarse, salvo la diferencia sistemática, ésta es la misma solución *penológica* a que llegaban quienes, desde distintas perspectivas, defendían para estos casos una solución basada en el principio de *alternatividad*, como RODRÍGUEZ MOURULLO (1986:355 s.), GIMBERNAT (1990:436 ss.), GUALLART (1990:415 ss.) y FERNÁNDEZ GARCÍA (1992:170), y también es similar a la que deberían llegar quienes, como MIR (1988:996) y GRACIA MARTÍN (1993:174 s.) defendían la solución del concurso ideal, aplicando la teoría dominante en Alemania, donde el tratamiento penal de dicha institución concursal es, prácticamente en la mayor parte de los casos, el mismo que el del concurso (aparente) de leyes, y no importa una *absorción agravada*, sino una *combinación* de los marcos penales en juego, por lo que algunos afirman que la diferencia entre ambos institutos «se ha reducido a cero» [SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: v. § 52/103)]. La única solución *penológica* ver-

2.º Si concurren una figura privilegiada con una o más calificadas, en el caso propuesto por nosotros, auxilio ejecutivo al suicidio y asesinato por precio, respectivamente, se considerará preferente y principal la figura más benigna, el auxilio ejecutivo al suicidio, siguiendo el criterio *del efecto oclusivo de las causas de atenuación*, entendidas en un sentido amplio. Por lo que toca a las causas de agravación contenidas en las figuras calificadas desplazadas y no previstas en la preferente, como en el supuesto anterior, éstas podrían estimarse en la medida de la pena de la figura preferente, como circunstancias del artículo 22 o, si ello no es posible, en la concreta determinación de la pena que corresponda (28).

daderamente divergente de la nuestra es la propuesta por SANZ (1989:672), quien, a pesar de sostener como nosotros la existencia de una relación de *subsidiariedad*, concluye, sin embargo, que ha de ser preferente la figura menos agravada sobre la más calificada, porque ésa es también la solución que se aplicaría al caso similar, de concurrencia entre figuras privilegiadas y calificadas de una misma básica.

(28) La solución aquí no sólo es idéntica en el aspecto penológico, sino también en lo que atañe a la aplicación –desde diferentes puntos de partida, naturalmente– del principio del *efecto oclusivo de la figura más benigna*, por autores tan relevantes como CÓRDOBA (1972:335), SANZ (1989:672), MIR (1992:180 s.) y GARCÍA ALBERO (1995:376). Y en cuanto a sus efectos, son los mismos a que se llegan siguiendo la propuesta de GIMBERNAT (1972:175). Sin embargo, nuestra solución cuenta con la ventaja de permitir fundamentar legalmente el llamado *efecto oclusivo de la figura más benigna*, en el sentido que MAURACH (1954b:255) [= (1954a:610)] le atribuyera a esta expresión, sin desnaturalizar la relación subyacente entre las figuras concurrentes ni recurrir a construcciones o principios dogmáticos diferentes a los utilizados para resolver el caso de la concurrencia entre figuras agravadas de una misma básica, como necesariamente debían hacer quienes defendían en dicho caso soluciones como la del principio de *alternatividad* o del *concurso ideal* (cfr. nota anterior).

El único reparo que, desde el punto legal, podría hacerse a la solución que aquí se plantea es el de la regla concursal del artículo 164 C.P., que regula la concurrencia de causales de atenuación y agravación en el delito de detención ilegal, y cuyo significado penológico es aparentemente diferente al aquí propuesto, sobre todo en lo que toca al *efecto oclusivo de la figura más benigna*, pues la pena se calcula a partir de una agravación, subiendo en un grado si concurre otra, y bajando, también en un grado, si concurre la figura privilegiada del artículo 163.2, siguiendo con ello el sistema propuesto por CUERDA (1991:862). Sin embargo, este reparo puede ser rechazado por dos razones: primero, porque, *materialmente*, la regla del artículo 164 *no es contradictoria* con el principio del *efecto oclusivo de la figura más benigna*, pues de todos modos evita que la sanción prevista para la figura agravada sea la aplicable en definitiva. Y segundo, porque se trata de una regla específica, que no tiene la significación general que las reglas de los artículos 66 y ss. parecen tener en el sistema penal vigente. Esto último significa que si bien es cierto que la regla del artículo 164 permite solucionar la situación concursal a que se refiere, la modificación en el marco penal que impone es imposible de trasladar por un recurso analógico al resto de los concursos entre figuras agravadas y privilegiadas, ya que importa la agravación del marco penal de la figura más privilegiada, teniendo en tal caso la analogía un *efecto in*

La discusión acerca de si, después de resolverse el conflicto en la forma indicada, se ha de apreciar o no en la determinación de la pena la circunstancia de cometerse el delito, por ejemplo, por precio, premio o recompensa remuneratoria, en la forma de agravante genérica del artículo 22.3, resulta un *paso posterior*, independiente de la determinación de la solución del concurso que se propone. De ahí que a esta forma de abordar el problema no le sea objetable, como sostuvo Mir (1988:996), el desconocer lo dispuesto en el actual artículo 67, antes artículo 59 C.P. 1944, con independencia de la interpretación que se haga del mismo, pues tanto la concurrencia como su solución se han planteado sin desmembrar las figuras legales en juego y sin considerar sus elementos típicos como meras circunstancias agravantes.

2.3 Alternatividad (art. 8.4.^a)

Según parece claro, la *alternatividad* estaría regulada, en el nuevo C.P., por la regla 4.^a del artículo 8, según la cual, tratándose de «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos... en defecto de los criterios anteriores [especialidad, subsidiariedad y consunción], el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor».

Aunque su presupuesto de hecho es aparentemente amplísimo, correspondiendo más o menos al del antiguo artículo 68 C.P. 1944 (29), en verdad, la aplicación de esta regla se encuentra limitada a un reducido grupo de casos en que sería, por una parte, posible aplicarla, atendido su expreso carácter residual, y por otra, admisible su aplicación, atendida la grave consecuencia penal que conlleva.

Este grupo de casos no es otro que el de los preceptos penales que se encuentran entre sí en una relación lógica de *identidad*, esto es, la que existe entre preceptos cuyo ámbito de aplicación es idéntico, aunque no lo sea su formulación lingüística, de manera que *todos los casos que son subsumibles en uno de ellos, lo son también en el otro, y viceversa*, y no es aplicable el principio de retroactividad más

malam partem, que no se da si de dicha regla se extrae sólo lo que podríamos llamar su núcleo esencial, esto es, su carácter representativo de una manifestación del principio del *efecto oclusivo de la figura más benigna*, cuya aplicación al resto de los casos de concurrencia entre figuras agravadas y privilegiadas de una misma básica sí es posible recurriendo a las normas generales relativas a la aplicación de las penas, cuya aplicación analógica produciría, en todo caso, un efecto *in bonam partem*, siempre admisible.

(29) Al respecto, cfr. CUERDA (1992:213).

benigna, por haber sido promulgados los preceptos que se tratan a un mismo tiempo (30).

En efecto, por una parte, y atendido su expreso carácter residual, la regla en estudio no puede referirse a preceptos que se encuentren en una relación lógica de *subordinación* o *interferencia*, pues a ellas son aplicables las reglas 1.^a y 2.^a del artículo en estudio (y también las concursales comunes de los arts. 73 a 77, cuando no lo hace la del art. 8.2.^a), respectivamente; ni tampoco a preceptos cuya relación es meramente *empírica*, pues como veremos enseguida, para ello está la regla del artículo 8.3.^a (y también las concursales comunes de los arts. 73 a 77, cuando no hay una relación de *acto principal* y *acto acompañante en sentido amplio*). Y descartadas estas relaciones, no queda otra que sea relevante en este contexto que la de *identidad* (31).

Y por otra, sólo cuando exista esa total *identidad* entre los ámbitos de aplicación de los preceptos concurrentes, podría llegar a justificarse la perentoria obligación establecida por la regla en estudio de recurrir al más gravemente penado, ya que aunque esta total duplicación sea responsabilidad del legislador, no es menos cierto que él ha valorado el hecho que se trata tanto con la pena que obliga a aplicar la regla que tratamos como con la otra más benigna. De ahí que esta doble sanción de un mismo hecho puede ser vista simplemente como producto de un desfase u olvido legislativo, cuya solución en esta regla 4.^a del artículo 8 no atenta contra las garantías implícitas del principio de legalidad, pues al imponer la pena más grave no se viola ni el principio de determinación de ésta ni el de su legalidad, como tampoco se ataca el *non bis in idem*, sino al contrario, se posibilita su respeto, al impedir la aplicación de la regla del artículo 77, que

(30) En sentido similar, estiman ahora *alternatividad* QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:580), cuando «el hecho, en todas sus dimensiones antijurídicas, puede ser indistintamente subsumido en una u otra norma»; y VIVES (1996:71), aunque la denomina *consunción impropia*, cuando «el injusto es, en ambas figuras, *idéntico*». Por su parte, para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491), habría tal relación, cuando los preceptos en conflicto tienen «estructura parecida, sino *idéntica*» [todos los subrayados son míos].

(31) KLUG (1956:404). También en España se ha tendido a identificar el principio de *alternatividad* con la idea de la *identidad*, especialmente en la propuesta de GIMBERNAT (1990:436 ss.), donde se afirma que la identidad puede resultar no sólo del contenido de las disposiciones en juego, sino también de su combinación con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, construcción esta última cuyo ámbito de aplicabilidad se ha visto considerablemente restringido por las disposiciones del nuevo C.P. 1995.

impone considerar en la pena del delito más grave la sanción por el de menor entidad penal (32).

Sin embargo, el número de casos en que se da esta relación es reducido (33), más aún ahora que se eliminó del Código la figura del parricidio, que hacía juego con la del asesinato en este tipo de relaciones (siempre que se admitiera la posibilidad de configurar supuestos de hecho *idénticos* mediante la adición de las circunstancias de alevosía, por ejemplo, y parentesco, respectivamente), y el resto de las tradicionales normas que permitían recurrir al antes vigente artículo 68 C.P. 1944. Un ejemplo podría ser el de la relación existente entre el artículo 461.2 y los artículos 393 y 396, en tanto aparece duplicada la descripción como delito de la presentación en juicio de documentos falsos, además de incorporarse una cláusula de *alternatividad expresa*, para el caso de que quien presente en juicio tales instrumentos sea el autor de la falsificación (34).

Otro caso, subsistente del Código anterior, parece ser el supuesto de *alternatividad expresa* del artículo 383.3, antiguo artículo 340 bis c) C.P. 1944, pero éste no es significativo en lo que toca a determinación de las relaciones de *alternatividad*, pues la disposición que contiene se presenta a su vez como una excepción expresa al tratamiento concursal común y a la disposición de las ya estudiadas reglas 2.^a y 3.^a del artículo 8, sin que produzca grandes efectos, salvo el que consiste en la consagración de esta curiosidad dogmática (35).

(32) Sin embargo, no debe pasarse por alto la prevención de SANZ (1995: 119), en cuanto a que con esta regla, si bien se respeta el *bis in idem*, parece producirse una fisura en el régimen de *favor rei* –al que el autor citado le otorga un rango de garantía constitucional– que domina las relaciones existentes entre preceptos idénticos, pero promulgados en distintos tiempos, a través del reconocimiento tanto de la *ultractividad* como de la *retroactividad de la ley más benigna*, artículo 2.2 C.P.

(33) Lo que, con razón, QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:580) califican de «normal». MIR (1996:27/81) va mucho más allá, afirmando que, en verdad, éste sería un caso imposible, pues operaría la derogación de la ley más benigna, ya que *nunca* sería aplicable. Sin embargo, esta última afirmación es difícilmente compatible con la posibilidad de *resurgimiento* de la ley más benigna, en casos como el del incumplimiento de requisitos procesales para aplicar la ley más grave.

(34) Cfr. QUINTERO (1996:1332). Cita VIVES (1996:71) como ejemplo de *alternatividad* la relación existente entre el alzamiento de bienes y la celebración de contratos simulados; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:492), el de la relación entre el delito de acoso sexual del artículo 184 y el de amenaza condicional del artículo 169. Sin embargo, en ambos casos estimo podría llegarse a soluciones similares, pero recurriendo al principio de *subsidiariedad* en la forma que aquí se entiende.

(35) Cfr. nota núm. 19.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS CASOS DE CONSUNCIÓN Y EL RESTO DE LAS FIGURAS CONCURSALES: EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

3.1 El principio de consunción (art. 8.3.^a)

Según el artículo 8.3.^a, cuando existan «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos... el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

Por sus términos y alcance, ésta fue en verdad la única regla discutida de todas las propuestas en el artículo analizado. Así, pronunciándose frente al artículo 15 Proyecto 1980, sostuvo Mir (1980:45) que dicha regla «no ofrece ninguna delimitación conceptual de la consunción: decir que el «precepto penal más amplio» «absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquél» no aclara qué debe entenderse por el precepto penal *más amplio* ni cuáles son las infracciones *consumidas*. Y para Cobo/Vives (1990:136 y nota 21), la redacción de esta regla «es muy imperfecta», pues, según ellos, «la aplicación de la consunción no presupone la existencia de un precepto «más amplio o complejo», sino de un precepto que contemple de modo más completo –total– el desvalor que pueda asignarse a la conducta», agregando que «la terminología del Proyecto es profundamente inadecuada», ya que «precepto «más amplio» sería el general respecto del especial». Posteriormente, García-Pablos (1993:82) denunciaría que con dicha regla se «redefine y desnaturaliza» la *consunción*. Incluso Bueno Arús (1995:232), quien defendía en general la introducción del artículo 8, sostuvo que «el empleo de conceptos indeterminados (*precepto más amplio o complejo*)» hace su regla 3.^a «tan tautológica como la de la relación de subsidiariedad», previniendo, además, que, en todo caso, «los preceptos *absorbidos* son los que establecen menor pena, no obstante que la ley no lo diga expresamente».

Sin embargo, ahora que el texto se encuentra en vigor, es necesario orientar la crítica hacia una interpretación del mismo que pueda ser operativa. En este sentido, cabe destacar, en primer lugar, al igual que hiciéramos con la regla 2.^a del artículo 8, que parece clara la voluntad del legislador en orden a configurar un lugar conceptual diferenciado para el principio que consagra su regla 3.^a (36), por lo que debemos

(36) Sobre esta regla en particular también se pronuncia GARCÍA-PABLOS (1993:82), para quien, al recogerse en ella el mandato del antes vigente artículo 68 C.P. 1944 –«de peligrosa tendencia expansiva»–, se perdía una oportunidad para «restringir» su ámbito de aplicación.

excluir de antemano que vaya a resolver supuestos completamente regulados por los principios antes expuestos. De ahí que excluyamos los casos de subordinación y de interferencia en que existe una misma propiedad jurídicopenalmente relevante común, abarcados por las reglas de especialidad y subsidiariedad, respectivamente. Pero de entre las restantes relaciones lógicas existentes entre preceptos penales, también debemos descartar que la regla del artículo 8.3.^a se refiera a la de *identidad*, pues aunque sus términos no sean del todo diáfanos, parece indubitable que ellos suponen a los preceptos en juego como *no idénticos*, al entender que uno de ellos ha de ser *más amplio* o *complejo* que el otro, puesto que una cosa que es en cualquier sentido «más» que otra no puede ser «lo mismo» que ésta. Luego, sólo restaría, en términos de relaciones *lógicas*, que la regla analizada regule casos en que concurren preceptos que se encuentren entre sí en relación de *interferencia*, siempre que ellos no tengan ninguna propiedad jurídicopenalmente relevante en común.

Pero en el apartado anterior acabamos de ver que la regla que parece regular con propiedad estos casos es, en *unidad de hecho*, la del *concurso ideal*. Y cuando se trata de una *pluralidad de hechos*, esto es, de realizaciones típicas que se suceden una tras otra en el tiempo y en el espacio, las reglas aplicables parecen ser las de los artículos 73 y ss. (incluyendo la del art. 77, en tanto regula también el llamado concurso *medial*), y en estos casos *con independencia de las relaciones lógicas* existentes entre los preceptos que regulan dichas realizaciones típicas.

Por tanto, la relación de *consunción* no puede basarse en las relaciones lógicas existentes entre los preceptos en juego. Luego, la disposición en análisis sólo puede referirse a ciertos casos en que exista una determinada relación entre preceptos que justifiquen su inclusión. Y estos casos no pueden ser otros que los de ciertas *relaciones empíricas entre hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos*. Estas relaciones no pueden ser la *simple* sucesión temporal de uno tras o otro o su comisión simultánea, presupuestos de aplicación de las reglas de los artículos 73 y 77, respectivamente. Tampoco pueden ser las relaciones de sucesión temporal que se describen el artículo 74, regulador del llamado *delito continuado*. Sobre esta base, cabe ahora buscar en los términos de la regla 3.^a del artículo 8 su ámbito de aplicación.

El Código habla aquí de preceptos «*más amplios* o *complejos*» que otros. Estas voces, aunque no del todo claras o afortunadas, parecen remiten indudablemente a las ideas de *la comprensión* o *absorción* del

hecho sancionado por un precepto penal en la sanción contemplada por otro, como señala la doctrina posterior al C.P. 1995 (37).

Pero esta *comprensión* no puede ser de carácter *lógicoformal*, ya que entonces estaríamos ante un caso de *especialidad lógica*. Luego, sólo podría ser una absorción empírica, cercana al sentido originario que tenía el concepto de *consunción* en la obra de Beling (1925:104), esto es, total comprensión del desvalor de los hechos juzgados por uno solo de los preceptos concurrentes. Claro que con esta fórmula tampoco se gana mucho, pues no nos dice cuándo un precepto absorberá totalmente el desvalor del hecho y cuándo no.

Para resolver este punto resulta, a mi juicio, apropiado recurrir a la idea planteada por Abels (1991:38 ss.) sobre la existencia de un *concurso de leyes material*, en el siguiente sentido: *entenderemos que un precepto es «más amplio o complejo» que otro cuando en la regulación de uno o varios hechos la intensidad criminal del hecho o de la parte del hecho que se subsume en él es mayor que la del hecho o de la parte del hecho que se subsume en el precepto «menos amplio», de manera que éste puede verse como un acto meramente acompañante, en sentido amplio, de aquél* (38).

En estos casos, la no aplicación de la pena correspondiente al delito de menor intensidad se justifica, porque al ser hecho copenado *insignificante* en relación al principal, el castigo por éste parece suficiente para señalar tanto al autor como al resto de la población, la reprobación jurídica de su conducta, pareciendo desproporcionado castigar, además, por los hechos acompañantes que, en la consideración del caso concreto, no tienen una significación autónoma (39).

El criterio recién expuesto nos permite, entonces, reunir, dentro del principio de *consunción* de la regla 3.^a del artículo 8 C.P., todos aquellos supuestos en que, no siendo apreciable una relación de espe-

(37) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491), MIR (1996:27/80), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:579) y VIVES (1996:70).

(38) En sentido similar, QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:579) afirman que, en estos casos, «el injusto *material* de una infracción acoge en sí injustos *menores*, que se sitúan respecto de ella en una relación *cualitativa de inferioridad*» [los subrayados son míos].

(39) La necesidad de una justificación adicional, como la aquí propuesta, había sido puesto ya de manifiesto por CID (1994:59s), ofreciendo él mismo una similar (p. 60 nota 27). En cuanto al principio de *insignificancia*, su operatividad en este ámbito la había anticipado GARCÍA ALBERO (1995:389). Actualmente, VIVES (1996:67), argumenta también con el principio de *proporcionalidad* en favor de la admisión de un concurso de leyes, entendiéndolo como un criterio material y constitucionalmente establecido que justificaría no sólo la aplicación de una de las normas concurrentes en los casos de *consunción*, sino en todos los casos de concurso de leyes.

cialidad o subsidiariedad, debe rechazarse no obstante el tratamiento concursal común porque uno de los preceptos concurrentes regula un hecho que sólo puede considerarse como *meramente acompañante, en sentido amplio*, del que regula el precepto *principal* y desplazante: los llamados *actos anteriores, propiamente acompañantes y posteriores copenados* (40).

De este modo, tal como lo propiciara Cid (1994:56, 58), se reúne en una sola regla del artículo 8 esta serie de casos que comparten en común la característica ya expuesta y que, por su propia naturaleza, no pueden reconducirse a las restantes reglas de dicha disposición ni tampoco ser consideradas dentro de las reglas concursales comunes, constituyendo a veces una excepción a los *concursos medial y real* de los artículos 73 y 77 –*actos anteriores y posteriores copenados*– y otras al *ideal* del 77 –*actos propiamente acompañantes copenados*–.

Naturalmente, al faltar el fundamento lógico de la relación que se trata, y depender ésta de factores empíricos, resultará difícil decidir en cada caso la regla a aplicar, presentándose un serie de supuestos limítrofes que no pueden ser determinados *a priori*. A esta dificultad hay que sumar el hecho de que tampoco es posible establecer *a priori* cuál de los preceptos concurrentes va a ser preferente, ya que esto lo determina sólo la *intensidad relativa* que tenga cada uno de ellos en el caso concreto, debiéndose descartar la tesis que sostiene siempre será preferente la ley más grave, ya que, como hemos dicho, para el Código esta regla sólo es obligatoriamente aplicable a los casos de *alternatividad*, dejando abierta la posibilidad de aplicar o no el mismo criterio en las restantes reglas del artículo 8, incluida la que aquí se analiza, pero ya no basado en la mera comparación de los marcos penales, sino como consecuencia de la afirmación de los requisitos de cada una de las reglas 1.^a a 3.^a en particular (41).

Sin embargo, el desarrollo de la teoría del concurso de leyes en la dogmática española permite, de todos modos, ofrecer una serie de grupos de casos en que se encuentra más o menos consolidada la

(40) En general, admiten actualmente *consunción* en la mayor parte de estos casos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:579) y VIVES (1996:70). Por su parte, MIR (1996:27/71s y 75ss) admite la consunción a de la mayor parte de estos casos, pero estima que, tratándose de *actos previos*, operaría el principio de *subsidiariedad tácita*.

(41) Aunque ahora VIVES (1996:70) afirma expresamente la necesidad de que la ley preferente contemple mayor pena que la desplazada, MIR (1996:27/76) reconoce y admite la posibilidad de que la ley preferente contemple una pena inferior a la preferida.

opinión según la cual el precepto que regula un hecho anterior, posterior o simultáneo a otro no puede ser aplicado conjuntamente con aquél en que es subsumible éste. Estos grupos de casos son los siguientes:

3.1.1 *De actos anteriores copenados*

Se comprenden entre ellos:

a) Los que consisten en la realización de una forma de participación en el delito anterior a su ejecución, respecto de ésta, como el paso de la inducción a la coautoría o de la complicidad simple a la necesaria o de todas las mencionadas a la autoría material.

b) Los que consisten en la realización de *tentativas fallidas* de *comisión de un mismo delito* antes de su consumación y en relación a ésta, siempre que se mantenga una misma voluntad criminal y no varíe el objeto material del delito tentado.

c) Los que consisten en actos preparatorios especialmente punibles en relación a la tentativa y la consumación del delito preparado, como p. ej., sucedería entre las disposiciones del artículo 141 y las de los artículos 138.º y 139.

d) Las existentes entre los *delitos de peligro concreto* y los *delitos de lesión a los bienes jurídicos puestos en peligro*, siempre que no sea el caso de apreciar *subsidiariedad*. Esto sucede, por ejemplo, cuando a la puesta en peligro concreto de un determinado estado de cosas o interés, sigue una lesión a otro diferente: en el caso de los delitos relativos al transporte o manipulación de sustancias tóxicas, puede suceder que una primera emanación tóxica ponga en peligro concreto la integridad de un grupo de personas, pero una segunda termine con la vida de una persona diferente a las que se han puesto en peligro con la primera emanación. Aquí, la primera puesta en peligro es *insignificante*, en relación con el resultado lesivo que provocó la segunda.

Además, parece razonable que tratándose de *delitos de peligro abstracto*, cuando en la realidad sólo se ha puesto en peligro al concreto estado de cosas o interés que resulta lesionado, el daño producido pueda considerarse suficiente para excluir la puesta en peligro general, porque éste, en verdad, no se ha producido con carácter *general* (42). Sin embargo, cuando estableciéndose un delito de peligro

(42) A una conclusión similar, pero desde otro punto de vista, llega CID (1994:57), extendiéndola, además, a todos los casos de concurrencia entre delitos de peligro

abstracto, el peligro que en la realidad se produce se extiende a otros estados de cosas o intereses protegidos jurídicamente, parece razonable que, salvo un fuerte argumento en contra, se admita la aplicación de la regulación concursal común, tal como lo manda la disposición del inciso final del artículo 346 que remite *expresamente* a la regulación concursal común la producción de un daño por medio de explosiones u otros estragos similares, y

e) Las existentes entre los llamados *delitos progresivos –de tránsito en la nomenclatura alemana–* y el delito a que conducen: p. ej., lesiones dolosas o culposas de los artículos 147 y ss. a las que sigue un homicidio doloso del artículo 138 o 139.

3.1.2 *De actos propiamente acompañantes típicos o copenados*

Se comprenden entre ellos:

a) Los consistentes en la realización de diversas formas de participación en el delito simultáneas a la ejecución material del mismo, en relación a la autoría. Así sucede con el paso sin solución de continuidad de acciones de complicidad simple a la complicidad necesaria y aún a la autoría material.

b) Los consistentes en hechos de escaso valor criminal que acompañan regularmente la comisión de ciertos delitos, como la falta de daños del artículo 625.1 en que podrían subsumirse los inferiores a cincuenta mil pesetas acompañantes de ciertos delitos de homicidio y lesiones, como serían los que recayeran sobre las ropas o bienes que vistiese o portase el ofendido. Lo mismo cabe decir de los daños que acompañan típicamente la fractura del robo con fuerza del artículo 238.3, en la medida que no se trate de los comprendidos tácitamente en la idea de la fractura (*especialidad por comprensión*). A pesar de sostenerse habitualmente que el daño no quedaría desplazado cuando su pena fuese superior a la del delito que acompaña, no parece de recibo esta afirmación, si se considera que el daño no constituye el objeto delictivo perseguido por el delincuente sino un mero acto acompañante del que se presenta como *principal* en el suceso fáctico: la relación entre hecho principal y hecho acompañante la determina la intesidad criminal en el caso concreto en que se realizan conjuntamente los supuestos de hecho de las normas en juego, no la pena prevista para los sucesos aislados.

abstracto y delitos de resultado, con el argumento de que éste supondría necesariamente la realización de aquél. En todo caso, de admitirse este último argumento, estaríamos en un supuesto de *subsidiariedad*, y no en uno de consunción, al existir una misma propiedad jurídicopenalmente relevante común a los preceptos en juego.

En esta condición puede considerarse también el allanamiento de morada del artículo 202.1, que se encontraría consumido en el delito de robo con fuerza en lugar habitado del artículo 241.1.

3.1.3 *De actos posteriores copenados*

Se comprenden entre ellos:

a) Los que consisten en el aprovechamiento de los efectos del delito en cuya comisión se ha tomado parte, artículos 299, 301 y 303. En los delitos patrimoniales, y contra lo expresado por un sector de la doctrina alemana, me parece que no puede dejar de entenderse que la destrucción de la cosa sustraída es un *acto posterior copenado*, atendido que nuestro Código habla directamente de la «apropiación» de cosas y ésta, conforme nuestra legislación civil, incluye la facultad de disponer de ellas, facultad que comprende la destrucción de las mismas, salvo en los casos excepcionales de bienes de utilidad social y cultural, penados independientemente por la regla del artículo 289.

b) Los que consisten en el agotamiento de la intención puesta en el delito preferente, como el uso del documento falsificado por parte de quien lo falsifica, artículos 392 y 393.

c) Los que consisten en actos de *autoencubrimiento*, como el uso ilegítimo de vehículo de motor consecutivo a la comisión de otro delito contra la propiedad, artículos 244 y 234 y ss..

Esta lista de *actos anteriores, acompañantes y posteriores* no es, en todo caso, taxativa ni definitiva, porque la regla del artículo 8.3.^a, tal como aquí se entiende, no permite postular una lista de esas características, ya que la cuestión queda entregada en general a la valoración del caso concreto, sirviendo los casos propuestos como guía para decidir si aplicar o no dicha disposición legal, pero en ningún caso como un mandato de obligatorio cumplimiento, ya que lo decisivo en todos estos casos es determinar la verdadera *intensidad criminal* de los hechos en juego, y en particular, el juicio sobre la *insignificancia*, a efectos penales, de uno de ellos en atención a su relación con el o los restantes.

4. CONCLUSIONES

Las ideas hasta aquí expuestas pueden resumirse en las siguientes tesis:

i) A pesar de que el artículo 8 del C.P. 1995 parece regular expresa y exhaustivamente el concurso de leyes, las cuestiones más

relevantes de la institución, como su distinción del resto de las figuras concursales y la determinación de los presupuestos de aplicación de sus principios de solución, ha quedado entregada a la labor del intérprete;

ii) Ambos problemas pueden ser abordados determinando los principios que justifican la preferencia de las reglas del concurso de leyes sobre las concursales comunes. Estos principios son el de *non bis in idem* y el de *insignificancia*;

iii) Conforme al principio de *non bis in idem*, cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ellas supone necesariamente considerar dos o más veces una misma propiedad del hecho jurídicopenalmente relevante y común a todas las normas concurrentes, estamos ante un caso de concurso de leyes que se resuelve, atendiendo a la relación lógica existente entre las normas en conflicto, *subordinación, interferencia e identidad*, según los principios de especialidad, subsidiariedad o alternatividad, respectivamente;

iv) Aplicando este principio de *non bis in idem*, es posible resolver el complicado problema de la concurrencia entre figuras calificadas y privilegiadas de una misma básica, recurriendo a un único principio de solución del concurso de leyes, el de *subsidiariedad tácita*, pues en ambos casos existe una relación lógica de *interferencia* en que *las normas concurrentes comparten al menos una propiedad jurídicopenalmente relevante en común* (la que constituye la figura básica). En estos casos, a falta de una norma expresa en el artículo 8.2.^a del C.P. que establezca cuál de las figuras concurrentes ha de ser preferente, se ha de considerar preferente la norma más calificada, si sólo concurren figuras calificadas; o la más atenuada, si lo hacen éstas con aquéllas; según los principios que se derivan del tratamiento que el C.P. dispensa a la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal;

iv) Y según el principio de *insignificancia*, cuando en la concurrencia de dos o más normas, la intensidad criminal (fáctica) de uno o varios hechos o de la parte del hecho subsumible en una o varias de las normas concurrentes es *insignificante* respecto al hecho o la parte del hecho que aparece (fácticamente) como *principal*, estamos ante un concurso de leyes que se resuelve conforme al principio de consunción, el cual impone estimar preferente la norma principal, desplazando a la que aparece, por su insignificancia, como meramente acompañante (actos anteriores, posteriores y propiamente acompañantes copenados).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELS, Peter (1991), *Die «Klarstellungsfunktion» der Idealkonkurrenz*, Marburg, 1991.
- AGULLÓ AGÜERO, Antonia (1987), «“Non bis in idem”», contrabando y tráfico de drogas», en BOIX R., J. y otros (eds.): *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Valencia 1987, 138.
- BAJO, Saturnino (1891), «Artículo 90 del Código pena»1, en *RT*, 1891, 314.
- BELING, Ernst (1906), *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen 1906.
- (1925), *Grundzüge des Strafrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1925.
- BOBBIO, Norberto (1970), «Sui criteri per risolvere le antinomi», en *del mismo: Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Torino 1970, 95.
- BUENO ARÚS, Francisco (1995), «La teoría de la ley penal en el proyecto de código penal español de 26 de septiembre de 199», en *AP* 1995, 227.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL Malarée, Hernán (1994), «Manual de derecho penal», *PG*, 4.ª ed., Barcelona 1994.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1986), «¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1986)», en *ADPCP* 1986, 993.
- CID MOLINE, José (1994), «Notas sobre las definiciones dogmáticas de concurso de delitos», en *ADPCP* 1994, 29.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1990), «Derecho penal», *PG*, 3.ª ed., Valencia 1990.
- CÓRDOBA Roda, Juan (1972), «Comentario a los artículos 68 a 71 Cp 1944», en *el mismo/RODRÍGUEZ MOURULLO, G./TORO Marzal, A. del/CASABÓ Ruíz, J.: Comentarios al Código penal t. II*, Barcelona 1972.
- CUERDA Riezu, Antonio (1991), «El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990», en *ADPCP* 1991, 621.
- (1992), *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid 1992.
- DÜNNEBIER (1954), «Die Subsidiaritätsklausel», en *GA* 1954, 271.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel (1992), «¿Parricidio o asesinato?», en *PJ* 25 (1992), 163.
- GARCÍA ALBERO, Ramón (1995), *Non Bis in Idem Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona 1995.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1992), «Proyecto de Código penal de 1992: parte general (teoría jurídica del delito)», en *Revista ICADE* 29 (1993), 57.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1972), «Inducción y auxilio al suicidio», en *del mismo: Estudios de derecho penal*, Madrid 1976, 163. Publicado por primera vez en *Revista de Ciencias Penales* (Chile) 1972, 21.
- (1990), «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *ADPCP* 1990, 421.
- (1992), «Concurso de leyes, error y participación en el delito (a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», en *ADPCP* 1992, 833.

- GRACIA MARTÍN, L. (1993), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia 1993.
- GUALLART DE VIALA, Alfonso (1990), «Parricidio-asesinato: ¿concurso de leyes o concurso ideal de delitos?», en *AP* 1990-II, 401.
- HONIG, Richard (1927), *Straflose vor-und Nachtat*, Leipzig 1927.
- HUERTA, Cesáreo (1898), «Reformas urgentes en el código penal», en *RT*, 1898, 17.
- KLASS, Gerhard (1960), *Das Zusammentreffen von Qualifizierten und Privilegierten Delikten, unter besonderer Berücksichtigung der Eigentumsdelikte*, Tesis doctoral, Frankfurt 1960.
- KLUG, Ulrich (1956), «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», en *ZStW* 68 (1956), 399.
- KOCH, Hans-Jörg (1960), «Sondergesetz, Subsidiaritätsklausel und Sicherungsmassregel», en *GA* 1960, 1.
- KÖHLER, August (1900), *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, München 1900.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996), *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.
- MAURACH, Reinhart (1954a), *Deutsches Strafrecht*, AT, Karlsruhe 1954.
- (1954b), «Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda», en *Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I*, Bonn 1954, 249.
- MAYNAR BERNALES, Manuel (1906), «El artículo 90 del código penal», en *RT* 1906, 741.
- MIR PUIG, Santiago (1980), «Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal», en *RFDUC* monográfico 3 (1980), 39.
- (1988), «Sobre la relación entre parricidio y asesinato (comentario a las STS de 4.3.1986, 29.9.1986 y 31.10.1987)», en *ADPCP* 1988, 988.
- (1992), «Addenda a “sobre la relación entre parricidio y asesinato”», en Mir p. y otros: *Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona 1992, 179.
- (1996), «Derecho penal», *PG*, 4.^a ed., Barcelona 1996.
- MONZÓN Y RODRÍGUEZ, Rafael (1906), «Reforma del artículo 90 del Código Penal», en *RT* 1906, 727.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996), «Derecho Penal», *PG*, 2.^a ed., Valencia 1993.
- ORTS BERENGUER, Enrique (1977), «Inhumaciones ilegales e infanticidio», en *Delitos contra la salud pública*, Valencia 1977, 415.
- (1985), «Alternatividad expresa», en *CLP V*, 2.^o (1985), 691.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (1991), *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid 1991.
- PUPPE, Ingeborg (1982), «Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», en *GA* 1982, 143.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona 1996.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín/PRATS CANUT, J. Miguel (1996), «Curso de Derecho penal», *PG*, Barcelona 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1986), «La relación concursal parricidio-asesinato después de la reforma de 1983», en *La Ley* 1986-4, 350.
- SAINZ DE ROBLES, Celia (1989), «El artículo 240bis a), del Código Penal», en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Sánchez Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989, 651.
- SANZ MORÁN, Ángel (1986), *El concurso de delitos, aspectos de técnica legislativa*, Valladolid 1986.
- (1989), «Alternatividad de leyes penales», en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Sánchez Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989, 663.
- (1995), «El concurso de delitos en la reforma pena»¹, en *Cuadernos Jurídicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/STREE, Walter (1991), «Comentarios previos a los §§ 38 y ss. y 52ss., y comentarios al § 73 StGB», en Schönke, Adolf/Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl. München 1991.
- SEIR, Jürgen, (1983), «Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen», en *Jura* 1983, 225.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1996), «Comentario al artículo 8 Cp 1995», en *del mismo (de.): Comentarios al Código penal de 1995, vol. I*, Valencia 1996.
- VOGLER, Theo (1985), «Comentarios previos al § 52 StGB», en *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin 1985.

