

# Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4<sup>a</sup> del artículo 8º del Código Penal

**Autor:** Antonio Obregón García  
Profesor Propio Ordinario de Derecho Penal.  
Universidad Pontificia Comillas.

## **Resumen**

En este trabajo se analiza el significado, el contenido y la aplicación de la regla cuarta del artículo 8º del Código penal. Este precepto trata de resolver los concursos de normas en relación de alternatividad, es decir, los casos en que varias normas son aparentemente aplicables, pero finalmente sólo se aplica una de ellas: la que establece una pena más grave.

*Palabras clave:* Código Penal, concurso de normas o de leyes, pena más grave.

## **Abstract**

This paper analyses the meaning, content and application of the fourth rule of Article 8 of the Spanish Criminal Code. This precept tries to resolve the conflicting

norms in relation to alternativity, i.e. in cases in which a number of norms appear to be applicable, but in which only one is finally applied, the one which establishes the most severe sentence.

*Key words:* Criminal Code, conflict of laws, conflict of norms, most severe sentence.

Recibido: 10.03.2008

Aceptado: 01.04.2008

---

## I. Introducción

Este trabajo, concebido en su original versión como un homenaje a mi maestro, el profesor BUENO ARÚS<sup>1</sup>, parte de lo que podría asegurar constituye un *tópico* de su obra: la unidad plural de “lo” jurídico, y de “lo” jurídico y “lo” cultural”, así como la relación entre los elementos del delito, entre el delito y la pena, entre la teoría de la ley, del delito y de la pena, entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico, entre el Derecho y la Política, entre el Derecho y otras Ciencias, entre las Ciencias y las Letras, entre la Ciencia y el Arte...<sup>2</sup> El tema del trabajo se inspira en esa idea central del pensamiento (jurídico) de BUENO ARÚS: la pena trae causa del delito, y el delito de la ley penal; pero la ley penal adquiere sentido por su referencia al delito, y la ley penal y el delito no pueden entenderse sin la pena; y, dentro de la teoría de la pena, la determinación de ésta no deja de ser nada menos que el remate y la coronación del sistema penal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> El contenido básico de este trabajo formó parte del homenaje al profesor BUENO ARÚS que tributó la Revista de Estudios Penitenciarios (vol. extra 2006, en concreto págs.151-168); de esta forma, con correcciones y adiciones, me permito prolongar el homenaje en la Revista ICADE, foro en el que el profesor BUENO ARÚS se ha prodigado en tantas ocasiones, brindándonos en ella muchas de sus más agudas aportaciones científicas.

<sup>2</sup> En su “última lección académica” (que se ha convertido, afortunadamente, en la reanudación de una fructífera producción científica), BUENO ARÚS, *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005, pág.23, hace suya la afirmación de BIONDI que sostiene que la función de un jurista está más cerca del Arte que de la Ciencia. Escogeré algunas frases de BUENO ARÚS que muestran este interés por la relación entre las distintas ramas del Derecho, y entre éste y otras Ciencias y la Cultura en general: “Prólogo”, en OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Madrid: Dykinson, 1998: “...el penalista, convencido del carácter profundamente cultural de su parcela, piensa que, para saber y para saber aplicar y enseñar el Derecho penal, hay que saber mucho más que Derecho penal” (pág.20); “como colofón de cuanto antecede, cabe subrayar una vez más el sentido unitario del contenido de la Ciencia del Derecho penal...” (pág.22); “así, el valor cultural del Derecho, que conduce a la interdisciplinariedad con que acertadamente se pretenden abordar en nuestra época los problemas penales, ha de alcanzar también a pedir la colaboración de otras Ciencias que no sean precisamente las Ciencias sociales o las Ciencias de la Conducta” (pág.23).

<sup>3</sup> Así lo subraya GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, Madrid: ICAI, 1985, pág.1.

Las siguientes líneas van a permitir resaltar que la comprensión de la importancia y de la función de las cuestiones penológicas, y en concreto de ese “muro de lamentaciones de los penalistas” que representa la determinación de la pena<sup>4</sup>, puede facilitar el buen entendimiento dogmático de los problemas que se suscitan en la teoría de la ley penal y en la teoría del delito. El asunto que se va a tratar, y que obedece al propósito explicitado, es el significado, contenido y aplicación de la regla 4<sup>a</sup> del art.8 CP que resuelve los concursos entre dos leyes penales a favor de aquélla que tiene asociada una pena más grave; como podrá observarse, el tema combina (y encaja) la determinación de la pena con la teoría de los concursos, tradicionalmente desarrollada tanto en la teoría de la ley penal como en la teoría del delito<sup>5</sup>.

En efecto, la teoría de los concursos de leyes o de normas o de preceptos<sup>6</sup>, cuyo estado es tachado por GRACIA MARTÍN de “rudimentario” y aún más duramente de “caos sin parangón”<sup>7</sup>, ha sufrido hasta fechas recientes una desatención llamativa en la doctrina española, que felizmente se está superando en el nuevo siglo. Aunque en no pocas ocasiones su desarrollo se ha reservado al ámbito de la teoría de la ley penal, en relación con la determinación e interpretación de la ley aplicable<sup>8</sup>, su conexión con la teoría de los concursos de delitos (generalmente corolario de la teoría jurídica del delito) es constatable<sup>9</sup>, si bien su vinculación no siempre se ha destacado convenientemente. Creo que, siguiendo las valiosas aportaciones que en los últimos tiempos han favorecido el progreso de la teoría de los concursos penales, dicho enlace debe subrayarse de manera adecuada; pero también, como se ha adelantado, hay que reclamar su ligazón con la teoría de la pena y, singularmente, con la

<sup>4</sup> Opinión de HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona: Bosch, 1984, pág.137.

<sup>5</sup> El espacio disponible y la intención expresada permiten comprender que, en modo alguno, se pretende acometer en este trabajo la elaboración acabada de una teoría general del concurso, por lo que bastantes aspectos de ésta apenas se apuntarán; se habrá cumplido el objetivo marcado si con las presentes líneas se logra exponer una reflexión ordenada sobre una regla particular de los concursos escasamente tratada, como es la regla 4<sup>a</sup> del art.8 CP, a la par que se pone de manifiesto, como se indicaba, la importancia de la conexión entre los elementos básicos del Derecho penal.

<sup>6</sup> Apoya la denominación de “concurso de normas” CASTELLÓ NICÁS, *El concurso de normas penales*, Granada: Comares, 1999, págs.1 y ss.; por el contrario, propugna el empleo de la locución “concurso de leyes” ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada: Comares, 2004, págs.67 y ss. Al margen de que, probablemente, de esta polémica no se extrae consecuencia práctica de interés, las razones aducidas por ambas autoras, ciertamente valorables y atendibles, no parecen sin embargo radicalmente concluyentes para juzgar que se comete un error de envergadura si, como ha venido siendo usual en la doctrina española, se utiliza indistintamente una expresión u otra; por otro lado, el apego a la ley, afición que se supone se debería cultivar en la actividad dogmática, nos debería conducir a calificarlo de concurso de “preceptos”, pues éste es el término que el Código Penal emplea, repetidamente, en el art.8.

<sup>7</sup> GRACIA MARTÍN, “Prólogo”, en ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs. XV y XVII.

<sup>8</sup> Acerca de la ubicación sistemática del concurso de leyes, *cfr.* ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.97 y ss.

<sup>9</sup> En contra, no obstante, CASTELLÓ NICÁS, *El concurso...*, cit., pág.43: “por mucho que se quiera conectar el concurso de normas y el concurso de delitos... estamos hablando de dos cosas totalmente diferentes”; a favor de la tesis de la conexión, ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.102 y s.

determinación de la pena<sup>10</sup>. La diferente ubicación de los preceptos que vamos a tratar (en el Título Preliminar del Código, que lleva por rúbrica “de las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”; en el capítulo II del Título III del Libro I, dedicado a las reglas de aplicación de las penas; y, obviamente, en los Libros II y III, es decir, la Parte Especial) da cuenta de la *intradisciplinariedad* del tema.

La necesidad de esta propuesta va a ser atestiguada, como se reseñaba, a través del análisis de la regla 4ª del art.8 CP, a la que normalmente se la identifica como la descriptora de la relación de alternatividad en los concursos de leyes, y que apenas cobra realce en nuestra doctrina salvo para renegar de ella; a mi juicio -como trataré de probar seguidamente-, esta regla, lejos de encontrarse vacía de contenido o de ser un estorbo en el régimen concursal, como proclama una gran parte de la doctrina española, constituye la cláusula de cierre del sistema de “concursos” de nuestro Código, por lo que despliega una función, de extensión discutible, pero esencial en el ámbito citado. Y esta conclusión podrá suscribirse y corroborarse a partir de una recata composición de los elementos del sistema, integrando en él, fundamentalmente, la determinación de la pena.

## II. Sentido de la regla 4ª del art. 8 CP

La regla 4ª del art.8 CP establece que, en caso de que, para la calificación de un hecho, entren en concurso dos o más preceptos penales, y no resulten aplicables ni las normas relativas al concurso de delitos (arts.73 a 77 CP), ni las reglas conocidas como de especialidad, subsidiariedad y consunción, el precepto penal más grave excluirá los preceptos que castiguen el hecho con pena menor<sup>11</sup>. Comúnmente se denomina “relación de alternatividad” a la relación que se entabla entre las leyes en

<sup>10</sup> La vinculación del concurso de delitos con la teoría de la pena ha sido más destacada que en el caso del concurso de leyes; sobre la ubicación de la teoría del concurso de delitos -entre la teoría del delito y la de la pena-, *cfr.*, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, págs.20 y ss.; SUÁREZ LÓPEZ, *El concurso real de delitos*, Madrid: Edersa, 2001, págs.29 y ss.; ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.98 y ss.

<sup>11</sup> El contenido completo del art.8 CP es el siguiente: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª) El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª) El precepto penal más amplio o más complejo 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 pena menor”. De los artículos 73 a 77 vamos a reseñar el primero y el último, ya que definen los concursos de delitos, real e ideal respectivamente; art.73: “Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”; art.77: “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer el delito. 2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. 3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

concurso que disciplina esta regla, si bien dicha expresión, que no posee alcance legal, es puesta en tela de juicio, por lo que en ocasiones la doctrina se refiere a esta regla mediante la descripción del contenido de su consecuencia (aplicación del precepto que impone una pena superior)<sup>12</sup>.

El antecedente de esta regla se encuentra en el art.68 CP-73<sup>13</sup>, única norma que, desde 1944, regulaba expresamente el concurso de leyes en nuestro Código penal, si bien no dejaba de suscitar opiniones doctrinales contrarias a su existencia y tenor<sup>14</sup>. Con todo, hay que señalar que el principio de alternatividad, además de ser el único que cuenta con raigambre en nuestra tradición normativa<sup>15</sup>, se ha mantenido en el Código penal a pesar del conocimiento del legislador de 1995 de las severas críticas doctrinales que había merecido, perseverancia legislativa que debe hacer pensar, al menos desde una perspectiva dogmática, que esta regla no es tan prescindible en el sistema de concursos que se diseña en el cuerpo normativo penal.

Como se acaba de indicar, la regla 4ª del art.8 CP no goza de buena “reputación” doctrinal, pues en el mejor de los casos viene siendo considerado un precepto inconsistente<sup>16</sup>, si no irrelevante<sup>17</sup>, y, en último extremo, inconstitucional<sup>18</sup>, hasta el punto de llegar a demandarse, *lege lata*, evitar su utilización<sup>19</sup>. Así las cosas, la primera tarea que hay que emprender consiste en descubrir el sentido que el legislador ha podido

<sup>12</sup> En este sentido, señala CASTELLÓ NICÁS, *El concurso...*, cit., pág.168, que “alternatividad implica sólo la opción entre dos o más cosas, pero no determina el establecimiento de criterio alguno para resolver esa opción”, razón por la cual se refiere al principio que contiene esta regla como “principio de pena superior” o de “mayor gravedad punitiva”; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs.180 y ss., consideran que esta regla describe una suerte de “subsidiariedad o consunción impropia”. Más exhaustivamente sobre el concepto de alternatividad, SANZ MORÁN, “Alternatividad de leyes penales”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs.663 y ss.

<sup>13</sup> Art.68 CP-73: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos”.

<sup>14</sup> Por todos, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos...*, cit., pág.195: “la regla del art.68 es equívoca, ya que interpretada literalmente llevaría a soluciones disparatadas, y superflua”.

<sup>15</sup> Sobre el concurso de normas en los Códigos penales históricos y en las proyectadas reformas del Código penal, *cfr.* CASTELLÓ NICÁS, *El concurso...*, cit., págs.21 y ss.

<sup>16</sup> Aprecia QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, con la colaboración de MORALES PRATS y PRATS CANUT, Pamplona: Aranzadi, 1999, pág.751, que “pocas veces se leen invocaciones expresas de este principio plasmado en el número 4º del artículo 8, y al que muchos autores niegan sustantividad”.

<sup>17</sup> Como indica SANZ MORÁN, *Alternatividad de...*, cit., pág.669, la alternatividad pierde progresivamente terreno en la teoría del concurso, especialmente en las doctrinas alemana e italiana; según ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.221, el principio de la alternatividad ha sido “despreciado ya hace tiempo en otros ámbitos jurídicos”. Por ello, RODRÍGUEZ RAMOS, “Artículo 8”, en *Código penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales complementarias*, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, Madrid: La Ley, 2005, pág.82, lo califica de precepto “muy español”.

<sup>18</sup> Expresa dudas, por ejemplo, sobre su constitucionalidad SANZ MORÁN, “Concurso de delitos. Criterios y problemas”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ed. por ASÚA BATARRITA, Bilbao: Universidad del País Vasco, 1998, pág.81.

<sup>19</sup> Como hace RODRÍGUEZ RAMOS, “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes (exégesis crítica del art.8 del Código Penal)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 19-2-1998, año VIII, nº330, pág.4.

conferir a esta regla, desmintiendo las voces que arrinconan su presencia y menosprecian su funcionalidad, o, en caso de resultar baldía esta labor de indagación crítica, unirse a ellas y denunciar el error del legislador al incluir esta regla en el Código penal.

Sintéticamente, se puede reconocer en la doctrina dos clases de argumentos tendentes (subjettiva u objetivamente) a ceñir lo más posible el ámbito de aplicación de la regla 4<sup>o</sup> del art.8 CP: por un lado, un argumento que podríamos considerar de naturaleza dogmática, que describe el escaso margen de utilidad del precepto, dado el carácter subsidiario que se deduce de su tenor legal; por otro lado, un argumento de corte más político-criminal, que expresa la disconformidad con el resultado penológico que aporta dicha regla para la solución de los concursos a los que puede afectar. El estudio del primero de los argumentos nos va a conducir a delimitar el sentido de la regla 4<sup>o</sup> del art.8 CP y a enmarcar su contenido; el examen del segundo nos llevará a analizar la forma de aplicar esta regla en la determinación de la pena.

Efectivamente, la mayoría de la doctrina que aborda de forma acabada el problema concursal y que proclama la difícil, reducida o inexistente justificación de la regla 4<sup>a</sup> del art.8 CP se basa, explícita o implícitamente, en su carácter subsidiario respecto de las restantes reglas que contiene el art.8 CP para la determinación de la norma aplicable. La posición de esta regla, que se define como jerárquicamente inferior<sup>20</sup>, le reservaría un ámbito completamente secundario o marginal, que podría llegar a ser, como se ha indicado, prácticamente ficticio. Ese carácter residual se intensifica cuando el concurso de leyes y el concurso de delitos se presentan (a mi juicio correctamente) como manifestaciones de un mismo fenómeno concursal<sup>21</sup>; las definiciones de ambos concursos (en el de leyes se aplica una sola norma para captar el desvalor del hecho, en el de delitos es preciso aplicar varias normas en concurso para captar-

<sup>20</sup> Según CASTELLÓ NICÁS, *El concurso...*, cit., pág.189, “la relación entre los principios resolutorios del concurso de normas es de índole jerárquica, pero sólo en relación al principio de la pena superior”, ya que “todos ellos (especialidad, subsidiariedad y consunción) forman un primer nivel, y si la relación que media entre dos o más normas no es de ninguna de estas características, habrá que optar por el segundo nivel, en el que se encuentra el principio de la pena superior”.

<sup>21</sup> No es infrecuente referirse al concurso de leyes como concurso “aparente”, ya que, en realidad, en esta figura sólo una de las leyes en (supuesto) concurso es finalmente aplicable (cfr. GIMBERNAT ORDEIG, “Concurso de de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del prof. E. Peñaranda)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, págs.837 y ss.); sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que en el concurso de leyes, si bien sólo uno de los preceptos puede aplicarse, todos los preceptos concurren efectivamente (cfr. esta posición en PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid: Civitas, 1991, págs.35 y ss.). Entre otras razones, es preferible la estimación del concurso de leyes como auténtico concurso porque esta concepción, como explica MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4<sup>a</sup> ed., Barcelona: PPU, 1996, pág.668, “permite que el precepto o preceptos desplazados puedan ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente y, sobre todo, que pueda aplicarse en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente pero no el desplazado”. De nuevo, si acudimos al tenor literal legal, en este caso al primer párrafo del art.8 CP, observamos que el legislador parte de la idea de unidad del fenómeno concursal, ya que fija como presupuesto de aplicación de dicho artículo que los hechos sean susceptibles “de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código”.

lo)<sup>22</sup> conducen a excluir el *tertium genus* que parece representar la relación de alternatividad, porque o bien una sola norma capta todo el desvalor del hecho (y entonces las reglas de especialidad, subsidiariedad o consunción son suficientes, e incluso parte de la doctrina piensa que con la primera bastaría para dar cobertura a todos los supuestos)<sup>23</sup> o no (y en ese caso devendría aplicable el concurso de delitos).

De esta forma, la virtualidad de la regla 4ª del art.8 CP se circunscribiría a: i) corregir los casos en que el legislador comete errores técnicos en la tipificación de las conductas<sup>24</sup>; ii) resolver los casos de identidad, esto es, en palabras de GIMBERNAT ORDEIG, aquellos en los que “las dos calificaciones en conflicto abarcan, no aspectos diferentes de la conducta, sino exhaustivamente todos los datos jurídico-penalmente relevantes”<sup>25</sup>; iii) a ambas cosas simultáneamente (es decir, el ámbito aplicable de esta regla sería sólo el de los casos de identidad, que constituyen un error del legislador)<sup>26</sup>. Habrá que convenir que resulta cuando menos paradójico que el legislador haya sido tan previsora que ha decidido dedicar una regla a prevenir su propio error, paradoja que permite sugerir -de momento- que el principio de vigencia de las normas no queda, con esta interpretación, suficientemente salvaguardado, y que, tal vez, la doctrina proyecta su falta de sintonía con la regla de la alternatividad en la determinación del (escaso) ámbito de aplicación que le concede.

<sup>22</sup> Aunque los diferentes autores que tratan la teoría de concursos ofrecen definiciones diversas de los concursos de leyes y de delitos, en general coinciden en la descripción apuntada; las discrepancias suelen surgir en torno, por un lado, al carácter aparente o auténtico del concurso de leyes (cuestión reseñada en nota anterior), y, por otro, a la necesidad de que en los concursos de leyes la norma aplicable capte exhaustivamente todo el desvalor o, simplemente, baste con que sólo capte una parte significativa (para evitar la aplicación del concurso de delitos e incurrir en conculcación del principio *non bis in idem*); *cfr.* extensamente sobre estos conceptos, CASTELLÓ NICÁS, *El concurso...*, cit., págs.14 y ss., y ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.66 y ss.

<sup>23</sup> Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Artículo 8*, cit., pág.82, señala que el principio de especialidad “en realidad es el que pleonásticamente se repite en todas las reglas” y CASTELLÓ NICÁS, *El concurso...*, cit., pág.116, manifiesta que “así como existen dudas que (...) son cada vez más crecientes, sobre la relevancia de otros criterios, o de que éstos resuelvan en realidad un concurso de normas penales, uniformemente se admite la trascendencia de la regla de especialidad”.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pág.541, consideran que este precepto “debe siempre tenerse en cuenta 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”; como explica ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.196, el principio de alternatividad se ha venido manejando “como camino para llegar a soluciones penológicas que la doctrina considera más adecuadas, en casos en los que el legislador parece haber cometido “*despistes*” en la regulación de determinados supuestos” (en cursiva en el original).

<sup>25</sup> GIMBERNAT ORDEIG, “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pág.437. De este mismo parecer, GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pág.173, y, especialmente, ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.292 y s.

<sup>26</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág.673: “la única posibilidad de que no sean aplicables “los criterios anteriores” (especialidad, subsidiariedad y consunción) es que por un error o descuido del legislador dos o más preceptos vengán a prever exactamente el mismo hecho”; para SANZ MORÁN, *Concurso de delitos. Criterios...*, cit., pág.81, en el art.8 “se grava al reo con los errores del legislador cuando éste recoja, contra toda lógica, un mismo hecho con todos sus pormenores, en dos preceptos distintos, con respuestas sancionatorias diversas”.

En mi opinión, la clave del buen entendimiento del sentido y función de la regla 4ª del art.8 CP estriba, precisamente, en partir del reconocimiento de su subsidiariedad; de su carácter, en realidad, doblemente subsidiario (respecto del concurso de delitos, en primer lugar, y respecto de las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción, después). Dos locuciones nos indican meridianamente esta naturaleza: de una parte, la expresión “no comprendidos” (primer párrafo del art.8 CP), que aclara el carácter subsidiario de la totalidad de las reglas contenidas en el art.8 CP respecto del concurso de delitos<sup>27</sup>; de otra parte, la expresión “en defecto” (en la propia regla 4ª de este artículo) que nos afirma la subsidiariedad de la regla 4ª respecto de las tres primeras del art.8 CP en su conjunto<sup>28</sup>. Pero el reconocimiento de este carácter no determina la extensión, mayor o menor, de su ámbito de aplicación, sino únicamente la condición de dependencia de la regla 4ª del art.8 CP respecto de los preceptos preferentes. Y una mera aproximación a los presupuestos de estos preceptos principales (arts.73 a 77, y en particular el art.77 CP, relativo al concurso ideal de delitos, así como las tres primeras reglas del art.8 CP) nos hace caer en la cuenta de la dificultad de que se verifique su cumplimiento (lo que permite albergar cuando menos dudas acerca del escaso campo que quedaría reservado a la regla 4ª del art.8): si dejamos al margen el caso del concurso real<sup>29</sup>, la técnica legislativa tiene que ser muy depurada tanto para que un solo hecho constituya dos o más infracciones y se apliquen varias normas sin incurrir en duplicidades punitivas (concurso ideal de delitos), como para que “todo” el desvalor de un hecho pueda ser captado por una única norma (especialidad, subsidiariedad, consunción); en otros términos, el hecho de que la mayoría de los casos pueda quedar recogida en uno u otro supuesto dice mucho en favor de la técnica legislativa empleada<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> En contra, QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho...*, cit., pág.749: “metodológicamente se puede suscitar la duda sobre cuál ha de ser el primer paso, *duda que ha de resolverse en favor de este artículo 8*” (en cursiva en el original).

<sup>28</sup> En este sentido, CASTELLÓ NICÁS, *El concurso...*, cit., pág.189.

<sup>29</sup> La delimitación entre concurso de leyes y concurso de delitos se hace necesaria en la práctica en los casos en que se produce un único hecho: *cfr.* ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.437 y ss. (concluye en pág.447: “descartada la opción de apreciar un concurso de leyes en supuestos de pluralidad de hechos...”); naturalmente, esto no significa ni que la distinción entre concurso real e ideal sea tan clara ni que la diferencia en la solución penológica se encuentre plenamente justificada: a favor de una modalidad unitaria de concurso de delitos se pronuncian, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS, “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, págs.73 y ss.; MORILLAS CUEVA, “La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal”, en DÍEZ RIPOLLÉS, ROMEO CASABONA, GRACIA MARTÍN, HIGUERA GUIMERÁ (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pág.485; SUÁREZ LÓPEZ, *El concurso real...*, cit., págs.58 y s.; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, 1981, pág.42; por el contrario, defienden la dualidad en el concurso de delitos, entre otros, CUERDA RIEZU, “La regulación del concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, págs.849 y s.; GONZÁLEZ RUS, “Comentarios a los artículos 73, 75, 76, 77 y 78”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, tomo III, Madrid: Edersa, 2000, págs.912 y ss.

<sup>30</sup> Probablemente, influye en este fenómeno el hecho de que el legislador, ante casos repetidos de alternitud, tiende a hacerlos desaparecer mediante su conversión en supuestos de especialidad. Así, la relación

Por tanto, el art.8 CP configura un orden de prelación en la actuación del aplicador del Derecho, un método lógico de proceder, pero la preferencia que determina no presupone ni la importancia ni la amplitud de las figuras aplicables. En primer lugar, se debe examinar si el hecho (o hechos) constituye(n) más de una infracción, y, en caso afirmativo, debe atenderse a las reglas del concurso de delitos (arts.73 a 77); si el hecho no constituye dos o más infracciones, devienen aplicables (aunque de forma excluyente entre sí) las tres primeras reglas del art.8 CP<sup>31</sup>; si puede entenderse que uno de los preceptos en concurso es preferente por comprender el otro (o los otros), debe aplicarse la norma preferente; pero si ninguna norma engloba la otra, por no poder estimarse que una de las leyes es especial, principal o más amplia o compleja, debe aplicarse el precepto que prevé una mayor penalidad.

Este planteamiento, que entiendo es el que se deriva del contenido del art.8 CP (o la interpretación más respetuosa con él), se fundamenta en el principio de proporcionalidad, según el cual la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, del injusto<sup>32</sup>, así como al grado de culpabilidad<sup>33</sup>. La consecuencia penológica del concurso debe perseguir captar al máximo el desvalor de la conducta, por lo que si el hecho constituye dos o más infracciones, que deben ser apreciadas para valorar íntegramente ese desvalor, hay que dirigirse, en primer término, al concurso de delitos; pero si no puede considerarse que el hecho constituye dos o más infracciones -principalmente, como seguidamente se aclarará, a consecuencia del significado y exigencias del principio *non bis in idem*-, habrá que comprobar si uno solo de los preceptos capta todo el desvalor del hecho, lo que le convertirá en el precepto aplicable (y en ese caso el principio de proporcionalidad se satisface íntegramente) y, si no, al menos aplicar el que capte una mayor cantidad de desvalor (con lo que el principio de proporcionalidad se satisface en la máxima medida posible). La doble subsidiariedad prevista en el art.8 CP, pues, responde cabalmente a la búsqueda de la máxima proporcionalidad, sin “excesos” (en ningún caso) y con los menos

---

entre parricidio y asesinato, que tantos problemas generó en su interpretación durante la vigencia del Código anterior, se ha resuelto mediante la supresión de la primera de las figuras; por ejemplo, el apartado 3º del art.485 permite construir una relación de especialidad entre el homicidio del Rey con al menos dos agravantes y el asesinato, en un supuesto que, de no existir específicamente dicho precepto, entiendo que debería resolverse mediante la apreciación de una relación de alternatividad, como después se indicará; y, probablemente, no sería extraño que supuestos problemáticos como el del homicidio intentado en concurso con lesiones dolosas consumadas o el de apropiación indebida y administración desleal terminen resolviéndose a través de la creación de un precepto especial que los regule.

<sup>31</sup> Como advierte ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.435, “puesto que se han realizado varios tipos la apariencia inicial es que todos ellos son aplicables”.

<sup>32</sup> Vid. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1999, *passim*, y, en particular, pág.285.

<sup>33</sup> Sobre el sentido de la medición de la pena, *cfr.* OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación...*, cit., págs.107 y ss.; la manera de proceder en la determinación de la pena es “medir la responsabilidad derivada de la comisión del delito (del injusto culpable y sus circunstancias, conjunto que constituye el objeto de valoración), para hallar proporcionalmente la pena merecida, lo que supone actuar justamente y satisfacer el fin preventivo” (pág.108).

“defectos” posibles (en algunos casos): de esta forma, las reglas relativas al concurso de delitos, en primer término; las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción, en segundo lugar; y, por último, la regla de alternatividad representan, por consiguiente, tres escalones sucesivos en la solución de los concursos guiados en todos los casos por la pretensión de proporcionalidad, alcanzada íntegramente en los dos primeros supuestos y de la forma más completa posible en el tercero. La regla 4ª del art.8 CP aparece, así, no sólo legítima sino también imprescindible para completar el sistema de concursos y procurar el logro de la proporcionalidad en la “cuantía” más cercana a la medida justa, sin excesos punitivos.

### III. Contenido y aplicación de la regla 4ª del art. 8 CP

Expuesto en términos generales el procedimiento del sistema concursal que organiza el legislador en el art.8 CP, exige una mayor precisión esclarecer los dos momentos esenciales de este sistema: cuándo se aplican (o no) las reglas de los concursos de delitos y cuándo se aplican (o no) las tres primeras reglas del art.8 CP.

Se ha explicado que la base de la aplicación de las reglas concursales propias del concurso de delitos es la afirmación de la existencia de más de una infracción. La concurrencia de este presupuesto reclama, al menos, dos condiciones: una positiva, la pluralidad de realizaciones típicas (el hecho debe ser subsumible en varios tipos), y otra positiva-negativa, la pluralidad de infracciones, lo que, en opinión de la doctrina mayoritaria, implica la ausencia de vulneración del principio *non bis in idem*<sup>34</sup>. La primera de las condiciones es necesaria para que nos encontremos ante un verdadero concurso, premisa de la que partimos; por tanto, es la segunda de las condiciones la que plantea problemas.

Desde la STC 2/1981, de 30 de enero<sup>35</sup>, el Tribunal Constitucional viene reconociendo que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad penal en materia penal y sancionadora; este principio, de acuerdo con el pronunciamiento del citado Tribunal, veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Pero puede añadirse algo más: como expone GARCÍA ALBERO, la consecuencia de la imposibilidad de una doble sanción con idéntico fundamento por un mismo hecho viene ligada materialmente a la prohibición de una doble valoración de ese hecho; el principio *non bis in idem* -más allá de su definición concreta por el Tribunal Constitucional- no sólo supone que no se puedan imponer dos sanciones por el mismo hecho, sino también que no se puede valorar dos veces el mismo elemento, con la consiguiente repercusión en la calificación jurídica y, en último término, en la esfera sancionadora: impide que “las cualidades de una acción que se corresponden con los

<sup>34</sup> Como reconoce ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.222.

<sup>35</sup> Y en muchas otras posteriores: por ejemplo, SSTC. 66/1986, de 26 de mayo; 154/1990, de 15 de octubre; 234/1991, de 16 de diciembre; 177/1999, de 11 de octubre; 2/2003, de 16 de enero.

elementos de un tipo de delito puedan ser utilizadas para colmar los elementos de otro tipo delictivo cuando la valoración de uno de ellos está contenida en la del otro”<sup>36</sup>. La conclusión debe ser que se conculca el principio *non bis in idem* cuando los preceptos en concurso valoran un mismo elemento del hecho (con significación suficiente como para entender que la zona común resulta nuclear en la valoración de éste), y, sin embargo, se aprecia la existencia de dos infracciones diferentes y, consecuentemente, se aplican las reglas del concurso de delitos. Es decir, la presencia de una parte medular de injusto común a los preceptos concurrentes que describen los delitos cuya aplicación se pretende debe negar la afirmación de una pluralidad de infracciones, excluir la apreciación de un concurso de delitos y dirigir necesariamente la solución del problema hacia las reglas previstas en el art.8 CP; y esa interferencia relevante se produce, al menos, cuando el bien jurídico protegido en los distintos preceptos es el mismo (o son dos que se hallan estrechamente vinculados, como vida y salud), de tal forma que el desvalor de resultado (el ataque al bien jurídico), en el caso concreto, resulta sustancialmente coincidente<sup>37</sup>.

Si se descarta la aplicación del concurso de delitos, hay que proceder a examinar la aplicabilidad de las tres primeras reglas del art.8 CP (especialidad, subsidiariedad y consunción). Todas ellas parten del mismo criterio (de ahí su condición paritaria en el sistema): una norma se considera preferente respecto de las demás concurrentes (por ser especial, principal, más amplia o compleja), esto es, un precepto comprende íntegramente, de una manera u otra, el resto de preceptos en concurso<sup>38</sup>.

Sin embargo, no siempre es factible la determinación de esa preferencia, por cuanto no se cumplen los presupuestos para calificar a uno de los preceptos como especial, principal o más amplio o complejo. Sucede este fenómeno, a mi juicio, cuando el esquema del concurso es el siguiente: el hecho contiene los elementos A+B+C; uno de los preceptos engloba los elementos A y B y otro los elementos A y C. Por un lado, como se ha explicado, la inclusión del elemento A en ambos preceptos, si dicho elemento encierra de modo trascendente la afectación al bien jurídico, frena la aplicación del concurso de delitos. Pero, por otro, ninguna norma es especial, y a salvo de poder reconocer una relación de subsidiariedad o de consunción (lo que resulta difícil cuando los preceptos presentan zonas comunes y otras especiales),

<sup>36</sup> GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedecs, 1995, págs.228 y s.

<sup>37</sup> Según CASTELLÓ NICAS, *El concurso...*, cit., págs.47 y ss., el criterio del bien jurídico se erige en básico para la determinación de la identidad de fundamento de las infracciones, de modo que “sólo habrá concurso ideal de delitos cuando sea un único hecho el que da lugar a la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes o a la vulneración del mismo bien jurídico varias veces”. La pluralidad de infracciones requiere, pues, pluralidad de resultados jurídicos; por ello no suele haber dificultad en apreciar concurso ideal de delitos (entre lesiones y atentado) en el clásico ejemplo en que se lesiona a un agente de la autoridad, ya que son dos -singularmente distintos- los bienes jurídicos atacados (mientras que en el supuesto homicidio intentado-lesiones consumadas se suele descartar el concurso de delitos, precisamente por la vinculación entre vida y salud).

<sup>38</sup> Sobre las características de cada una de estas reglas, vid. CASTELLÓ NICAS, *El concurso...*, cit., págs.115 y ss., y ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.168 y ss.

necesariamente debe denegarse la aplicación de una de las reglas citadas. Así, por ejemplo, si un sujeto se apodera de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro contra la voluntad de su dueño con fuerza en las cosas y empleando también intimidación, el hecho no puede ser constitutivo de dos infracciones (robo con fuerza en las cosas y robo con intimidación), por más que ninguna ley penal comprenda todos los elementos relevantes del supuesto (no se tipifica el robo con intimidación y con fuerza en las cosas), por cuanto supondría admitir la existencia de dos robos (de dos ataques a la propiedad) cuando, evidentemente, sólo puede considerarse que se ha cometido uno. Pero, asimismo, como se ha indicado, no puede identificarse a una de las normas en concurso como preferente, ya que ninguna de las dos modalidades de robo que el art.237 tipifica puede considerarse especial, ni principal ni más amplia. Es justamente en estos supuestos de interferencia (llamados por un sector de la doctrina italiana como de “especialidad bilateral o recíproca”, y que también podríamos denominar de especialidad imperfecta), en los que los preceptos en concurso describen una parte sustancial del hecho sin abarcar por completo todos los elementos del mismo, donde adquiere vigencia la regla 4ª del art.8. Veamos más detenidamente algunos de ellos.

Si bien la riqueza de hechos que puede llegar a producirse en la realidad no facilita una categorización definitiva de supuestos<sup>39</sup>, sí estimo que pueden reconducirse a esta regla dos grupos de casos: uno, que habitualmente la doctrina sí dirige hacia el principio de alternatividad (excepto cuando considera que debe apreciarse un concurso de delitos)<sup>40</sup>, consistente en el concurso de varios tipos cualificados -o de varios delitos *sui generis*- que traen causa de un mismo tipo básico<sup>41</sup>; otro, las relacio-

<sup>39</sup> Como indica CASTELLÓ NICAS, *El concurso...*, cit., pág.170, “piénsese, en favor del legislador que, en su labor de conformación de los tipos penales, la multiplicidad práctica es inabarcable *a priori*”.

<sup>40</sup> Así, en relación con el polémico concurso entre parricidio y asesinato, durante la vigencia del CP anterior, sostenía, entre otros, la aplicación de un concurso (ideal) de delitos MIR PUIG, “Sobre la relación entre parricidio y asesinato”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro-homenaje al Prof. Antonio Beristain*, comp. De la CUESTA, DENDALUZE y ECHEBURÚA, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, págs.830 y ss.

<sup>41</sup> El ejemplo más claro -concurso entre parricidio y asesinato- ha desaparecido del CP de 1995 con la supresión de la primera de las figuras; no obstante, pueden encontrarse más ejemplos en el ámbito de los delitos contra la vida, como los concursos entre asesinato y homicidio del Rey u homicidio del Jefe de un Estado extranjero (vid. ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.271 y s., nota 210). En estos casos el elemento común (A) sería matar a una persona, el especial del asesinato el elemento cualificante (B) y el especial del homicidio del Rey o del homicidio del Jefe de un Estado extranjero el singular objeto material (C); no obstante, en estos casos se podría pretender que la relación es de especialidad (en favor del homicidio del Rey o del homicidio del Jefe de un Estado extranjero) si en la comparación entre figuras delictivas se toman en consideración las circunstancias modificativas, pues los elementos cualificantes del asesinato serían circunstancias agravantes genéricas de los otros delitos, con lo que, de operar así, el homicidio del Rey o el homicidio de un Jefe de Estado extranjero añadirían un elemento (el objeto material especial), comprendiendo todos los demás (sobre la inclusión o no de las circunstancias a efectos de considerar el precepto más grave, *cfr.* OBREGÓN GARCÍA, “Determinación de la pena”, en MOLINA BLÁZQUEZ (coord.): *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Barcelona: Bosch, 2005, pág.106).

También creo que responde a este esquema el comentado supuesto de concurso entre robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación; en este caso, los elementos comunes son los contenidos en el tipo

nes concursales entre un delito principal en grado de tentativa y el correspondiente subsidiario en grado de consumación (por ejemplo, homicidio intentado en concurso con lesiones consumadas), concursos que normalmente se siguen residenciando en el principio de subsidiariedad (nuevamente: salvo que se aprecie un concurso ideal de delitos)<sup>42</sup>, o bien entre un tipo cualificado en grado de tentativa y el correspondiente tipo básico en grado de consumación (por ejemplo, concurso entre tentativa de violación y agresiones sexuales del tipo básico consumadas)<sup>43</sup>. En todos ellos se puede construir el esquema antes señalado: en el primer grupo, la zona común A viene definida por los elementos que componen el tipo básico, mientras que los elementos especiales de cada figura delictiva concurrente (B y C) estarán constituidos por los elementos accidentales que diferencian al tipo cualificado del básico, elementos, evidentemente, diferentes entre sí por ser tipos cualificados distintos; en el segundo grupo, el elemento (o elementos comunes) se define por la coincidencia parcial -pero sustancial y relevante- en la acción típica del tipo cualificado y del básico o del principal y del subsidiario, mientras que los elementos especiales se corresponden, por un lado, con el elemento típico que revela la consumación del tipo (subsidiario, básico) y, por otro, con la particular voluntad de consumir el tipo (principal, cualificado)<sup>44</sup>.

---

de hurto y los elementos especiales excluyentes los respectivos medios comisivos. Y, aunque no lo resuelve mediante el criterio de alternatividad sino como concurso ideal de delitos, ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.271, incluye en este esquema la relación concursal entre las lesiones de los arts.149 y 150 CP; si bien probablemente, a mi juicio, deban ubicarse en el terreno de la especialidad o de la subsidiariedad (salvo que se trate de tentativa del delito del art.149 que resulta en la consumación de un tipo de lesiones distinto). En todo caso, la proliferación de tipos cualificados favorece la aparición del fenómeno concursal que analizamos, por lo que también en otros ámbitos pueden encontrarse supuestos que se corresponden con esta caracterización de concurso en relación de alternatividad (por ejemplo, daños del tipo cualificado del art.265 con alguno de los elementos cualificantes del art.264, caso que, a pesar de los esfuerzos del art.266, no se resuelve mediante un tipo sobrecualificado y que, según creo, debe dirigirse a la relación que nos ocupa).

<sup>42</sup> Como hace, en relación con el ejemplo del homicidio intentado-lesiones dolosas consumadas, SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS-COBOS GÓMEZ DE LINARES-SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, pág.17.

<sup>43</sup> Además de los ejemplos indicados, podemos incluir las relaciones concursales entre homicidio-suicidio intentado del art.143 CP y lesiones consumadas consentidas, y entre aborto intentado y lesiones al feto consumadas (vid. a este respecto LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN, LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, págs.314 y ss.).

<sup>44</sup> Más difícilmente responden a este esquema otros supuestos que parte de la doctrina resuelve mediante la relación de alternatividad, casos que podemos considerar casi extravagantes y que, de no ubicarse en otra regla del art.8 (cuestión discutible), sí pueden originarse en defectos de técnica legislativa; así, por ejemplo, el concurso entre acoso sexual y amenazas, omisión del deber de socorro y el homicidio en comisión por omisión, simulación de contrato y alzamiento de bienes, tráfico de drogas y contrabando, o apropiación indebida y administración desleal (vid. al respecto ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.191 y ss., 284 y ss.), o el posible concurso entre lo que podríamos denominar delito reiterado de hurto del párrafo 2º del art.234 y el correlativo delito continuado (es decir, el supuesto en que se cometen en el plazo de un año cuatro faltas de hurto por un montante acumulado superior a 400 euros, y a su vez se pueden apreciar los requisitos específicos de la continuidad delictiva; la norma que define el delito reiterado es especial en cuanto al número mínimo de infracciones exigidas y el tiempo de comisión, mientras que la norma que regula el delito continuado es espe-

Ésta es, en síntesis, la configuración del sistema de concursos que el Código penal español establece, estructura que permite reservar a la regla 4ª del art.8 CP un ámbito, naturalmente subsidiario, pero propio y notable, de aplicación. Como puede comprobarse, en gran medida casi todas las afirmaciones que se han ido efectuando por separado coinciden con opiniones doctrinales mayoritarias (subsidiariedad de la regla 4ª del art.8 CP; primacía del principio *non bis in idem* para la calificación de un concurso como concurso de delitos, importancia de la consideración del bien jurídico para considerar la identidad de fundamento a efectos de comprobar el cumplimiento del principio *non bis in idem*, identificación de casos a los que resulta aplicable la regla 4ª del art.8 CP); pero, curiosamente, la coincidencia no alcanza ni a la forma de conectar y exponer ordenadamente estas ideas incardinadas en una teoría general del concurso ni, sobre todo, a la conclusión (la regla 4ª del art.8 CP no sólo suple las carencias legislativas y tiene vigencia más que marginal, sino que es necesaria para la coherencia del sistema y, de no existir, el sistema empeoraría en el cumplimiento del objetivo de la proporcionalidad).

El significado de esta tesis (y de las partes que la componen) ha sido, no obstante, impugnada recientemente, de modo documentado y riguroso, por ESCUCHURI AISA. En términos muy resumidos, según esta autora el principio de íntegra valoración jurídica, manifestación del aspecto positivo del principio de proporcionalidad - la búsqueda de la medida justa-, constituye el punto de partida de resolución de los problemas concursales y en principio fundamentador tanto del concurso ideal de delitos como del concurso de leyes<sup>45</sup>. En su opinión, entre este principio y el principio *non bis in idem* “sencillamente no se plantea conflicto alguno”, puesto que “desde un punto de vista lógico la idea de “íntegra valoración” excluye o impide la de un “bis in idem”: si para poder realizar una única íntegra valoración de un hecho tienen que aplicarse varias leyes penales (concurso ideal) entonces es imposible que se pueda dar ahí un *bis in idem*. Un *bis in idem* sólo tiene lugar en el caso de que el suceso resulte valorado íntegramente conforme a un precepto, y se continúe aplicando otros preceptos”<sup>46</sup>. Es decir, únicamente cuando el desvalor de uno de los preceptos está por completo contenido en el otro, y se aplican conjuntamente esos preceptos, se incurre en un *bis in idem*; esta argumentación conduce a una determinada forma de proceder en la solución del concurso: si no se realiza el supuesto de hecho del

---

cial en relación con el requisito subjetivo de la realización de las acciones bajo un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión). Por último, aunque parcialmente agregables a las categorías que se han perfilado, también pueden orientarse hacia la alternatividad los casos en que un tipo de peligro (para una pluralidad de sujetos pasivos) se concreta en una lesión (para un sujeto determinado), y en particular en el caso en que concurre una cualificación por peligro y acontece la lesión que trata de prevenirse, pudiendo ser mayor la pena del tipo cualificado (por el peligro) que la del tipo de lesión consumado (por ejemplo, en agresiones sexuales en que se contempla la cualificación del art.180.1.5º y se verifica la lesión que se pretende prevenir; *vid.* al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII a XII y faltas correspondientes*, TOL.518.847, 2004).

<sup>45</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.433 y ss.

<sup>46</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.434.

concurso de leyes, vendrá en aplicación el concurso de delitos<sup>47</sup>. Dicho de otra forma: “cuando no se realice el supuesto de hecho del concurso de leyes (cuando uno de los preceptos no pueda valorar por sí solo el *total* contenido de injusto del hecho) su consecuencia jurídica no debería ser aplicada”, porque, de serlo, “se infringiría de esta manera el principio de proporcionalidad en su vertiente positiva”<sup>48</sup>; por tanto, habría que aplicar la solución propia del concurso de delitos. Por esta razón, los casos que anteriormente se han ubicado en el ámbito de aplicación de la regla 4<sup>a</sup> del art.8 CP son tratados por ESCUCHURI AISA como supuestos de concurso ideal de delitos: a su juicio, no se conculca con ello el principio *non bis in idem* porque, siguiendo a CUERDA RIEZU<sup>49</sup>, la regulación del concurso ideal de delitos en nuestro ordenamiento “tiene en cuenta los aspectos comunes de dos figuras delictivas y, al mismo tiempo, otros aspectos diversos”<sup>50</sup>, por lo que su consecuencia jurídica en la determinación de la pena es superior a la pena prevista para la unidad de delito, pero inferior al sistema de penalidad que se contempla para el concurso real.

No obstante la contundencia y la abrumadora extensión de los razonamientos expuestos por esta autora, creo que pueden rebatirse algunos de los mismos por no cimentarse suficientemente en el texto legal. En concreto, son discutibles tres aspectos de su argumentación, que se encuentran vinculados entre sí: la inversión de la subsidiariedad definida por el art.8 CP; la definición de concurso de leyes; la interpretación de la solución penológica que aporta el art.77 CP para el concurso ideal en relación con el principio *non bis in idem*.

En efecto, la tesis de ESCUCHURI AISA opera en la práctica una inversión de los mecanismos de subsidiariedad que antes se han analizado a partir del tenor del art.8 CP. Al considerar, de acuerdo con su definición, que en el concurso de leyes necesariamente una de las leyes concurrentes tiene que ser capaz de valorar por sí sola y de forma exhaustiva el contenido de injusto y de culpabilidad del comportamiento, y si no, el supuesto ha de situarse en el terreno del concurso de delitos (pues no admite otra posibilidad)<sup>51</sup>, se otorga preferencia para solucionar el concurso al llamado concurso de leyes; y, como hemos comprobado, ésa no es la técnica que establece el legislador, que claramente hace depender la aplicación del art.8 de la ausencia de aplicabilidad de los arts.73 a 77 CP.

Por otro lado, el Código penal no menciona la expresión concurso de leyes, ni define éste (ni en los términos reseñados ni en otros); hacer recaer todo el peso de la solución concursal de una definición no legal, que se contraponen al tenor del art.8

<sup>47</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.250.

<sup>48</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.249.

<sup>49</sup> CUERDA RIEZU: *La regulación...*, cit., págs.849 y s.

<sup>50</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.251; insiste en esta idea en pág.279: “precisamente con el fin de salvaguardar el principio de proporcionalidad (y no incurrir en un *bis in idem*) el legislador establece la imposición de la pena que corresponde al precepto más grave en su mitad superior (tratamiento que coincide con el de los supuestos en que concurre una circunstancia agravante)”.

<sup>51</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.222 y s.

CP, o al menos no encaja exactamente en él, parece en exceso aventurado<sup>52</sup>, máxime si ello implica vaciar prácticamente de contenido una de las reglas que contiene el citado artículo.

Pero, además, la premisa de que la regulación del concurso ideal de delitos orilla el enfrentamiento con el principio *non bis in idem*, ya que se basa no en la acumulación de penas sino en la absorción con agravación, no puede aceptarse sin más: por lo pronto, esa agravación se basa en la existencia de dos o más infracciones, presupuesto, como se ha señalado, que puede cuestionarse que realmente se verifique en los casos en que hay una zona común en los preceptos concurrentes que supone una doble valoración del ataque al bien jurídico (no puede entenderse que hay dos robos, dos homicidios, un homicidio y unas lesiones, una violación y una agresión sexual básica...); y, adicionalmente, habría que concluir entonces que la solución penológica del concurso ideal de delitos, “reducida” respecto de la acumulación de penas para evitar incurrir en un *bis in idem*, al castigar doblemente los aspectos comunes de las figuras delictivas concurrentes, no sería bastante (resultaría “poco íntegra”) para los casos en que tal coincidencia parcial no se produce<sup>53</sup>. En realidad, el principio de íntegra valoración fundamenta que se acuda primero a la figura del concurso de delitos y el principio *non bis in idem* que se limite la aplicación de esta figura en los casos en que, por perseguir una íntegra valoración, se sobrepasa la medida justa; como en el juego de las siete y media, es peor “pasarse” que “no llegar”, aunque lo ideal sea llegar por completo al objetivo de estricta proporcionalidad.

Además, como se adelantaba hace unas páginas, otra razón para relegar a la regla 4ª del art.8 CP es su insatisfactoria consecuencia, o, para ser más exactos, la insatisfacción que produce su consecuencia. En este punto, podemos advertir dos fuentes de rechazo: de un lado, la posible inconstitucionalidad de la solución (aplicación del

---

<sup>52</sup> Prueba de ello es que resulta perfectamente compatible con el art.8 CP la definición de concurso de normas de CASTELLÓ NICAS, *El concurso...*, cit., pág.17, según la cual se produce tal concurso cuando todas las normas abarcan el contenido de injusto y de culpabilidad o *la mayor parte* del contenido de injusto y de culpabilidad, y sólo una sola norma es de aplicación para no incidir en la vulneración del principio *non bis in idem*, definición, sin embargo, que, por contemplar la posibilidad de que las normas en concurso no capten todo el desvalor del hecho, es irreconciliable con la que proporciona ESCUCHURI AISA. Si la definición de concurso de leyes es la de todo concurso en que finalmente sólo se aplica una ley concurrente, entonces la alternatividad es una modalidad de concurso de leyes; pero si se entiende como el supuesto en que una única norma capta todo el desvalor del hecho, y esa definición es inamovible, la conclusión es que la alternatividad no es un supuesto de concurso de leyes, negación que no conlleva problema alguno, ya que de la inclusión o no en esa categoría doctrinal no se extrae consecuencia legal relevante.

<sup>53</sup> Y, en este orden de cosas, también debe ponerse en cuestión la afirmación de que la regulación del concurso ideal frente al concurso real, pretendidamente más benigna, tiene en cuenta la existencia de una zona común entre los preceptos concurrentes. Si fuera así, es difícilmente explicable por qué en ocasiones (no pocas en la práctica) la acumulación de penas resulta ser un régimen más benigno al de la absorción con agravación; y asimismo, habría que interrogarse cómo puede admitirse que la menor o mayor proximidad a la acumulación de penas no se corresponda, guarde relación, es decir, sea proporcional al grado de coincidencia entre los preceptos, al espacio común entre éstos: la aplicación de una solución general (pena de la infracción más grave en su mitad superior) a casos diferentes, sin discriminar la mayor o menor amplitud de la “zona común” entre los preceptos, desafía las exigencias de la proporcionalidad.

precepto penal que incorpora una mayor penalidad)<sup>54</sup>; de otro, la falta de proporcionalidad a que conduce, por vulneración del principio de íntegra valoración.

Respecto de la tacha de inconstitucionalidad, creo que tampoco es preciso realizar un esfuerzo particularmente suplementario al ya realizado para demostrar que un estudio que no aísle a la regla de alternatividad de las restantes reglas concursales que configuran el sistema del Código penal no puede sostener semejante crítica con solidez. Precisamente, esta regla sirve al principio de proporcionalidad, que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, puede anudarse a la propia Constitución<sup>55</sup>; la elección del criterio de la pena más grave no es caprichosa, sino la mejor forma de aproximarse a la íntegra valoración del hecho punible en los casos en que, sin poder acudir al expediente del concurso de delitos, ninguna norma se revela suficiente para captar todo el desvalor del hecho. El principio de pena inferior o *in dubio benignius*, que algún autor entiende que debiera haber sustituido al de pena superior<sup>56</sup>, conduciría, de esta forma, a resultados indeseables para el logro de la máxima proporcionalidad entre gravedad de hecho y medida de la pena; a menos que se acepte, si ninguna norma comprende el desvalor completo del hecho, la preferencia por el concurso ideal de delitos (con el consiguiente riesgo de conculcar el principio *non bis in idem*), habrá que concluir que la solución legislativa resulta la más atinada dogmáticamente y también la más adecuada político-criminalmente.

Del problema de la falta (escasez, cabría decir) de proporcionalidad a que puede conducir la aplicación de la regla 4ª del art.8 CP, al no cumplirse el principio de íntegra valoración, me he ocupado parcialmente; tan sólo quedaría insistir en que, si ninguna norma capta todo el desvalor, y aplicar varias genera un exceso punitivo, habrá que tolerar la frustración que representa una proporcionalidad que no sea absoluta. Y esa frustración puede ser tolerable o no llegar a ser tal si la determinación de la pena permite paliar la falta de “integridad” de la valoración, idea capital en la conclusión del presente trabajo.

En efecto, la desconsideración habitualmente mostrada hacia la regla 4ª del art.8 CP viene motivada en no pocas ocasiones por la insatisfacción que representa admitir explícitamente que una parte del desvalor del hecho (el que se corresponde con los elementos especiales que únicamente cubre el precepto desplazado) no es abarcado por el precepto aplicable (el de pena mayor). Por esta razón, es preciso averiguar si el texto legal permite, de alguna manera, mitigar este defecto.

<sup>54</sup> Además de citas anteriores en este sentido, *cfr.* AGUADO CORREA, “Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº5, 2000, pág.260; CASTELLÓ NICAS, *El concurso...*, cit., págs.173 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Error...*, cit., pág.2.

<sup>55</sup> Entre la abundante bibliografía referente al principio de proporcionalidad, *cfr.* particularmente CUERDA ARNAU, “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Institut de Criminología, Universitat de València, 1997.

<sup>56</sup> En este sentido, SANZ MORÁN, *Concurso de delitos. Criterios...*, cit., pág.81; CASTELLÓ NICAS, *El concurso...*, cit., pág.189.

Sin duda, no resulta aventurado proponer que un modo de compensar que la (des)valoración del hecho sea inicialmente incompleta consiste en tener en cuenta en la determinación de la pena -dentro del marco penal asociado al precepto más grave- los elementos del precepto desplazado que no se hallan contenidos en el precepto aplicable (en sentido agravatorio o, más exactamente, incrementando la gravedad del objeto valorado y, consecuentemente, de la pena). Esta solución, además de lógica y sencilla, no parece infundada: de hecho, a esta idea responde el principio de combinación que se utiliza en la práctica de los concursos de leyes en el Derecho alemán, que justamente trata de considerar, como indica MIR PUIG, el precepto desplazado para complementar al preferente en orden a la determinación de la pena, lo que hasta cierto punto difumina las diferencias penológicas entre el concurso de leyes y el concurso de delitos<sup>57</sup>.

Esta ampliación de la valoración del hecho (que la acerca a la *íntegra* valoración), vía determinación de la pena, complementaria a la derivada de la calificación jurídica del mismo y a la aplicación del art.8 CP, no se saluda complacientemente por la doctrina española, quien rechaza la posibilidad de que esta práctica pueda trasladarse al Derecho español<sup>58</sup>. Son varias las razones aducidas para abonar la posición contraria a esta solución: la imposibilidad de que dos instituciones diferentes, como el concurso de leyes y el concurso de delitos, se aproximen en sus efectos; la falta de respeto con la esencia del concurso de leyes, que radicaría en la aplicación de un único precepto (el que agota el desvalor del hecho); y, ante todo, la infracción del principio de legalidad, ya que el art.8 CP obliga a castigar exclusivamente por el precepto prevalente<sup>59</sup>. No obstante, de acuerdo con la línea argumental mantenida hasta el momento, tan sólo debe preocupar (aunque sí mucho, obviamente) la hipotética vulneración del principio de legalidad, ya que, al fin y al cabo, como se ha indicado, el Código penal no proporciona un concepto de concurso de leyes cuya “esencia” se pueda desnaturalizar, ni puede aseverarse que esa esencia resida en la total captación del desvalor del hecho por una sola de las leyes concurrentes.

Sin embargo, no parece que valorar en la determinación de la pena la gravedad de los elementos del hecho que no son captados por el precepto preferente suponga la infracción del principio de legalidad. La regla 4ª del art.8 CP (centrándonos en los casos de alternatividad) establece como consecuencia la aplicación del precepto que incorpo-

<sup>57</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág.668; también lo explica ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., págs.197 y ss., si bien críticamente en su juicio de esta forma de proceder.

<sup>58</sup> Con la salvedad de MATUS ACUÑA, *Concurso (aparente) de leyes y concurso entre especies de un mismo género en el nuevo Código penal español de 1995. Aproximación histórica y analítica*, tesis doctoral inédita, Bellaterra, 1996, págs.272 y ss., citado por ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.272 (se recoge parte de sus ideas principales en “Los criterios de distinción entre concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005, págs.463-493).

<sup>59</sup> CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: Tecnos, pág.219; ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.202; CASTELLÓ NICAS, *El concurso...*, cit., pág.46.

re una mayor penalidad, excluyendo los demás: por tanto, el marco penal se determina en virtud del precepto que prima, sin que se operen alteraciones de ese marco provenientes de la existencia de otros preceptos en concurso (lo que supone una diferencia radical con la consecuencia penológica del concurso ideal de delitos)<sup>60</sup>. Ahora bien: si el hecho presenta factores que configuran su gravedad que no son comprendidos por el precepto aplicado, no sólo pueden, sino que deben ponderarse en la determinación de la pena exacta *dentro de los límites* marcados por el precepto preferente; en los términos utilizados previamente, si el hecho se describe con los elementos A+B+C y el precepto prevalente contiene los elementos A+B, el elemento C ha de pesar para escoger la pena exacta dentro del marco que se asocia a la conducta delictiva<sup>61</sup>.

Ciertamente, nuestro Código penal no destina un precepto a la enumeración de criterios de determinación de la pena exacta, absolutamente concreta, o a la proclamación de principios programáticos del sentido de la medición de la pena, al estilo del párrafo 46 StGB, laguna de la que debemos lamentarnos<sup>62</sup>. Pero, por un lado, esta ausencia obliga a un mayor esfuerzo interpretativo, aunque también a un mayor margen de libertad para identificar, dentro del marco penal legal, los factores que inciden en la determinación de la extensión exacta de pena, entre los que, naturalmente, ha de encontrarse el de mayor gravedad del hecho (por la forma de ataque al bien jurídico, por la intensidad del resultado lesivo producido, por la especialidad del objeto material, por la particular voluntad desplegada por el autor en la acción...); y, por otro lado, precisamente el criterio de la “gravedad del hecho” consigue cobertura legal a través de la regla 6ª del art.66.1, que explícitamente lo menciona junto a las circunstancias personales del delincuente como criterio de medición<sup>63</sup>. Así, por

<sup>60</sup> No hay infracción del principio de legalidad porque el precepto desplazado no se aplica, ni configura el marco penal en cuyo seno se fija la pena exacta; la figura delictiva descartada sirve como indicador de la existencia de factores que implican una mayor gravedad del hecho, pero no determina el marco penal aplicable.

<sup>61</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso...*, cit., pág.279, se pregunta por qué no se ve en este procedimiento una infracción del principio *non bis in idem*; a mi juicio, puede observarse que tal infracción no se produce porque no hay doble valoración de ningún elemento: el precepto penal más grave no comprende el elemento que se tiene en cuenta adicionalmente como factor de mayor gravedad del hecho.

<sup>62</sup> En este sentido, OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación...*, cit., pág.383.

<sup>63</sup> Durante la vigencia de la versión original del CP-95, no resultaba muy comprometido sostener que los criterios de medición “circunstancias personales del delincuente” y “gravedad del hecho”, recogidos entonces en la regla 1ª del art.66, al contenerse en la primera de las reglas destinadas a fijar la eficacia de las circunstancias modificativas en el último estadio de la determinación de la pena (y en esa medida, regla de cabecera del conjunto disciplinado en el precepto), proyectaban su eficacia a todos los demás supuestos regulados en dicho artículo, a falta de una norma dedicada especialmente a proclamar los principios fundamentales de la medición de la pena (cfr. al respecto OBREGÓN GARCÍA, “Comentario al artículo 66”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, tomo III, Madrid: Edersa, 2000, págs.855 y ss.). Sin embargo, la reforma del Código penal llevada a cabo por medio de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha alterado el orden de las reglas del art.66, y ha relegado la alusión de estos criterios generales a una discreta regla intermedia (la sexta del art.66.1); con este cambio, es más complicado mantener la eficacia general de los mismos, ya que difícilmente puede sostenerse que la regla 6ª constituye la norma principal (y *principal*) de la determinación de la pena (cfr., en este sentido, OBREGÓN GARCÍA, *Determinación...*, cit., pág.95). Pero, en todo caso, como no han sido sustituidos por otros ni se han añadido nuevos criterios, ante el vacío legal no dejan de ser, al menos, criterios legales que pueden servir de guía en la aplicación judicial.

ejemplo, en el caso del concurso entre homicidio intentado y lesiones dolosas, si el precepto preferente es el primero, el resultado de lesiones configura una mayor gravedad del hecho que debe ponderarse en la elección de la pena exacta; en el concurso entre robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación, la presencia de los dos medios comisivos genera una mayor gravedad del hecho, que debe considerarse en la determinación de la pena (si prevalece el robo con fuerza en las cosas, por ejemplo, la intimidación ejercida habrá de valorarse en el último estadio de la medición de la sanción); y así, sucesivamente, en todos los casos que se ha indicado pertenecen a la esfera de la alternatividad<sup>64</sup>.

Para acabar de exponer la integración de la determinación de la pena en la solución de los concursos, es conveniente añadir alguna precisión más. A diferencia del concurso ideal de delitos, en el que su regulación prevé una determinada agravación del marco penal de la infracción más grave por la existencia de varias infracciones, en el ámbito de la regla 4ª del art.8 CP los límites del marco penal, como se ha señalado, no se modifican por la concurrencia de elementos de mayor gravedad incluidos en el precepto excluido, sino que dichos elementos del hecho se tienen en cuenta en la determinación de la pena exacta, es decir, entran en juego en la última fase del proceso de medición (es decir, en la menos reglada). Pero, en todo caso, la decisión judicial, necesariamente motivada, se encuentra sujeta a algunas condiciones de racionalidad. De éstas, al menos cabe destacar dos: una, referente al mínimo de la pena una vez ponderados los factores de mayor gravedad del hecho; otra, relacionada con el máximo de esa pena así determinada.

En cuanto al mínimo, hay que tener en consideración que, lógicamente, no podrá ser en ningún caso el límite inferior del marco penal, ya que necesariamente, la presencia de elementos que implican una mayor gravedad del hecho debe traducirse en un incremento de penalidad respecto de ese límite<sup>65</sup>. Y, en el caso, completamente excepcional en nuestro Código penal, de que el límite mínimo del marco penal asociado al precepto desplazado fuera superior al límite mínimo del marco penal del precepto más grave, la pena exacta también debería ser superior al extremo inferior de la pena del precepto excluido<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Mediante este método, por tanto, se puede ajustar la pena prácticamente con exactitud a la gravedad del hecho, sin riesgos de incurrir en un *bis in idem*.

<sup>65</sup> Por consiguiente, en estos supuestos debe evitarse la tendencia jurisprudencial, animada por determinadas teorías de determinación de la pena (cfr. OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación...*, cit., págs.74 y ss.), de imponer la pena en su límite mínimo.

<sup>66</sup> Se trata del llamado "efecto de cierre", dogmáticamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas (cfr. GONZÁLEZ PULIDO, "El "efecto de cierre" en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1988)", en *Poder Judicial*, nº14, págs.191 y ss.). Es un supuesto improbable en nuestro ordenamiento, pues en general es difícil que el marco penal del precepto desplazado se encuentre en sus límites completamente comprendido en el del precepto preferente.

Con todo, la admisión de este "efecto de cierre" nos ayuda a precisar un dato hasta el momento no explicitado, referente a la determinación de cuál, de los preceptos concurrentes, es el más grave. Si el marco penal de

Y, respecto del máximo, la pena no podrá nunca alcanzar (ni siquiera igualar) la cifra que resultaría de la acumulación de las penas por separado si se hubiese estimado un concurso de delitos. La razón es evidente: si el fundamento de la aplicación del art.8 CP es la imposibilidad de aplicar las reglas relativas al concurso de delitos porque se entiende que no pueden apreciarse dos o más infracciones, la penalidad no podrá ser igual o superior a la derivada de una eventual acumulación de penas si se aplicasen todos los preceptos concurrentes. En teoría, si la determinación de la pena exacta es correcta, tal posibilidad no podría suceder: si el marco penal está fijado en función de los elementos A+B y, adicionalmente, dentro de los límites así precisados, se tiene en cuenta C, la pena resultante no puede ser igual (ni superior) a la acumulación de A+B y A+C; pero, en todo caso, conviene recordar esta cautela para no incurrir en la objeción que se quiere evitar (la conculcación del principio *non bis in idem*).

#### IV. Conclusión

De acuerdo con todo lo expuesto, se puede concluir que la regla 4ª del art.8 CP tiene un ámbito de aplicación suficientemente relevante que justifica su presencia en el régimen de concursos como cláusula de cierre del mismo. Su contenido se define por los casos en que, sin poderse apreciar un concurso de delitos, ningún precepto concurrente es especial, principal, más amplio o complejo; tal situación se produce en los supuestos que responden a la siguiente estructura: el hecho presenta varios elementos, una parte de los cuales es captada por todos los preceptos concurrentes, pero algunos sólo por uno de ellos y otros por un precepto diferente; la regla de alternatividad conduce a aplicar como ley preferente el precepto que establece una mayor penalidad, para permitir acercarse a la medida de pena más justa; aunque aparentemente la aplicación de un único precepto implica que no se produce una íntegra valoración del hecho, este defecto se palía (incluso por completo) teniendo en consideración en la determinación de la pena exacta los elementos del hecho que no se recogen en el precepto aplicado.

Para terminar, y aunque, como se confesaba al comienzo del trabajo, no se ha pretendido elaborar una acabada teoría de concursos, se va a esbozar, a modo de conclusión, el esquema del proceso de resolución de fenómenos concursales, integrando en ella, lógicamente, la posible eficacia de la regla 4ª del art.8 CP:

- Los concursos surgen en el momento en que el hecho enjuiciado (o conjunto de hechos) es susceptible de subsumirse en varios preceptos penales.

---

uno de ellos tiene unos límites mínimo y máximo superiores a los de los demás, ese precepto debe considerarse el más grave; pero, en caso de que los límites de mayor extensión (mínimo y máximo) se encuentren en marcos penales diferentes, hay que decantarse por el precepto penal cuyo marco penal tenga un límite máximo superior (pues sólo él, *a priori*, puede permitir una máxima proporcionalidad a la gravedad del hecho).

- La solución al problema concursal debe ir orientada a captar el máximo desvalor del hecho posible (principio de íntegra valoración del hecho, correlato del principio de proporcionalidad).
- En todo caso, el principio *non bis in idem* impide que un mismo hecho, o idéntica parte de un mismo hecho, se castigue más de una vez.
- En caso de que no sea posible la íntegra valoración del hecho sin conculcar el principio *non bis in idem*, tanto éste como otros principios informadores del Derecho penal obligan a rechazar cualquier solución que implique un exceso punitivo, por lo que ha de optarse por la solución que, a pesar de implicar un déficit punitivo, se acerque más a la valoración completa del hecho.

Estos presupuestos se traducen, de acuerdo con el tenor del art.8 CP, en la siguiente pauta de actuación ante un problema concursal:

- verificada la existencia de concurso, prima la consideración del concurso de delitos, que garantiza una completa valoración del hecho;
- si la calificación del concurso de delitos hace incurrir en un *bis in idem*, debe examinarse si cabe modificar la calificación jurídica del hecho de tal forma que, logrando la íntegra valoración del hecho, se evite el exceso punitivo;
- si no es posible evitar el exceso punitivo de la calificación jurídica del concurso de delitos, el concurso se considera de normas;
- en los concursos de normas, tienen preferencia las tres primeras reglas del art.8 (especialidad, subsidiariedad, consunción), que, en principio, aseguran que la norma aplicable capta todo el desvalor del hecho;
- por último, si no es posible identificar una de las relaciones citadas, se aplica la regla de alternatividad, que permite alcanzar la mayor valoración del hecho aunque ésta no sea completa, en los términos desarrollados a lo largo de este trabajo.

### **Bibliografía**

- AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1999.
- AGUADO CORREA, “Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº5, 2000.
- BUENO ARÚS, *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005.
- CASTELLÓ NICÁS, *El concurso de normas penales*, Granada: Comares, 1999.
- COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

- CUELLO CONTRERAS, “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979.
- CUERDA ARNAU, “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Institut de Criminologia, Universitat de Valencia, 1997.
- CUERDA RIEZU, “La regulación del concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991.
- CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: Tecnos, 1992.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII a XII y faltas correspondientes*, TOL.518.847, 2004.
- ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada: Comares, 2004.
- GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, Madrid: ICAI, 1985.
- GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedecs, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, “Concurso de de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del prof. E. Peñaranda)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992.
- GONZÁLEZ PULIDO, “El “efecto de cierre” en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1988)”, en *Poder Judicial*, nº14.
- GONZÁLEZ RUS, “Comentarios a los artículos 73, 75, 76, 77 y 78”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, tomo III, Madrid: Edersa, 2000.
- GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- GRACIA MARTÍN, “Prólogo”, en ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada: Comares, 2004.
- HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona: Bosch, 1984.
- LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN, LAUREN-

- ZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- MATUS ACUÑA, “Los criterios de distinción entre concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005.
- MIR PUIG, “Sobre la relación entre parricidio y asesinato”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro-homenaje al Prof. Antonio Beristain*, comp. De la CUESTA, DENDALUZE y ECHEBURÚA, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona: PPU, 1996.
- MORILLAS CUEVA, “La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal”, en DÍEZ RIPOLLÉS, ROMEO CASABONA, GRACIA MARTÍN, HIGUERA GUIMERÁ (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002.
- MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- OBREGÓN GARCÍA, *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Madrid: Dykinson, 1998.
- OBREGÓN GARCÍA, “Comentario al artículo 66”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, tomo III, Madrid: Edersa, 2000.
- OBREGÓN GARCÍA, “Determinación de la pena”, en MOLINA BLÁZQUEZ (coord.): *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Barcelona: Bosch, 2005.
- PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid: Civitas, 1991.
- QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, con la colaboración de MORALES PRATS y PRATS CANUT, Pamplona: Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes (exégesis crítica del art.8 del Código Penal)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 19-2-1998, año VIII, nº330.
- RODRÍGUEZ RAMOS, “Artículo 8”, en *Código penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales complementarias*, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, Madrid: La Ley, 2005.
- SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS-COBOS GÓMEZ DE LINARES-SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998.
- SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986.

- SANZ MORÁN, "Alternatividad de leyes penales", en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- SANZ MORÁN, "Concurso de delitos. Criterios y problemas", en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ed. por ASÚA BATARRITA, Bilbao: Universidad del País Vasco, 1998.
- SUÁREZ LÓPEZ, *El concurso real de delitos*, Madrid: Edersa, 2001.
- VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, 1981.