

LA TEORÍA DEL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES EN LA DOGMÁTICA ALEMANA, DESDE SUS ORÍGENES HASTA EL PRESENTE (PRIMERA PARTE)*.

Por Prof. Dr. Jean Pierre Matus A.
Director Centro de Estudios de Derecho Penal
Universidad de Talca / Campus Santiago

Introducción

En este trabajo se propone, mediante un análisis histórico de la teoría del concurso (aparente) de leyes -desde sus orígenes en Alemania a fines del siglo pasado hasta su estado actual-, volver a la discusión en torno a la teoría del concurso (aparente) de leyes, en particular respecto a su naturaleza concursal o interpretativa y a los principios que la gobiernan. La opción por esta perspectiva histórica centrada en la dogmática alemana obedece básicamente a dos razones: primero, porque es en la dogmática alemana donde surgió la teoría analizada y ella es el referente de nuestros autores en esta materia¹; y segundo, porque ella permite una

¹ A pesar de su relativa importancia en esta materia, no he tratado la dogmática italiana que a su alrededor se ha desarrollado, básicamente porque ella se encuentra fuertemente determinada por el pie forzado del art. 15 del Cp italiano y las interminables discusiones sobre el alcance de sus palabras, del todo intrascendentes para la discusión doctrinal en Chile. En todo caso, de entre la extensa producción científica italiana en la materia, la obra que más repercusión ha tenido últimamente es la de Mantovani (1966), una excelente exposición y crítica de la cual puede verse en Peñaranda (1991:42ss) y en García Albero (1995:154ss, 209ss), pero sin que sus propuestas hayan sido aceptadas por ningún autor español que conozca. Las tesis de Mantovani tampoco parecen haber tenido un éxito total dentro de los propios autores italianos, como puede verse en la moderna doctrina sobre la materia, representada por De Francesco (1980) [= (1988)] y Camanioni (1992). Por lo que respecta a la dogmática española, donde han surgido notables monografías en las últimas décadas, su estudio merece una investigación especial, parte de cuyos resultados se encuentran en mi trabajo: *Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el nuevo Código penal español de 1995*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid (*en prensa*). De todas maneras, el lector interesado puede

visión del instituto que consigue abarcar la mayor parte de sus aspectos esenciales, mostrando el origen de cada uno de ellos y su evolución, muchas veces marcada por hitos legislativos y temporales que, de otro modo, permanecerían ocultos.

La exposición se divide en dos partes: una –que se entrega en esta oportunidad- referida al *sistema clásico* de análisis del concurso (aparente) de leyes; y otra -que se entregará en el futuro próximo-, referida a las variantes de los sistemas *monistas* para el tratamiento del instituto, entre las cuales se cuentan aportes clásicos como los de Beling (1906) y Klug (1956), y también recientes, como los de Jakobs (1991) y Puppe (1979). Esta distinción está basada en la que practica Abels (1991:19, 23), y se funda en que mientras el *sistema clásico* considera que dentro del concurso (aparente) de leyes se reúnen diferentes situaciones que requieren, por tanto, diferentes *principios* que den cuenta de las mismas; los *sistemas monistas*, en cambio, abordan la materia entendiendo que hay en ella una única naturaleza común que permitiría explicar sus casos y las soluciones que se proponen para ellos²

Esta primera parte se divide a su vez en cuatro apartados. En el primero se exponen los orígenes de la institución como la conocemos hoy

recurrir desde ya a las obras de Sanz (1986), Peñaranda (1991), Cuerda (1992), Cid (1994) y García Albero (1995). Por lo que respecta a la literatura escrita en alemán que no sea la propiamente germana y aún, restringidamente, después de 1945, la que corresponde al desarrollo dogmático en la República Federal Alemana, pueden verse las obras de Wegscheider (1980) -una sucinta y brillante exposición de la cual se encuentra también en el texto de Peñaranda (1991:40ss, 69ss)-, Marschall/Vlecek (1974) y Burgstaller (1978). Además, en textos de parte general, puede verse la obra de Kienapfel (1984). Sobre el derecho suizo, pueden encontrarse referencias históricas y bibliográficas en el *Derecho penal suizo* de Stratenwerth (1982)

- ² Sin embargo, y como se verá en los textos que se presentarán, las diferencias entre ambos sistemas no son tan radicales como podría pensarse, salvo entre sus exponentes ejemplares -p. ej., entre el sistema de Binding (1885) y el de Puppe (1979)-, existiendo una fuerte tendencia en el *sistema clásico* a buscar un denominador común a todos sus *principios de solución*, como puede verse, por ejemplo, en la obra de Vogler (1979), y en los *monistas*, a incorporar dentro de la perspectiva unitaria que presentan los distintos *principios* del sistema clásico, paradigma de lo cual es la obra de Jakobs (1991). No obstante, su exposición diferenciada tiene un alto valor didáctico, sobre todo, por las ventajas que representa a la hora de no confundir los usos lingüísticos que en uno y otro pueden llegar a tener referentes formalmente parecidos, pero, sin embargo, bien distintos materialmente.

en día, los cuales se encuentran, básicamente, en las obras de Merkel (1871) y Binding (1885). En los tres siguientes se exponen, primero, el período de desarrollo y consolidación del *sistema clásico* de la teoría, cuya obra culmine es la de Honig (1927), después, las variaciones que experimenta en el período de reforma del Cp alemán, cuyo aspecto principal es la paulatina limitación del alcance y efectos del instituto, gracias, sobre todo, a los diversos aportes de Schröder, y finalmente, el estado actual del instituto en la dogmática alemana, donde la principal característica que presenta es la reducción, prácticamente "a cero", de sus diferencias con el llamado *concurso ideal de delitos*.

1. LOS ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES EN ALEMANIA: DE MERKEL A BINDING

1.1. Nacimiento de la teoría: Merkel

Sin desconocer la existencia de antecedentes doctrinales anteriores al Cp alemán de 1871³, se puede afirmar que en sus aportes al *Manual* de

³ Geerds (1961:54s) fija estos antecedentes en la doctrina de mediados del s. XIX, respecto de la cual sostiene que sólo afirmaba "la exclusión de la aplicabilidad de una ley penal junto a la otra", pero "sin necesidad de ninguna clase de regla", aparte del recurso al art. 163 CCC o a la relación "de genus a species". Así, mientras Wächter (1825:247, 254) sólo excluía del concepto general del concurso el caso de la concurrencia de varias causas de agravación de un mismo delito, fundándose en la disposición del art. 163 CCC (art. 163 PGO), que disponía, para la concurrencia de varias causas de agravación del hurto, la aplicación de la pena de la agravación más grave; Bauer (1833:222s), en cambio, no sólo admitía este supuesto, sino que, además, ampliaba la exclusión del concepto de concurso en general a los casos en que se realicen varios *supuestos legales* de *un mismo delito*, al del hecho que posee una característica o propiedad en virtud de la cual puede reconducirse "a una y otra clase de delito"; al del hecho que posee una característica o propiedad en virtud de la cual puede pertenecer "a una u otra clase de delito", pero no a ambas a la vez; y al del "delito que sólo puede realizarse mediante una *determinada forma de perpetración* [punible]". Por su parte, Abegg (1836:241s) mantiene como casos excluidos del concepto del concurso en general la concurrencia de causas de agravación, de supuestos legales de un mismo delito, y la que provocarían las propiedades "cuya exposición bajo distintos puntos de vista penales" pueden originar acusaciones o procesos "acumulativos" o "alternativos", además del de los hechos previos punibles "excluidos de una sanción independiente, porque ellos se absorben en el concepto del delito principal consumado o intentado, por ej., cuando se perpetra un asesinato mediante varias heridas infringidas a la víctima". Casi veinte años más tarde, en la obra de Köstlin (1855:536ss) ya puede verse reflejado el progresivo desarrollo de la teoría del delito y de la propiamente concursal, con la incorporación de la distinción entre "concurso efectivo" (*ideal* o *real*) y "concurso meramente aparente". Para Köstlin (1855:537-539s) *concursos meramente aparentes* eran, aparte del llamado *delito*

Holtzendorf, Merkel (1871:574) y (1877:225s) es el primero en ofrecer un concepto de lo que él denominaba "casos de mero concurso de leyes"⁴, un principio general de solución para los mismos y una justificación para excluírlos de la regulación concursal común⁵.

Para Merkel (1871:574, 580), el *concurso de leyes* se distingue del concurso de delitos en general, entendido como una situación de "pluralidad de infracciones legales", y del *concurso ideal* en particular, en que mientras en este último caso estaríamos "ante un mismo y único supuesto de hecho [*Faktum*], cuyo contenido penal sólo se agota mediante la subsunción bajo una pluralidad de leyes penales"⁶; en el *concurso de leyes* habría, en cambio, sólo "una *pluralidad de leyes* en las cuales es subsumible el mismo delito, en consideración a las mismas características". Tal cosa sucedería, según Merkel (1871:574, nota 1) en relación a la circunstancia del "ingreso con fractura" en el hurto calificado: "concurrirían aquí las disposiciones relativas al hurto calificado, al allanamiento de morada y al daño en las cosas". Según esto, si un supuesto de hecho es subsumible en dos o más leyes penales, habría un *concurso aparente* de esas leyes si una o más de las concurrentes abarcan *completamente* el supuesto de hecho que se trata; y, en cambio, estaríamos ante un concurso ideal cuando todas las leyes concurrentes fueran *necesarias* para abarcar completamente el supuesto que se trata. Precizando lo anterior, declara Merkel (1877:226) que en todo *concurso de*

continuado, los siguientes: a) el del "acto que realiza una especie de delito" y "puede subsumirse al mismo tiempo bajo la descripción de un delito genérico"; b) el de los "varios actos de la misma clase" que pueden considerarse como "momentos" de la realización de un mismo delito (p. ej., una "sucesión de ofensas a una persona, o de varias heridas en un sólo acto de homicidio" [p. 540, nota 5]), siempre que concorra una "única dirección de voluntad"; c) el del "delito que reúne" a otros que "concurren idealmente"; y d) el del caso en que la comisión de un delito presupone "conceptual" y "necesariamente" la de otro, aunque concurren "distintas direcciones de voluntad".

⁴ En palabras de Merkel (1871:579), "*Fällen einer bloßen Concurrenz von Gesetzen*".

⁵ Mérito que entre sus coetáneos ya le había reconocido Liszt (1884:222) y que, posteriormente, destacase Hippel (1930 II:523 nota 2).

⁶ El otro supuesto de concurso ideal, sería, según Merkel (1871:580) el de las "infracciones legales concurrentes en atención a que sus respectivos resultados independientes aparecen uno junto a otro, reunidos sólo mediante la acción de la cual se derivan", como sucedería "p. ej., al matar a varias personas mediante una misma acción", mientras la clase de concurrencia mencionada arriba en el texto "tiene, por así decirlo, su razón casual en una inadvertida incompletitud de la legislación".

leyes "existiría siempre una relación entre una ley general y una especial", entendida en un sentido amplio que incluye no sólo las relaciones entre el "contenido global" de las leyes, sino también entre "las formas de delito que comprende la definición legal". Merkel aparece así no sólo como el fundador de la teoría del concurso (aparente) de leyes, sino también como el primer exponente de un sistema *monista* del mismo.

Definido el *concurso de leyes* sobre la base de la relación de *especialidad* existente entre una ley general y otra particular, la solución en estos casos no podría ser otra que la del principio de *especialidad*, en palabras de Merkel (1871:574), la aplicación preferente de la ley "que tenga en cuenta las circunstancias de cargo y descargo de la manera más exhaustiva". Según este principio general de solución, para Merkel (1871:574, nota 2) tendría preferencia, "en la muerte en duelo", la ley que sanciona el "duelo calificado" (§ 206⁷) sobre las "generales del homicidio"; "en el falso testimonio que lleva a la pena de muerte", la del "falso testimonio calificado" (§ 154) sobre la del "intento de asesinato" [por medio de la falsa declaración]; "en el uso de dinero falso reconocible desde el principio", la del § 263 sobre las del fraude; y, en todo caso, siempre sería preferente la ley que sanciona "el delito consumado" sobre "las que amenazan la tentativa o los meros actos preparatorios del mismo delito".

En cuanto a la justificación que ofrece Merkel (1877:225s) para excluir los supuestos de *concurso de leyes* de la regulación concursal común en general y, en particular, de la disposición del § 73⁸, ésta se desarrolla a base de argumentos formales y materiales.

Formalmente, esgrime Merkel (1879:225), en primer lugar, una presunta voluntad del legislador de no regular los supuestos de *concurso de leyes*, que si bien podrían ser abarcados por "el tenor literal del § [73]", no lo serían por su espíritu, dado que esta disposición presupondría "una

⁷ "§§" sin indicación de la ley específica en que se contemplarían corresponden a disposiciones del Cp alemán vigentes en el momento histórico del contexto en que se citan, salvo indicación expresa en contrario.

⁸ Según el propio Merkel (1877:225) la doctrina mayoritaria en ese entonces estimaba que el § 73 regulaba los supuestos de *concurso ideal*. Esta disposición establecía que "cuando una misma acción lesiona varias leyes penales, sólo viene en aplicación aquella que contemple la pena más grave...".

acción en la cual concurren varias calificaciones" y "no una calificación con respecto a la cual concurren varias leyes penales"; y en segundo término, la sistemática del Cp alemán, puesto que para el autor en "atención a la relación entre los § 73 y § 74" y al título y contenido de la sección en que tales disposiciones se encontraban, "la prescripción del § [73] no es apropiada al mero concurso de leyes". Esta clase de argumentos puede ser rebatida con la misma facilidad con que se esgrimen, diciendo, por ejemplo, que siendo claro el tenor de la ley, no se ve razón para limitar su aplicación a supuestos no considerados en su elaboración, pues esto no implicaría que tales supuestos hubieran sido excluidos del ámbito del § en cuestión, más aún si no existe ninguna disposición expresa que así lo afirme. Quedarían por discutir, por tanto, los argumentos materiales ofrecidos por el autor.

Materialmente, el argumento decisivo de Merkel (1877:225) es que la disposición del § 73 sería no solo inadecuada para regular los casos de *concurso de leyes*, sino, sobre todo, "absolutamente impracticable". Para Merkel (1877:225), la regulación de estos casos no requeriría de consagración legal expresa, derivándose sus "principios" de "la naturaleza general de la legislación y la lógica"⁹. Así, según Merkel (1879:225s), mientras en el *concurso de leyes* la ley desplazada no debe considerarse "ni en la determinación de la pena, ni en atención a la cuestión de las consecuencias honoríficas, de las multas o de la reincidencia, etc.", el § 73 no excluiría esas consecuencias para el caso del concurso ideal¹⁰. Del mismo modo, estimar para los casos de *concurso de leyes* la aplicación de la ley más gravemente penada, según la regla del § 73, y no la de la más específica como se derivaría de la lógica, obligaría, según Merkel (1877:226), a quienes así lo hacen a "declarar absolutamente inaplicable" todas las leyes especiales que contemplaran una pena inferior a la general respectiva. Además, según Merkel (1879:226), en el *concurso de leyes* "la

⁹ Estos "principios" han de entenderse como los efectos que atribuye Merkel al concurso de leyes y no como los clásicos "principios de solución" (especialidad, subsidiariedad, etc.), cuya formulación no se había realizado hasta ese momento, según se expone en la nota al pie 1.

¹⁰ Según Merkel (1877:226), si la doctrina mayoritaria no estimaba este embrionario *principio de combinación* que admitiría el mencionado § 73, era porque en ella no se encontraba del todo clara la distinción entre *concurso de leyes* y *concurso ideal*. Sobre el *principio de combinación* cfr. *Infra* 2.3.

ley más especial excluye a la general sólo en tanto pueda ser aplicada en el caso dado", por lo que "si falta uno de sus presupuestos, p. ej., porque estuviera prescrita o porque no se hubiera presentado la correspondiente querella, entonces viene en aplicación la ley general", lo que evitaría algunas "dudas" que "se producirían sobre el § 73, porque según éste la reacción [penal] de las leyes in thesi se comprueba y aquélla ley que en esta prueba se presente como la menos grave no debe ser traída en aplicación".

De estos tres argumentos sólo resiste un serio análisis el segundo, el cual parece por lo demás suficiente para justificar la exclusión de la aplicación del § 73 a los casos de relación entre una ley particular y una general. En efecto, tanto el primero como el tercero de los argumentos esgrimidos por Merkel no representan cuestiones insalvables para la aplicación del § 73 a los supuestos de *concurso de leyes*, sino problemas de interpretación propios de esa disposición legal, extensibles por tanto a los casos de *concurso ideal*, respecto de los cuales también se podría haber planteado la cuestión en torno a la estimación de las penas accesorias de la ley desplazada o de cómo apreciar una de las infracciones legales concurrentes cuando no se presentaba la querella pertinente o prescribía antes que las demás. Sin embargo, si se afirmaba que el § 73 regulaba todos los casos de relación de ley general a ley particular, entonces se llegaría al absurdo, denunciado claramente por Merkel, de establecer la inaplicabilidad práctica de todas las figuras privilegiadas, absurdo al que con seguridad no habría querido llegar el legislador de 1871. Este es el argumento decisivo por el cual se podría afirmar la existencia en el Cp alemán de 1871 de un grupo de casos, los de *mero concurso de leyes*, cuya relación de base, esto es, la de ley general a ley particular, no se encontraba regulada por la disposición que el mismo cuerpo legal establecía para la sanción del llamado *concurso ideal*¹¹.

¹¹ Diez años más tarde, volvería Merkel (1889:262s, 268s) en su *Tratado* sobre el tema del concurso (aparente) de leyes, manteniendo en lo esencial su postura *monista* basada en la relación entre ley general y ley particular, aunque con un par de matizaciones importantes. La primera de ellas consistirá en la recepción que hará el autor de la teoría de la *unidad legal* desarrollada por BURI (cfr. *Infra*, 1.1.1), mediante la exclusión del régimen concursal común, junto a los supuestos de *mero concurso de leyes*, de aquéllos que denomina "*unidades delictivas complejas*". Y en segundo término, admitirá Merkel (1889:268s) como *motivo* de preferencia en los casos de *concurso de leyes* la expresa disposición legal, citando el ejemplo del § 17 de la ley de vacunaciones de 1874, caso en

1.1.1. Primera recepción dogmática de la teoría de Merkel: de Buri a Schütze

En el período que va desde el último aporte de Merkel al *Manual* de Holtzendorf hasta la publicación del *Manual* de Binding, la teoría del concurso (aparente) de leyes no encontró, salvo en los trabajos de Liszt y Schütze, una acogida dogmática significativa, aunque muchos de los supuestos que la configuran hasta hoy en día comenzaron ya en este período a considerarse excluidos de la regulación concursal común, pero dentro de una difusa categoría denominada por Buri (1879:38) *unidad legal*¹², por Wächter (1881:293) *casos de concurso impropio*, y por el resto, simplemente, casos en los cuales no tenía lugar el concurso o no existiría una *pluralidad de infracciones legales*¹³, categoría en la cual se incluían también muchas veces casos como el del *delito continuado*¹⁴ o las ahora llamadas *unidades típicas o legales*¹⁵, e incluso situaciones como las de los llamados *delitos preterintencionales*¹⁶.

Entre los supuestos tratados por la doctrina antes referida y que, posteriormente, serían adoptados dentro de la teoría del concurso (aparente) de leyes, encontramos algunos de antigua data, como la concurrencia de diversas causas de agravación de un delito, para cuyo tratamiento no se ofrecen nuevas soluciones distintas a la establecida en

el cual las leyes preteridas tendrían "una significación meramente subsidiaria" (como se verá más adelante, *Infra* 1.2.2.3.1, este caso ya lo había espuesto BINDING (1885:356) dentro de lo que él denomina *primera forma de subsidiariedad*).

¹² Además, Buri (1879:51) parece implícitamente contrario a la teoría del concurso (aparente) de leyes, al rechazar que pueda privársele "al supuesto de hecho legal", "en razón de una teoría cualquiera, el lugar autónomo que le ha dado la ley", pues según él, sólo la "ley misma", esto es, su *interpretación*, "puede construir una unidad de una pluralidad".

¹³ Hasta el punto que Hälschner (1881:660) reserva la expresión *concurso de leyes* para los supuestos del llamado *delito continuado*, al cual también Schütze (1874:190) le había denominado equívocamente *concurso aparente*. Esta sistemática llegó incluso hasta principios de siglo por medio de la obra de Singer (1904:371ss), quien diluye la teoría del concurso (aparente) de leyes, sin llegar a mencionarla, dentro de los llamados *delitos complejos*.

¹⁴ Wächter (1881:293) y Habermaas (1882:3).

¹⁵ Buri (1879:38s) y Wächter (1881:294ss).

¹⁶ Específicamente, Habermaas (1882:6).

el antiguo art. 163 CCC¹⁷, el delito que constituye una forma o un medio de perpetración de otro, absorbido en este último¹⁸, y el de la relación entre una ley general y otra particular, con preferencia de ésta sobre aquélla¹⁹; junto a otros que empiezan a mencionarse separadamente, como el del delito cuyos actos preparatorios o su tentativa se encuentran especialmente penados, en los cuales sólo se castigaría por el delito consumado que se trate²⁰; el de las distintas formas de participación en un delito, caso en el cual sólo se castigaría por la más grave²¹; el de la realización de un delito de peligro sobre un objeto jurídico concreto y su posterior lesión, sólo punible por este último título²²; el de los llamados *delitos complejos*²³; y el de la *duda de subsunción*²⁴.

Aparte de los casos antes mencionados, los autores referidos también realizan algunos aportes conceptuales, aunque dentro de la separación global que practicaban entre los casos en que existiría un efectivo concurso, *ideal o real*, y aquéllos en que no. Así, Buri (1879:41ss d) y f)) limita la *unidad legal*, tratándose de un delito que sirve de medio o forma de perpetración de otro, y de la relación entre un delito de peligro para un objeto jurídico concreto y la lesión del mismo, a los casos en que el marco penal del delito que sirve de medio de comisión o que fuera de peligro aparezca suficientemente absorbido dentro del marco penal del

¹⁷ Buri (1879:41), Wächter (1881:297), Hälschner (1881:66O nota 1), y Habermaas (1882:5). Sobre el art. 163 CCC, cfr. nota 1.

¹⁸ cfr. nota 1. En este período, el caso es citado por Buri (1879:41ss d)) y Hälschner (1881:660).

¹⁹ cfr. nota 1. Wächter (1881:297) distingue, para efectos procesales, entre la concurrencia en tal caso de delitos "generales" y "más estrictos" de acción pública o privada; Hälschner (1881:659) habla de concurrencia entre "formas básicas" [*Gattungswesen*] y "especializantes" de un mismo delito; y Habermaas (1882:4) de "delitos básicos" y "especializados".

²⁰ Buri (1879:42s), Hälschner (1881:659) y Habermaas (1882:4).

²¹ Hälschner (1881:659) y Habermaas (1882:6).

²² Buri (1879:46ss) y Hälschner (1881:660).

²³ Buri (1879:51) y Habermaas (1882:7), quien los admite como "delitos reunidos", aunque se lesione más de un bien jurídico, por una exigencia de derecho positivo.

²⁴ Habermaas (1882:5) toma este supuesto de la obra de Schütze (1874:194), a quien cita y sigue en todo, incluso en el recurso al principio *in dubio mitius* para su solución, por lo cual sólo lo trataremos al hablar de los aportes de este último autor en las siguientes páginas.

delito ejecutado o de lesión, respectivamente, incorporando así el criterio de la medida de la pena como determinante para el establecimiento o no de una relación concursal²⁵. Por su parte, Wächter (1881:297 nota 19) plantea expresamente como justificación general para aplicar sólo una de las leyes concurrentes en los casos de relación entre ley general y ley particular el principio *non bis in idem*, sobre el cual, lamentablemente, no abunda el autor en mayores explicaciones²⁶. Mientras, Hälschner (1881:659) se preocupa fundamentalmente de ofrecer una justificación diferente a la postulada por Merkel, para la exclusión de la normativa concursal común de los casos de relación entre delito consumado, tentativa y actos preparatorios, afirmando que en tales supuestos "no tiene lugar el concurso", "no obstante realizar siempre y al mismo tiempo la descripción legal de la tentativa del mismo delito, puesto que la tentativa y la consumación no constituyen delitos distintos, sino diferentes estadios, declarados punibles, de la realización de un mismo delito", lo cual valdría, "especialmente", "para el caso en que la ley excluye excepcionalmente de la aplicación de las leyes generales sobre tentativa a ciertos actos ejecutivos, o incluso ciertos actos preparatorios, y los sanciona como delitos consumados autónomos"²⁷. Sin embargo, el aporte más significativo, por su trascendencia hasta el día de hoy, es el realizado por Habermaas (1882:1s), quien introduce en la teoría concursal el nuevo concepto penal de *bien jurídico*, afirmando la existencia o no de un *concurso de delitos* en la correspondiente existencia o no de "una pluralidad de bienes jurídicos violados o una pluralidad de violaciones del mismo bien jurídico" y no en la unidad o pluralidad de "acciones", con lo cual se agregan a la de por sí complicada teoría concursal, las complicaciones que hasta el día de hoy produce en la doctrina el establecimiento del

²⁵ También en este sentido, Hälschner (1881:660 nota 2).

²⁶ El autor se limita a remitirnos al Digesto, *de accusat.* 48, 2, 14. Esta justificación se encontraba también implícita en Buri (1879:42).

²⁷ La doctrina anterior no distinguía entre supuestos de tentativa o actos preparatorios "especialmente excluidos" de la regulación general de los mismos y aquéllos sancionables, precisamente, en base a tal regulación general, como puede verse en Merkel (1871:579 nota 2) y Schütze (1874:194). El éxito de la propuesta de Hälschner se ve reflejado en su inmediata acogida por parte de Habermaas (1882:4) y Schütze (1883:56).

concepto y alcance del *bien jurídico* en general, y de los concretos *bienes jurídicos* que protegerían las diversas leyes penales, en particular²⁸.

Quienes, a diferencia de los autores recién tratados, sí acogieron la teoría del concurso (aparente) de leyes en este período, fueron Schütze (1874:193s; 1883:55s) y Liszt (1884:222). Sin embargo, dado que las ideas de Liszt sobre el concurso (aparente) de leyes fueron modificándose sensiblemente en las distintas ediciones de su *Tratado*, pasando de una idea muy similar a la de Merkel en sus primeras ediciones a un sistema de corte claramente *clásico*, al estilo de Binding²⁹ a partir de la 12^a-13^a ed., no haremos de ellas aquí más que esta mención, reservando para el lugar histórico correspondiente la exposición y explicación del parecer definitivo del profesor de Marburgo sobre la materia³⁰. Un proceso similar de modificación, aunque en otra dirección, sufrirían las primeras ideas que sobre el *concurso meramente aparente* expusiera Schütze (1874:193s), las cuales posteriormente modificaría en su artículo *Concursos* de 1883³¹.

²⁸ cfr. la discusión en la doctrina alemana actual en los textos de Jakobs (1991:2/7ss) y Roxin (1994:10ss).

²⁹ cfr. *Infra* 1.2.

³⁰ cfr. *Infra* 2.

³¹ Las diferencias más significativas entre las obras de Schütze pueden resumirse en la cuestión sistemática, pues mientras en su *Tratado*, Schütze (1874:193ss) distingue entre tres categorías concursales, a saber, la de los concursos *meramente aparentes*, la de aquéllos *posibles* y la de los *efectivos* (*concursos ideal y real*), tal distinción tripartita desaparece en su artículo de 1883, en el cual, por otra parte, se recoge tanto la distinción en boga entre norma y supuesto de hecho legal, como la llamada *unidad legal*, categoría en la cual admite el autor sólo una parte de los casos propuestos para la misma por Buri, a saber, los "delitos reunidos en sentido propio" (los llamados *delitos complejos*); los supuestos en que la ley se refiere a objetos de número indeterminado, como la falsificación de "dinero", o la "resistencia", los cuales califica el autor de "delito continuado en virtud de la ley"; y por último, los casos en que un delito "absorbe" en su concepto las acciones punibles consecutivas al mismo. No obstante, este último grupo de casos no permanecerá por mucho tiempo al margen de la teoría del concurso (aparente) de leyes, dado que en él se encuentra la base de los llamados "actos posteriores copenados", como se puede intuir a partir de los ejemplos propuestos por el autor: "si el falsificador mismo usa lo falsificado (art. 56 inc. 2 Cp holandés) en el tráfico comercial, el ladrón mismo oculta o enajena lo robado, así como si ha tenido lugar el yacimiento después de consumada la bigamia con ese interés". De todas maneras, tampoco este grupo de casos carece de precedentes en la doctrina anterior al Cp alemán de 1871, dado que se encontraba expuesto en términos similares, incluso recurriendo también a la voz "absorción", por Abegg (1836:242).

El aporte a la teoría del concurso (aparente) de leyes realizado por Schütze consiste en profundizar dentro del propio *concurso de leyes* las distinciones que entre distintos "grupos de casos" se habían venido practicando por la doctrina precedente, mediante la exposición de supuestos diferenciados, ofreciendo para cada uno de ellos criterios de determinación y solución distintos, con lo cual se limitaba de manera ostensible la formulación primigenia de Merkel, abonándose así el camino para el surgimiento del *sistema clásico*, tal como lo conocemos hoy en día. En efecto, distingue Schütze (1883:55) entre los casos de "mera duda de subsunción" y aquéllos en que concurrirían distintas formas punibles de un mismo delito. En los primeros debería juzgarse el caso, según el autor, "bajo aquél concepto de delito cuyos elementos agotan de manera más exhaustiva las circunstancias de hecho considerables y por ello las cubren de la forma más completa". Para Schütze (1883:55), "la exclusión del delito genérico por el específico" sería "una mera aplicación de este principio", el cual explicaría también la exclusión del delito básico por sus figuras privilegiadas o calificadas, y del delito que constituye actos preparatorios o tentativas de un delito por la tentativa o consumación del mismo. Como en su obra anterior³², complementa Schütze esta solución con "la regla de interpretación subsidiaria *in dubio mitius*", aplicable a aquéllos supuestos en que la duda fuera insalvable. En cambio, para Schütze (1883:55s), en el segundo grupo de casos de *concurso de leyes*, al que pertenecerían "las siempre manidas cuestiones de si la consumación absorbe a la tentativa, o la autoría a otras formas de participación (no autorías), así como el caso de la concurrencia de varias causas de agravación del mismo delito", no tendría nada que ver con los de duda de subsunción, pues afirma que "en ellos no se trata en modo alguno de distintos conceptos de delito, sino exclusivamente del concierto de distintos supuestos dentro del concepto de un mismo delito". Lamentablemente, no aclara Schütze la cuestión básica de establecer los criterios que permitan determinar los casos de *duda de subsunción* en que no existe una relación entre "delito genérico" y "delito específico", de gran importancia para delimitar el alcance del principio *in dubio mitius* postulado por el autor.

³² Schütze (1874:194).

1.2. Nacimiento del sistema *clásico*: Binding

1.2.1. Concepto

Para Binding (1885:333) existiría un "así llamado *concurso de leyes*" en "un suceso vital subsumible en su totalidad bajo una pluralidad de leyes", leyes que, sin embargo, no darían lugar a una "pluralidad de posibles castigos", pues "el fallo solo puede fundamentarse en una de esas leyes". De allí que para el autor "el concurso de leyes se trata de las reglas para la elección de la ley efectivamente aplicable al caso concreto". Según Binding, tales "reglas" serían "completamente diferentes, según los diferentes casos de concurso de leyes". Con estas pocas palabras, sienta Binding las bases del aquí denominado *sistema clásico* del concurso (aparente) de leyes, cuyo concepto general no ofrece sin ningún otro contenido que la descripción del común efecto que tendrían cada uno de los "principios" o "reglas" a que remite. Pero además, Binding reúne por primera vez en su *Manual* los que habrían de ser los "principios de solución" que hasta hoy en día constituyen la materia prima de la teoría que tratamos, a saber, *especialidad*, *subsidiariedad*, *consunción* y *alternatividad*³³. En cuanto a su ubicación sistemática, al contrario que Merkel, aborda Binding (1885:333) estos problemas dentro de la teoría de la ley junto con otros relativos a la vigencia temporal o territorial y no a

³³ Aunque no deja de ser cierto que en estos principios Binding recoge y sistematiza una doctrina y un conjunto de casos que ya iba adquiriendo cierto cuerpo, no lo es menos que tal sistematización y la denominación y definición de nada menos que tres de los cuatro principios clásicos del concurso (aparente) de leyes, a saber, *subsidiariedad*, *alternatividad* y *consunción* es un mérito exclusivamente atribuible a Binding y a su *Manual*. Sin embargo, con anterioridad a esta obra, ya había intentado Binding una sistematización de al menos los principios de *subsidiariedad* y *alternatividad* en la primera edición de sus *Normas* (1872), pero como él mismo confesaría más tarde [(1922 I:201 nota 1)] hubo en ese intento confusiones que tendrían por consecuencia errores posteriormente corregidos. El tema también lo trata posteriormente Binding en sus *Fundamentos* (1913) y en la citada edición póstuma de sus *Normas* (1922), aunque sin variar significativamente lo expuesto en el *Manual*. En los *Fundamentos* expondría Binding (1913:77s) un somero resumen de lo explicado en su *Manual*, quitando la subclasificación de lo que él denominaba "segunda forma de subsidiariedad" -aunque ello con más ánimo pedagógico que teórico- y también numerosos ejemplos. Y por último, en las *Normas*, aborda Binding (1922 I:190ss) desde la teoría general que allí expone las relaciones de *especialidad*, *subsidiariedad* y *alternatividad*, ofreciendo numerosos ejemplos de las mismas, pero que tampoco modifican *sustancialmente* lo expuesto en el *Manual*.

propósito de la teoría concursal, con lo cual parece entender se tratarían más bien de problemas de delimitación del alcance de las leyes en juego más que de solución de ciertos problemas concursales, tal como deja particularmente de manifiesto en la exposición de lo que él denomina *segunda forma de subsidiariedad* (cfr. *Infra* 1.2.2.3.2). Siguiendo el esquema del autor, analizaremos a continuación cada una de las *reglas* que propone.

1.2.2. Los principios de solución

1.2.2.1. La relación "regla-excepción" (*especialidad*).

Binding (1885:334s) sigue al respecto la doctrina ya tradicional referida a la relación entre *lex generalis* y *lex specialis*, aunque parece reducirla a la existente entre un delito básico o genérico [*Verbrechensgenus*] y alguna especie del mismo "agravada, atenuada o de alguna otra forma diferenciada"³⁴. Para que tal situación se produzca, según Binding, "es necesario que el supuesto de hecho de una ley agravada, atenuada o amenazada con una pena distinta, comprenda legalmente todos los elementos esenciales del supuesto de hecho de la amenaza penal regular", admitiendo que un delito puede considerarse "especie" de más de un otro. La solución a estos casos sería, para Binding "que el suceso vital subsumible bajo ambas disposiciones jurídicas no se estimase como un concurso de delitos sino sólo como un delito, el cual exige un castigo según la *lex specialis*", esto es, la preferencia de la excepción sobre la regla general³⁵.

1.2.2.2. "Alternatividad de las leyes penales"

³⁴ Aunque Binding (1885:334 nota 1) menciona otros casos, p. ej., la exigencia de querrela del ofendido y el tratamiento penal de los jóvenes, como excepciones a las reglas generales del código, así como también las distintas relaciones entre los diversos ordenamientos existentes en ese momento (imperial y territorial), se trata aquí de otra clase de excepciones y no de la relación entre delitos o supuestos de hecho penales, estrictamente reducida a los casos arriba descritos.

³⁵ En los casos de duda, ya sea sobre la existencia misma de la excepción, ya sobre su alcance, sugiere Binding (1885:334s) recurrir a la interpretación subjetiva, buscando el alcance que, "en opinión del legislador", habría de dársele al fundamento de la excepción.

Para Binding (1885:349) existe *alternatividad de leyes* en dos casos: a) cuando "exactamente el mismo supuesto de hecho es penado por distintas leyes", y b) "cuando dos supuestos de hecho se comportan como dos círculos que se cortan el uno al otro"³⁶. El primero le parece a Binding que "raramente sucede", mientras que el segundo sería "mas frecuente". Según Binding (1885:349), tales supuestos se producirían porque "una y la misma acción antijurídica puede ser tenida en cuenta por el legislador desde distintos puntos de vista criminales y, por ello, reconducirse a los supuestos de hecho de varias reglas jurídicas [*Regelrechtssätze*]", esto es, prácticamente por un "error" del legislador. Este "error" se remediaría, según Binding (1885:350), de la siguiente forma: "si las distintas leyes amenazan con igual pena, entonces es indiferente cuál de ellas se trae en aplicación; pero si las penas son distintas, entonces debe estimarse la ley penal que fuese más desfavorable [*in concreto*] para el acusado"³⁷.

³⁶ La introducción de esta metáfora es también, lamentablemente, la de un equívoco. En efecto, sólo por los ejemplos que ofrece Binding puede afirmarse que, en su idea, se corresponde a una relación en la que los objetos que caen dentro del área común de los círculos que se trata son los casos subsumibles en ambas leyes y que existen casos subsumibles en una o en otra de las leyes en juego, pero no en ambas a la vez (áreas independientes). Sin embargo, existe otra posible interpretación de la metáfora de los círculos secantes, pero que nosotros estimamos no corresponde a la idea que tenía Binding. Esta segunda interpretación diría que el área común encerrada entre los círculos secantes corresponde no a los casos subsumibles en uno y otro supuesto de hecho, sino a los elementos típicos comunes a uno y otro, esto es, a las propiedades comunes a ambos utilizadas en su formulación. Sin embargo, en sus ejemplos Binding (1885:350ss) no analiza las propiedades o elementos típicos comunes de las leyes en conflicto, sino casos concretos subsumibles a la vez en dos o más supuestos de hechos legales.

³⁷ Estas reglas valdrían para todos los casos de *alternatividad*, con excepción de aquéllos en que concurrieran dos o más causas de atenuación de un delito, casos en los cuales, según Binding (1885:353 nota 9), "vale lo análogo: esto es, se considera como fundamento [del fallo] la ley más atenuada, no la más grave". Otra excepción, aunque no en la solución, sino en el concepto mismo de *alternatividad*, la constituye, según se expone arriba en el texto, la consideración por parte de Binding (1885:351), de la relación entre los §§ 81.1 y 211 como supuestos de *alternatividad*, dado que, como el propio Binding reconoce, el supuesto de hecho del § 81.1 (homicidio de un príncipe de la Federación) sería ley "especial" respecto al homicidio del § 211 y, por tanto, su relación la de "regla-excepción". Con ello, parece querer extender Binding la definición de *alternatividad* no sólo los supuestos en que, por un error del legislador, se establecen supuestos de hecho idénticos o con ámbitos de aplicación coincidentes, sino también a aquéllos en que tal error se extiende al establecimiento de una pena más benigna para una ley especial que *debiera ser* más grave que la general, tal como parece estimar Binding (1885:351) en el caso del homicidio de un príncipe de la Federación, pues según

Como ejemplos de estas situaciones ofrece Binding (1885:350ss) los siguientes: 1) El supuesto en que una circunstancia pensada como agravante resulta en definitiva un privilegio, al establecer para ella el legislador una pena que, en ciertas circunstancias, puede ser más beneficiosa que la del supuesto de hecho básico, como sucedería en ese entonces en el delito de incendio de cosas aseguradas con intención de defraudar del § 265 en relación a los de incendio de los §§ 306 y 307. En estos supuestos propone Binding (1885:350) aplicar la pena del § 306 si se incendia una casa habitada asegurada con ánimo de defraudar al seguro, pues el ánimo de defraudar no habría sido concebido como un privilegio. 2) Lo mismo sucedería entre las disposiciones de los §§ 5 y 6 de la Ley de explosivos del 9 de junio de 1884 y los mentados §§ 306 y 307: si con la explosión sólo se causan lesiones, sería aplicable el § 5.1 de la mencionada ley de explosivos, por su mayor gravedad respecto al § 306; pero por contra, si se utilizan dichos explosivos para asesinar, robar o con ocasión de un alzamiento, sólo sería aplicable la pena del § 307.3 por su mayor gravedad respecto a la del § 5 de la dicha ley de explosivos. 3) En la misma relación estima Binding (1885:351) las distintas "actividades contra los príncipes de la Federación", título con que en los §§ 80 a 100 se hacía referencia a los distintos ataques dolosos contra la vida, integridad, libertad y honor de los mismos, en relación a los respectivos delitos comunes de homicidio, lesiones, detención ilegal e injurias contemplados en el Cp alemán: en todos estos casos propone el autor analizar cuál de las penas previstas es la más grave y aplicar esta en consecuencia. Así, respecto al asesinato de un príncipe de la Federación de los mencionados en el § 80, estima igual aplicar el § 80 que el § 211, puesto que establecen la misma pena. Pero si se trata del asesinato de un príncipe de los no mencionados en el dicho § 80, entonces no sería aplicable el § 81.1, sino directamente el § 211, a pesar de parecer el primero un supuesto de hecho especial y de que sus presupuestos se hayan cumplido, porque sino la calidad de príncipe de la Federación tendría un inesperado efecto privilegiante, en circunstancias que se habría pensado como agravante. En cambio, la tentativa de asesinato de un príncipe de la Federación de los nombrados en el § 80 o en el § 81, sólo sería castigable por dichas

el autor, "si se aplicase el § 81.1, entonces resultaría que la calidad de autoridad constituiría una causa de atenuación y no de agravación, como fue pensada".

disposiciones al establecer penas más grave que las de la tentativa del § 211. Similar razonamiento aplica Binding (1885:352) para afirmar que en caso de injurias a los príncipes de la Federación debe aplicarse el supuesto de hecho común de injurias del § 187 y no el específico del § 95. 4) En relación de *alternatividad* estima también Binding (1885:353s) la concurrencia de diversas causas de agravación de un delito: si llevan todas a la misma pena (p.ej., en el homicidio, la concurrencia del carácter de ascendente de la víctima y de la premeditación, §§ 214 y 215), sería indiferente cuál aplicar; en caso contrario (p. ej., en el robo, la concurrencia de armamento en el autor y de "martirios" a la víctima) estima aplicable la agravación que conlleve mayor pena³⁸. Y 5) como un caso de aplicación del anterior, estima también *alternatividad* Binding (1885:353) en la concurrencia de varios delitos calificados de un mismo delito básico (p.ej.: violación con fuerza y a una menor de edad).

1.2.2.3. "Subsidiariedad" de leyes penales

En esta relación se encontrarían, según Binding (1885:355), dos leyes penales que "amenazan parcialmente el mismo supuesto de hecho o dos supuestos de hecho complementarios entre sí", "cuando entre ellas no existe una relación de *lex generalis* y *lex specialis*, a pesar de lo cual, una de ellas sólo quiere tener aplicación en caso que la otra no sea aplicable". A continuación, distingue Binding (1885:355s) entre "1. Casos en que la acción, tal como está definida, no genera una pretensión penal en la medida en que existe otra ley penal más agravada o más atenuada": *subsidiariedad expresa*; y "2. Casos en que algo distinto a la acción, tal como está definida, no genera una pretensión penal adicional a la establecida en una ley más gravemente penada": *subsidiariedad tácita*. Sin embargo, para comprender el alcance de estas "formas de subsidiariedad" y, por tanto, esclarecer sus criterios de determinación y solución, es preciso analizar cada una de ellas separadamente, puesto que no los ofrece Binding ni en la definición de *subsidiariedad* ni en la clasificación recién expuesta.

³⁸ Cita aquí Binding (1885:353 nota 9) en apoyo de esta tesis la antigua disposición del art. 163 CCC (cfr. nota 1), cuya persistencia doctrinal parece perderse definitivamente en esta cita pero que constituyó un punto de referencia importantísimo a la hora de extender la primitiva formulación de Merkel, donde nunca pudo encuadrar del todo, como bien destacó Schütze (1883:55).

1.2.2.3.1. "Primera forma de subsidiariedad" (*expresa*).

La *subsidiariedad expresa* debería su existencia, en palabras de Binding (1885:356), "solamente a la incapacidad o comodidad del legislador", quien al establecer nuevos supuestos de hecho estrechamente relacionados con otros antiguos, no se tomaría la molestia de delimitar el alcance de uno y del otro, limitándose a expresar una fórmula del estilo "en tanto no sea aplicable, según el código, una pena mayor"³⁹, con la cual se resolverían los problemas generados por un nuevo supuesto de hecho que caería "total o parcialmente" dentro de otro. Tales serían los casos de la tentativa de instigación y proposición para delinquir respecto a la efectiva instigación o comisión o tentativa del delito propuesto, respectivamente (§ 49a), o de la inoculación culposa respecto a las lesiones u homicidio que de la misma se podrían derivar (§ 17 de la ley de vacunaciones de 8 de abril de 1874).

Según Binding (1885:357), la diferencia entre la *subsidiariedad expresa* y los casos de *especialidad* o *alternatividad*, no radicaría tanto en la relación existente entre las leyes en juego, sino en la modificación que de los efectos naturales de dichas relaciones se derivarían a raíz de la cláusula de subsidiariedad: por una parte, la ley especial no primaría siempre sobre la general, y por otra, entre leyes que abarcasen total o parcialmente el mismo supuesto de hecho ya no sería indiferente cuál ley aplicar en caso de establecerse idénticas sanciones⁴⁰.

1.2.2.3.2. "Segunda forma de subsidiariedad" (*tácita*)

³⁹ Para Binding (1885:356 nota 2) esta cláusula de subsidiariedad puede referirse también a una ley que sancione con una pena menor, lo cual sería "pensable", "pero inexistente en el derecho del Imperio de hoy en día". Además, la redacción de tales cláusulas podría provocar dudas sobre "la medida en que una ley quiere ser subsidiaria" como afirma Binding (1885:356 nota 4) sucedería, por ejemplo, con el antiguo § 49a Cp alemán.

⁴⁰ De todos modos, queda abierta la cuestión de si la cláusula de *subsidiariedad expresa* sería una verdadera "excepción legal" a la regla dada por Binding para solucionar los casos de *alternatividad* o una "expresión legal" de la misma, dado que no ofrece el autor ejemplos de subsidiariedad expresa en que la formulación legal limite su ámbito de aplicación por la existencia de leyes más favorables al procesado.

Según Binding (1885:357ss) la *segunda forma de subsidiariedad* tendría su origen en los diferentes "estadios de desarrollo" de la "protección de un bien jurídico"⁴¹, y aparecería bien "a través de la relación subsidiaria de sus normas fundantes, esto es, a través de las relaciones del delito con otro", o bien "echaría raíces en la subsidiariedad de ciertas formas del delito y de sus correspondientes amenazas penales". Sin embargo, por el carácter ostensivo de esta clasificación, para averiguar en realidad cuándo existiría *subsidiariedad tácita*, es preciso abordar cada una de estas formas en particular.

1.2.2.3.2.1. "Subsidiariedad de las leyes penales como consecuencia de la subsidiariedad de las normas"⁴²

Respecto a esta clase de subsidiariedad, Binding (1885:358ss) no ofrece un concepto específico, sino varios grupos de casos, a saber: 1) En los delitos de lesión, el caso en que la agravación de la conducta lesiva (subsidiaria) se convierte en objeto de otra norma penal (principal). Ejemplo: la relación entre lesiones y homicidio. Según Binding (1885:358), el delito de lesiones sólo abarcaría aquéllas no destinadas a cometer un homicidio, esto es, sólo la violación de la integridad corporal como tal. De este modo, cuando las lesiones se dirigen a cometer un homicidio y tal finalidad se cumple, no sería aplicable el supuesto de hecho de lesiones sino sólo el de homicidio: las lesiones serían subsidiarias en la medida que sólo son aplicables cuando no lo es el delito de homicidio, el cual abarcaría todas las lesiones dolosas dirigidas a su comisión⁴³. 2) Según Binding (1885:358) "respecto a la prohibición de lesionar un determinado

⁴¹ Binding realiza con esta definición una mezcla entre los "diferentes estadios, declarados punibles, de la realización de un mismo delito" de que hablaba Hälschner (1881:659) y la *unidad* de bien jurídico propuesta por Habermaas (1882:1s) para excluir la normativa concursal común.

⁴² Por *norma* entiende Binding (1922 I:45) el "mandato legal" que ordena o prohíbe, sin referencia a las particulares consecuencias penales que para la infracción de dicho mandato prescriben las leyes, sino sólo al comportamiento que en la primera parte de dichas leyes se describe, de allí que para el autor "la norma precede conceptualmente la ley penal, pues ésta declara impune o amenaza con una consecuencia penal una violación de la norma".

⁴³ Binding (1885:358 nota 4) elude expresamente pronunciarse sobre los problemas relativos a la comisión culposa de ambos delitos y a la concurrencia entre dolo y culpa en el mismo acto, como así también, aunque no lo declara expresamente, al problema de la concurrencia entre tentativa de homicidio y lesiones.

bien jurídico, siempre es subsidiaria la prohibición de poner en peligro ese mismo bien, pues ésta se dirige sólo a aquéllos que no quieren lesionarlo". Ej: la relación entre la exposición de personas desamparadas (entendido como delito de peligro contra la vida) es subsidiaria del asesinato u homicidio que con dicha exposición se pretenda⁴⁴. Y 3) También existiría subsidiariedad según Binding (1885:259) en la relación entre determinadas prohibiciones de lesión y la obligación de denunciar a la autoridad o a la víctima el conocimiento de los planes realizados para cometer una tal lesión, cuando el obligado pretende participar en el delito denunciado. El delito de no denunciar sería subsidiario respecto al delito denunciado, pues según Binding, la obligación de denunciar no estaría dirigida a quienes por sí mismos planean el delito en cuestión: "por tanto, es impensable un concurso entre el delito de no denunciar un crimen y la participación en dicho crimen".

1.2.2.3.2.2. "Subsidiariedad de las formas del delito"

Dentro de esta subclase de "subsidiariedad", que tampoco define, comprende Binding (1885:360ss) la mayor parte de los supuestos de concurso (aparente) de leyes que la doctrina anterior había ido separando paulatinamente del concepto de relación de ley general a ley particular. Los grupos de casos que formarían esta clase de *subsidiariedad* serían los siguientes⁴⁵: 1) Las relaciones entre tentativa y consumación de un mismo delito, como así también las existentes entre inducción o participación y participación o coautoría en el delito a que se induce o en el cual

⁴⁴ La misma razón justificaría estimar subsidiariedad en el último de los grupos de esta clase planteado por Binding (1885:360), esto es entre homicidio (§ 211) o lesiones (§ 223) y el lanzamiento de piedras o animales peligrosos contra un hombre (§ 366, 6° y 7°), ya que, aunque estos últimos delitos serían en principio de peligro "absoluto" (*abstracto*), en ellos en realidad el peligro recae sobre "un tipo y especie de bien jurídico completamente determinado". Por contra, declarará Binding (1885:359) la posibilidad de establecer una relación concursal propia entre un delito de peligro que responda a una prohibición "absoluta", esto es, que abarque más de un bien jurídico, y la lesión criminal de alguno de esos bienes jurídicos protegidos.

⁴⁵ Binding (1885:362) menciona aparte de los cuatro grupos que se exponen arriba en el texto un quinto supuesto, referido a la participación riña en relación a las lesiones o muerte que en ella se producen. Sin embargo, el carácter singular de este supuesto, remitido sólo a una concreta disposición del Cp alemán y la particular concepción que dicho cuerpo legal ofrecía de la participación en riña, entendiéndola como un *delito de sospecha*, le resta gran parte de su valor teórico al supuesto que trata.

se participa. Según Binding (1885:360), en estos casos sería subsidiarias las disposiciones relativas a la tentativa, inducción o participación, pues éstas "sólo quieren sancionar a quien *in concreto* no consuma el delito o no es el autor del mismo". 2) La relación entre los actos preparatorios específicamente sancionados y el delito preparado. Según Binding (1885:361), tales actos preparatorios serían subsidiarios frente al delito que preparan. Este sería el caso de los actos preparatorios relativos a la traición de la patria (§ 83), donde la subsidiariedad se desprendería expresamente; así como en el § 49a párrafo tercero, respecto a las tres formas de participación: sólo serían sancionables por ese parágrafo quienes fueran "no-partícipes" del delito inducido. 3) También estarían en relación de subsidiariedad las formas más leves de un delito respecto a las más graves del mismo. Así sucedería, según Binding (1885:362), en los delitos de quiebra, donde las figuras más graves no aparecerían sólo como una calificación de las más leves, pues los actos que las constituyen caen tanto en unas como en las otras de dichas formas. La concurrencia entre la quiebra simple y la fraudulenta se haría aquí imposible por el carácter subsidiario de la primera frente a la segunda. Y 4) para Binding (1885:363), "mientras no se demuestre lo contrario", habría que presumir que el legislador ha intentado separar las distintas clases de delitos, especialmente los "más sencillos" de los "nuevos" y "más complicados" mediante conceptos "límitrofes" cuya introducción excluiría del ámbito de aplicación del nuevo delito al anterior. Así sucedería, p. ej., entre los delitos de fraude y apropiación.

1.2.2.4. "Consunción de una amenaza penal en otra"

Consunción existiría, según Binding (1885:363), "cuando una ley penal absorbe parcialmente en sí el supuesto de hecho y la pena de otra que, en tanto queda fuera de aplicación, es consumida". Señala el autor como caso paradigmático "la relaciones entre el delito básico y las subespecies agravadas", refiriéndose con ello al parecer a los también llamados *delicta sui generis* o delitos autónomos⁴⁶. Tan escueta definición es complementada por el autor afirmando que "la consunción de una amenaza penal por otra tiene lugar porque la pena consumiente

⁴⁶ Otra interpretación a este ejemplo no veo, pues el propio Binding (1885:333) consideraba las figuras calificadas "simples", por llamarles de alguna manera, casos de *especialidad*, y no puede ser éste el mismo supuesto.

vale para una especie más o menos claramente destacada de la misma clase de delitos, o quiere ser aplicable en un caso más o menos formado de pluralidad de delitos [acciones] contrapuesto a una pluralidad de crímenes, sea esto expresa o tácitamente declarado [delitos *complejos*], o por último, porque el legislador ha fijado sin fortuna las distintas amenazas penales concurrentes".

Según Binding (1885:364s), cuatro serían los grupos de casos de "consunción de una pena en otra" más significativos (por conflictivos), a saber: 1) Los casos en que las coacciones (en su aspecto de fuerza física) constituyen un "medio tan regular" para la comisión de otro delito, como sucedería respecto del homicidio o las lesiones, que el legislador ya las debió tener en cuenta en la medida de la pena del delito consumiente, como se demuestra con la sola comparación de las respectivas amenazas penales. 2) Los casos en que las injurias aparecen consumidas en otros delitos, ya sea en su aspecto de injurias de hecho, como cuando la fuerza empleada presenta un carácter deshonesto, aspecto que sólo podría considerarse en la determinación de la pena correspondiente al respectivo delitos de lesiones u homicidio consumiente; ya sea en su aspecto de injurias propiamente tales, como en la proposición para cometer un delito dirigida a "un hombre honesto", o en la denuncia falsa. 3) Los casos en que las lesiones o el homicidio se comprenden en otros delitos, p. ej., cuando se estima como "causa agravante" de otro delito el hecho de que en su comisión se "haya causado" la muerte o las lesiones de un hombre [delitos *complejos* y calificados por el resultado]: aquí alcanza la consunción no sólo a las lesiones y homicidio *culposos*, sino también a las lesiones y homicidio *dolosos*, siempre que la pena del delito así agravado sea mayor que la del homicidio o las lesiones dolosas más graves⁴⁷. Y 4) los casos en que con "extraordinaria frecuencia la pena por el delito de daños cae dentro de otra", como en el incendio, en la

⁴⁷ En todo caso, no admite Binding (1885:367) la posibilidad de rebajar el mínimo penal de las respectivas lesiones u homicidio, abogando para tales casos por la aplicación analógica de éstos. También estima Binding (1885:368) en esta relación las figuras relativas al duelo, §§ 205-207, en relación a las respectivas de homicidio y lesiones. Sin embargo, las particularidades de estas disposiciones, junto con su posterior desaparición del ordenamiento hacen irrelevante dar cuenta de las matizaciones que sobre este supuesto de *consunción* expone el autor. Lo mismo vale para el otro ejemplo que ofrece Binding (1885:368), relativo a las mutilaciones realizadas a otro para que eluda su deber militar (§ 142.2).

inundación, el hurto, el robo con fractura, etc.. Sin embargo, los daños que no son medios para la comisión de los delitos señalados ni efectos propios de los mismos, deben estimarse, según Binding (1885:369) en concurso efectivo con dichos delitos.

2. DESARROLLO Y CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA CLÁSICO HASTA EL PERÍODO DE REFORMA DEL CP ALEMÁN (1885-1953)

2.1. La disputa conceptual

A pesar de que la mayor parte de la doctrina utilizaba en este período un concepto general del concurso (aparente) de leyes solamente descriptivo de sus efectos, esto es, de la exclusión de una ley penal por otra, siguiendo así el modelo de Binding⁴⁸, algunos autores intentaron introducir criterios que permitiesen distinguir esta figura de las restantes concursales. El primer intento en este sentido fue el rescate por parte de un grupo de autores del concepto de Merkel, afirmando que en la concurrencia (aparente) de leyes bastaría sólo una de ellas para comprender el hecho que se juzga en todos sus aspectos, pero sin extraer de él la consecuente limitación del instituto a los supuestos de *especialidad*⁴⁹. Por su parte, Honig (1927:VI, y *passim*), veía en la *identidad del bien jurídico protegido* el fundamento para la exclusión de la regulación concursal común, aplicable especialmente en relación con

⁴⁸ Bünger (1888:685), Olshausen (1892:§ 73/12), Wachenfeld (1893:52; 1914:105), Meyer (1895:431s), Thomsen (1906:106), P. Merkel (1908:301), Baumgarten (1909:75), Dohna (1910:405), M. Mayer (1923:501s), Schmidt (1931:204), Hippel (1930 II:523), Gerland (1932:214), Nagler (1944:v. § 73/p. v. § 73/p. 548), Mezger (1949:470s), Schönke (1951:§ 73/VII), H. Mayer (1953:413). Lobe (1925:25) prefería hablar de la exclusión de "una disposición penal" por otra, pues entendía existía siempre una única norma -en el sentido de Binding- y una única ley penal trasgredida al existir una *identidad* de bien jurídico protegido.

⁴⁹ Así, Heinemann (1893:101s), Liszt (1903:244), Liszt/Schmidt (1932:356) y Allfeld (1934:237s). Sólo Oppenhof (1891:§ 73/6) sigue consecuentemente el planteamiento de Merkel, restringiendo el alcance del concurso (aparente) de leyes estrictamente a los supuestos de *especialidad*, donde incluye sólo los casos en que un supuesto de hecho "comprende conceptualmente en sí otro caso penal (más general)" y los llamados delitos *complejos*, en los cuales la concurrencia de los presupuestos de dos o más leyes penales se encuentra bajo una especial amenaza penal, como en el hurto con fractura.

los principios de *subsidiariedad*, *consunción* y *alternatividad*⁵⁰. A estas consideraciones agregó Frank (1931:§73/VII, 3) que, en *unidad de hecho*, para estimar un concurso (aparente) de leyes en contra de uno ideal, la concurrencia habría de desprenderse *necesariamente*⁵¹ del contenido de los supuestos de hecho legales en juego y no producirse de manera meramente casual en el caso concreto. De allí deducía Frank que si un supuesto de hecho legal puede realizarse sin que necesariamente se realice el otro y viceversa, estaríamos ante un caso de concurso ideal y no (aparente) de leyes. A este "sistema de balanceo" propuesto por Frank se opone Dohna (1942:136ss), a quien no le bastaba que la concurrencia de los supuestos de hecho legales fuese eventual, al punto que cada uno pudiera realizarse por separado, para estimar un concurso ideal, sino requería, además, que ninguno dichos supuestos de hecho legales fuese *suficiente* para comprender completamente el "contenido de injusto del hecho"⁵², incorporando un difuso elemento valorativo (el "contenido de injusto") a la descriptiva idea original de Merkel⁵³. Sin embargo, ninguna

⁵⁰ En este sentido se pronunciaron también Frank (1931:§ 73/VII, 2) y Liszt/Schmidt (1932:356s), para los casos de *consunción* y *subsidiariedad*, y Hirschberg (1934:*passim*), quien hizo extensible este requisito incluso a los supuestos de *especialidad*. La teoría de Honig tiene como precedente la aportación de Habermaas (1882:1s) quien afirmaba la exclusión del concurso (ideal o real) frente a la *unidad de bien jurídico*, asumida plenamente después por Bünger (1888:696), Baumgarten (1909:77s) y Lobe (1825:25). El propio Binding (1885:357) se hace también cargo de la *unidad de bien jurídico protegido* para delimitar los supuestos de *subsidiariedad tácita*, y a este criterio remiten, además Heinemann (1893:108) y Wachenfeld (1893:54), cuando se trata de estimar en *concurso (aparente) de leyes* supuestos en que no existe *unidad de hecho*. Oo. Köhler (1900:66) quien afirmaba en este período que el concepto de bien jurídico "no es válido como una fuente objetiva para establecer un límite entre concurso ideal y concurso de leyes", pues existirían casos en que una misma ley protege varios bienes jurídicos (*delitos complejos*) y otros en que, a pesar de la lesión de un mismo bien jurídico, existiría concurso ideal, como sucedería en el llamado *concurso ideal homogéneo* (sobre el planteamiento global de Köhler, cfr. *Infra* 5.1.1).

⁵¹ La idea de la *necesidad* como fundamento de la exclusión de la normativa concursal común ya se encontraba implícita en la doctrina anterior al Cp alemán de 1871 (cfr. nota al pie 1), y aparecía después, explícitamente, en la definición de concurso (aparente) de leyes de Reichardt (1912:211).

⁵² Este criterio no es original, pues sólo consiste en una reformulación con carácter general del la definición del principio de *consunción* propuesta por Beling (1925:104) (cfr. *Infra* 5.1.2.2).

⁵³ Este recurso a una vaga valoración del "contenido de injusto" del hecho puede remitirse más bien a la doctrina anterior al Cp alemán de 1871, donde según señala Wächter (1825:253), no sin duras críticas, se afirmaba la exclusión del sistema concursal común

de estas conceptualizaciones permite, por sí misma, afirmar la existencia de un concurso (aparente) de leyes en un caso concreto, como no sea recurriendo a los particulares principios de solución aplicables a esta figura: cuándo un supuesto de hecho legal comprende completamente el hecho enjuiciado, cuándo la identidad del bien jurídico excluye la normativa concursal común, cuándo es *necesaria* la concurrencia o cuándo una disposición es *suficiente* para abarcar un hecho en todos sus aspectos o todo su "contenido de injusto", son preguntas que sólo parecen resolverse remitiéndose al estudio de los concretos *principios de solución* del concurso (aparente) de leyes. De allí que podamos afirmar que todos esos conceptos sólo permiten, con mayor o menor fortuna, describir los *efectos* derivados de afirmar un concurso (aparente) de leyes o, en el mejor de los casos, *mentonar* una *justificación* para el tratamiento penal que se le asigna, pero sin entrar a profundizar en las condiciones o criterios necesarios para admitir dicha figura o sus *justificaciones*, pues éstos aparecen independientemente dentro de sus llamados *principios de solución*.

A pesar de su posterior importancia en el desarrollo de la institución, la disputa en torno al carácter concursal o interpretativo de la misma no es abordada por ningún autor de manera directa y explícita, como sí se hizo respecto a otras cuestiones carentes de su misma relevancia posterior⁵⁴. De todas maneras, los planteamientos sobre esta cuestión se encuentran presentes en casi todos los autores consultados, pudiendo afirmarse el tránsito de un predominio inicial de quienes consideraban no estaríamos ante una concurrencia de leyes o una múltiple subsunción, sino sólo ante un problema de *interpretación* o delimitación *a priori* del alcance de las leyes en juego, actuando los llamados *principios de solución* como recursos interpretativos que permitirían justificar la limitación del alcance de una de las leyes en juego, según

(en ese entonces, *acumulación* simple de penas), <<si ex pluribus poenis promeritis una ad omnes justitiae fines obtinendos sufficit>>.

⁵⁴ De tono menor pueden considerarse otras disputas, como la planteada por Frank (1931:§ 73/VII,1) y Berg (1953:28), quienes pretendían restringir la aplicación de los principios de solución del concurso (aparente) de leyes (en sentido *estricto* o *técnico*) a la concurrencia de *delitos autónomos*, reservando para los casos en que tal *autonomía* no existiría, como en la concurrencia de causas de agravación o atenuación de un mismo delito (y aún en algunos casos de figuras *calificadas* o privilegiadas no consideradas autónomas), un tratamiento penal diferenciado.

parecía ser el planteamiento de Binding⁵⁵, al de los autores que admitían la existencia de una situación concursal, esto es, la efectiva subsumibilidad de un hecho en varias leyes penales, supuesto en el cual los *principios* actuarían como recursos para solucionar *a posteriori* el problema planteado, justificando la inaplicabilidad de las disposiciones concursales comunes y otorgando la preferencia a una de las varias leyes concurrentes, siguiendo con ello el planteamiento original de Merkel⁵⁶.

Este conflicto conceptual tenía un reflejo, aunque no del todo exacto, en la disputa en torno a la denominación del instituto⁵⁷, donde termina por prevalecer la que acentuaba el carácter concursal del mismo, esto es, la tradicional de *concurso de leyes*⁵⁸ o según el uso jurisprudencial de

⁵⁵ Bünge (1888:685ss), Heinemann (1893:101ss), Wachenfeld (1893:52; 1914:105), Meyer (1895:431s nota 31), Liszt (1903:244 nota 3), Thomsen (1906:106), P. Merkel (1908:300s), Baumgarten (1909:75), Dohna (1910:405 nota 1), M. Mayer (1915:501), Liszt/Schmidt (1932:357 nota 2), Gerland (1932:213s), Allfeld (1934:237 nota 30). Exclusivamente limitado al ámbito de los llamados *actos posteriores copenados*, aplica esta tesis Schlosky (1942:285ss).

⁵⁶ Finger (1904:377), Reichardt (1912:211), Lobe (1925:25ss), Honig (1927:114), Frank (1931:§ 73/VII, 3), R. Schmidt (1931:204), Hippel (1930 II:523, 547), Hirschberg (1934:37s), Dohna (1942:*passim*), Nagler (1944:v. § 73/p. 548), Mezger (1949:470), Schönke (1951:§ 73/VII), H. Mayer (1953:414 nota 9), Berg (1953:28), Schneider (1953:660), Bockelmann (1953:235). Sólo en relación a los *actos copenados*, se pronuncian también en este sentido Siegert (1933:100) y Schröder (1950:399). Dubitativamente, Olshausen (1892:§ 73/12) habla de "varias leyes que se ofrecen en elección", pero a la vez afirma la inexistencia de una pluralidad de leyes violadas. A medio camino entre ambas posturas parece encontrarse Berner (1898:274s), quien trata directamente como cuestiones de interpretación buena parte de los casos de concurso (aparente) de leyes, afirmando que en tales situaciones no existiría sino "un solo delito", pero con la salvedad de aceptar el principio de *alternatividad*, en el sentido que le había dado Binding, como un caso de auténtico *concurso de leyes*.

⁵⁷ Disputa que, según Hirschberg (1934:34) había degenerado en el "caos", pero que, según Nagler (1944:v. § 73/p. 548) podía considerarse "secundaria".

⁵⁸ Oppenhof (1891:§ 73/6), Olshausen (1892:§ 73/12), Reichardt (1912:211), Lobe (1925:25), Honig (1927:*passim*), R. Schmidt (1931:204), Hippel (1930 II:523), Dohna (1942:*passim*), Nagler (1944:v. § 73/p. 548), Mezger (1949:470), Schönke (1951:§ 73/VII), H. Mayer (1953:413), Berg (1953:28), Bockelmann (1953:235). Hirschberg (1934:*passim*) también utiliza la denominación, aunque, conforme a su postura *diferenciadora*, clasifica el *concurso de leyes* en *concurso ideal* y *real aparente*. Con reticencias admiten y utilizan esta denominación Meyer (1895:431) y Allfeld (1934:237), aunque afirmaban sería más adecuada la de *concurso impropio de leyes*.

finales de este período, *unidad de ley*⁵⁹, mientras otras denominaciones minoritarias como las de *concurso aparente de leyes*⁶⁰, *concurso impropio de leyes*⁶¹, *concurso aparente de delitos*⁶² y *concurso ideal (real) impropio* o *aparente*⁶³, parecían resaltar el carácter interpretativo de la institución. Este mismo fenómeno se repite a la hora de ubicar sistemáticamente el instituto, resultando que la inmensa mayoría de quienes lo tratan en obras de carácter general lo hace a propósito de la teoría concursal común⁶⁴, y sólo un reducido número de autores lo ubica dentro de la teoría de la ley tal como había hecho Binding⁶⁵.

⁵⁹ Schneider (1953:660). Según Nagler (1944:v. § 73/p. 548) este sería el uso común en la jurisprudencia de los años 40. De todos modos, la expresión no era incluso en esa fecha absolutamente novedosa, apareciendo anteriormente en Lobe (1925:26).

⁶⁰ Heinemann (1893:7), Liszt (1903:244), Baumgarten (1909:74s), Liszt/Schmidt (1932:356). Siguiendo a Liszt, estos autores afirmaban que la expresión *concurso de leyes* era "equívoca", pues "no se puede hablar de "conurrencia" de "varias leyes", dado que sólo una de ellas puede exigir su aplicación". Además, Heinemann (1893:105) rechaza la distinción entre concurso de leyes *propio* e *impropio*, por mor de la "claridad conceptual". Sin embargo, tanto estos autores como los que sostenían estaríamos ante concursos *impropios* de leyes (cfr. nota siguiente) tienen por común punto de partida la idea de que en los llamados *concursos ideales* en verdad no habría concurrencia de *delitos* en sentido propio, sino solo *concurso de leyes*, puesto que parten de la premisa "una acción, un delito", la cual les impedía estimar concurso de *delitos* en *unidad de acción*. De allí que para diferenciar estos supuestos de los que tratamos, se le agregase a estos últimos el adjetivo *aparente* o *impropio*, lo cual a su vez afirmaba el carácter no concursal o meramente interpretativo que al mismo tiempo le atribuían a la institución que aquí tratamos.

⁶¹ Bünger (1888:685s) y Wachenfeld (1893:52) [Oo. Wachenfeld (1914:105) donde habla de *mero concurso aparente*]. Sobre el fundamento de esta denominación, cfr. nota anterior.

⁶² Thomsen (1906:106), P. Merkel (1908:302), quienes admitían como auténtico *concurso de delito* el llamado *concurso ideal*, rechazando el presupuesto de que a una acción sólo correspondería un delito.

⁶³ Dohna (1910:405 nota 1), M. Mayer (1915:501, 512), Frank (1931:§ 73/VII), Gerland (1932:213s).

⁶⁴ Liszt (1909:244), Meyer (1895:431), Thomsen (1906:106), Reichardt (1912:211), M. Mayer (1915:501, 512), Hippel (1930 II:523, 547), R. Schmidt (1931:204s), Liszt/Schmidt (1932:356), Gerland (1932:213s), Allfeld (1934:237), Mezger (1949:470).

⁶⁵ Lobe (1925:25), Beling (1930:75s). Desde su punto de vista, Berner (1898:274s) también trata estos casos dentro de la teoría de la ley, y más precisamente, como cuestiones relativas a la interpretación de la misma, sin aceptar, por supuesto, salvo para los casos que él denomina de "aplicación alternativa de la ley", la denominación *concurso de leyes*, pero ni aún ninguna otra, considerándolos simplemente, "casos en que la aplicación de una ley excluye la de otra".

En verdad, la que explícitamente parecía la principal disputa conceptual en este período no tuvo que ver con el concepto mismo del concurso (aparente) de leyes, sino más bien con el establecimiento de los concretos *principios de solución* de aquél, y dentro de las distintas vertientes de discusión que esto generaba, la más importante fue la relativa a la admisión o no como supuestos de concurso (aparente) de leyes de aquéllos casos que se denominarían *actos previos y posteriores impunes o copenados*⁶⁶, con el consecuente efecto de la aparición de las llamadas teorías *unitaria* y *diferenciadora*, respectivamente. La teoría *unitaria* responde al modelo tradicional seguido desde los aportes de Binding, estudiando todos los casos en que se excluye la aplicación de las reglas concursales por mor de los principios de *especialidad*, *subsidiariedad*, *consunción* o *alternatividad* dentro de una misma categoría: la del concurso (aparente) de leyes, siendo irrelevante para ella la distinción entre *unidad* o *pluralidad* de *hechos*⁶⁷. En cambio, la teoría *diferenciadora* restringe el concepto y los supuestos del concurso

⁶⁶ El desarrollo de tales categorías no fue en su tiempo lo homogéneo que el texto parece dar a entender. En efecto, aunque ya desde la entrada en vigor del Cp alemán 1871 doctrina y la jurisprudencia excluían de la regulación concursal común aquellos casos en que "un acto criminal sirve a un otro como un medio a un fin" o "consisten solo en la realización del ánimo que pertenece al concepto de otro delito ya realizado", como puede verse en Merkel (1871:574s), Liszt (1897:243) y sobre todo en Buri (1879:43ss), los "*actos previos (anteriores) impunes*" debieron esperar hasta la obra de Honig (1927:*passim*) para reunirse bajo esa denominación, mientras los *actos o delitos sucesivos, posteriores* o *consiguientes impunes* ya empezaban a ser designados como tales por Thomsen (1906:106s), Dohna (1910:405, 410) y M. Mayer (1915:513), y también por algunos otros autores que, como Höpfner (1901:181s) y Beling (1906:318s), no participaban del *sistema clásico* del concurso (aparente) de leyes (al respecto cfr. *Infra* 5.1.2). Después del trabajo de Honig, hablan de *actos previos y posteriores impunes* Hippel (1930 II:547), Gerland (1932:213, 215), Hirschberg (1934:46), Schlosky (1942:245), Nagler (1944:v. § 73/p. 552), Mezger (1949:476), Schröder (1950:399), y Schönke (1951:§ 73/VII, 3). El adjetivo *impune* [*straflos*] comenzó a reemplazarse por el de *copenado* [*mitbestraf*] a partir de la obra de Siegert (1933:100) quien rechazaba aquél por "equivoco", pues el *acto posterior* restaría sin sanción penal, "no porque no fuese punible, sino porque [su sanción] ya se comprende en la sanción del acto principal". Posteriormente, recogen esta última calificación Peters (1944:211), Berg (1953:28) y H. Mayer (1953:413). Por su parte, Frank (1931:§ 74/V,3a) propuso sin mayor fortuna el adjetivo "*vorbestrafte*", de difícil traducción al castellano.

⁶⁷ Bünger (1888:686s), Olshausen (1892:§ 73/12), Heinemann (1893:103), Wachenfeld (1893:53ss; 1914:105), Meyer (1895:431), Liszt (1903:244), Thomsen (1906:106s), P. Merkel (1908:302), Baumgarten (1909:75), Reichardt (1912:211s), Lobe (1925:30), R. Schmidt (1931:204), Liszt/Schmidt (1932:356ss), Allfeld (1934:237s), Nagler (1944:v. § 73/p. 548, 552), Mezger (1949:470ss), y H. Mayer (1953:413).

(aparente) de leyes a los casos en que pudiera afirmarse una *unidad de hecho*, distinguiéndolos de los llamados *actos previos y posteriores copenados*, los cuales formarían una categoría independiente basada en la existencia de una *pluralidad de hechos*⁶⁸. Sin embargo, la teoría *diferenciadora* no genera una búsqueda de *reglas* o *principios* distintos a los del sistema propuesto por Binding. En efecto, mientras un grupo de autores que la sustentan en este período recurren a una simple reordenación de las mismas para determinar si "encuentran o no aplicación tanto en los casos de concurso de leyes [en *unidad de hecho*] como en los de los actos previos y posteriores impunes"⁶⁹, el resto prefiere reservar exclusivamente para los llamados *actos previos y*

⁶⁸ Esta distinción se incorpora definitivamente a la teoría concursal con la obra de Honig (1927:*passim*), quien declara (p.11s) que los llamados *principios de solución* del concurso (aparente) de leyes "no son, como comúnmente se exponen, casos de concurso de leyes, sino a la inversa, pues el concurso de leyes sólo puede ser un caso de aplicación de esos principios: cuando a través de una acción se realizan supuestos de hecho delictivos que se encuentran en una de las relaciones mencionadas, se dan los presupuestos fácticos del concepto de concurso de leyes". Cuando falta esa unidad de hecho, se daría, según Honig (1927:12), el caso de los *actos previos y posteriores impunes* que "están coordinados con el concurso de leyes, pues, recíprocamente, el correcto tratamiento penal de los varios hechos independientes que en ellos subyacen sólo puede ser determinado según aquéllos principios de solución". Con claridad, antes de Honig, esta distinción entre supuestos en *unidad* o *pluralidad* de hechos aparece en Dohna (1910:405, 410) y M. Mayer (1915:501, 512). Posteriormente, siguieron esta teoría *diferenciadora* Frank (1931:§ 73/VII, § 74/V,3a), Hippel (1930 II:523, 547), Gerland (1932:213s), Siegert (1933:*passim*), Hirschberg (1934:39, 46) y Schönke (1951:§ 73/VII, 3), aunque este último limitando la exclusión a los llamados *actos posteriores impunes*.

⁶⁹ Honig (1927:12). Este autor estima (p.115,71ss) que en relación de *especialidad* sólo podrían darse casos de *concurso de leyes* (en *unidad de hecho*); en relación de *subsidiariedad*, sólo casos de *actos previos impunes*; en relación de *alternatividad*, tanto casos de *concurso de leyes* como de *actos posteriores impunes*; y en relación de *consunción*, tanto casos de *concurso de leyes*, como, regularmente, *actos posteriores impunes*, aunque también algunos *anteriores*, como el acto de participación más leve, el *delito de peligro concreto* frente al de lesión y los actos de *aseguramiento* previos. Anteriormente, Dohna (1910:410) había entendido también aplicables a los supuestos de *concurso real impropio* los principios de *especialidad*, *subsidiariedad* *consunción*. Después de Honig, Frank (1931:§ 73/VII,2 y § 74/V,3a) estima aplicables a casos de *concurso real impropio* los principios de *subsidiariedad* y *consunción*, en tanto que Gerland (1932:213) considera aplicables a supuestos de *actos previos copenados* los principios de *consunción* y *subsidiariedad*, pero entiende "los llamados *actos posteriores impunes*" excluidos de la regulación concursal común por el propio valor de la relación que se trata.

posteriores impunes alguno de los principios clásicos de solución⁷⁰, o en su variante *estricta* simplemente afirman su exclusión de las disposiciones relativas al *concurso real*, en virtud la propia naturaleza de la relación que se trata, particularmente cuando se trata de los llamados *actos posteriores impunes*⁷¹. Ahora bien, respecto a los llamados principios de solución o reglas de interpretación aplicables en particular al concurso (aparente) de leyes, la doctrina de este período sólo es unánime al estimar como tal el principio de *especialidad*, junto a uno o más de los restantes propuestos por Binding⁷². Pero mientras sólo unos pocos mantenían los cuatro principios tradicionales, a saber, *especialidad*, *subsidiariedad*, *consunción* y *alternatividad*⁷³, el resto se

⁷⁰ Meyer, M. (1923:512), reservaba el principio de *subsidiariedad* sólo para los supuestos en que las leyes concurrentes se basasen en una *pluralidad de hechos*, mientras Hirschberg (1944:46ss) los remitía a los de *subsidiariedad* y *alternatividad*.

⁷¹ Hippel (1930 II:547s), Gerland (1932:213), Siegert (1933:*passim*), Schlosky (1942:285ss) y Schönke (1951:§ 73/VII, 3). Significativa es en este sentido la queja de Hippel (1930 II:523 nota 2), criticando se traten también los *actos copenados* en la categoría del concurso (aparente) de leyes, lo cual le parece rechazable por su "falta de claridad dogmática", pues tales casos se distinguirían no del concurso ideal sino del real.

⁷² Con excepción de Berner (1898:275), quien sólo admite como *principio de solución* el de *alternatividad*, reduciendo el resto a una simple cuestión de interpretación de la ley. Por otra parte, en este período, sólo Heinemann ofrece algo parecido a un *principio* de solución diferente a los propuestos por Binding. En efecto, Heinemann (1893:108s) afirma la posibilidad de aplicar a los casos del "falsamente llamado *concurso de leyes*" el principio *in dubio mitius* o *pro reo* para el evento que mediante los cuatro principios clásicos "no pueda subsanarse la duda de subsunción", principio que *implícitamente* parece rechazar Binding. Por su parte, H. Mayer (1895:432s), aunque presenta una sistemática diferente a la de Binding, no puede estimarse como un autor que ofrezca *nuevos principios de solución*, puesto que su diferencia con Binding sólo consiste en la separación que hace de los diversos supuestos expuestos por éste, sin que llegue a designarles con nuevos nombres o a ofrecer para ellos distintas soluciones. Tampoco cabe estimar en este sentido como un propio *principio de solución* del concurso (aparente) de leyes la referencia que Thomsen (1906:106) hace al adagio latino "lex posterior derogat priori", pues este principio pertenece a los problemas relativos a la vigencia temporal de la ley, aunque tampoco debe desconocerse el mérito del autor al haber intuido la similar estructura de esta última cuestión con la de los supuestos de concurso (aparente) de leyes (cfr. al respecto *Infra* 11.4.2).

⁷³ Heinemann (1893:103), Lobe (1925:25), Allfeld (1934:238) y Nagler (1944:v. § 73/p. 548). En este grupo de autores debe considerarse también a Baumgarten (1909:76ss) quien, aunque estima la *alternatividad* más como un grupo intermedio entre el concurso (aparente) de leyes y el ideal que como un propio caso del primero, aceptan no obstante la definición y el alcance que a la misma le atribuyera Binding. También mantienen estos cuatro principios, aunque otorgándole al de *alternatividad* un contenido completamente distinto al propuesto por Binding (cfr. *Infra* 2.2.4), Liszt (1903:244),

dividía en distintas combinaciones de tales principios. Así, mientras algunos aceptaban sólo la autonomía de los principios de *especialidad* y *subsidiariedad*⁷⁴; otros excluían el principio de *alternatividad*, aceptando en cambio los de *especialidad*, *consunción* y *subsidiariedad*⁷⁵; no faltando quienes, rechazando el principio de consunción, sólo aceptaban junto a los de *especialidad* y *subsidiariedad* el de *alternatividad*⁷⁶.

En el aspecto metodológico, propone Honig (1927:11ss) distinguir entre las condiciones o presupuestos de aplicación de cada uno de los principios de solución y la solución que de ellos se deriva, avance notable que, lamentablemente, no fue siempre seguido ni por él mismo ni por la doctrina posterior⁷⁷. Sobre este presupuesto, critica el autor la forma de exposición que la doctrina mayoritaria hacía de los *principios de solución*, en la cual echaba a faltar una clara "delimitación" entre esos principios, delimitación que era reemplazada por una mera enumeración de casos mediante la vía ejemplar o por el recurso a expresiones que sólo denotaban la solución que *a priori* se propugnaba para cada principio, como la preferencia de la ley especial sobre la general, la principal sobre la subsidiaria, etc., pero sin haberse establecido previamente los presupuestos de aplicación de cada uno de esos principios.

Pero Honig no limita sus aportes al aspecto metodológico, sino que en su monografía *Actos anteriores y posteriores impunes* aborda la tarea de reconstruir bajo esos presupuestos la teoría del concurso (aparente) de leyes, conceptualizando y delimitando cada uno de los cuatro principios que, a partir de la obra de Binding, formaban el sistema *clásico* de aquella. Dado que esta monografía representa mejor que ningún otro trabajo la consolidación alcanzada por la teoría del concurso (aparente) de leyes en la primera mitad de siglo, al punto de ser hasta hoy en día

Thomsen (1906:106s), P. Merkel (1908:302), Honig (1927:*passim*), Liszt/Schmidt (1932:356), Hirschberg (1934:*passim*) y Mezger (1949:472ss).

⁷⁴ Hippel (1930 II:525s) y Schönke (1951:§ 73/VII), quien además consideraba como un principio aparte el de los "*actos posteriores impunes*".

⁷⁵ Wachenfeld (1893:54s; 1917:105s), Dohna (1910:405), M. Mayer (1923:501, 512), Frank (1931:§ 73/VII, 2), Gerland (1932:215), y Berg (1953:28).

⁷⁶ Meyer (1895:431ss), Finger (1904:378), Reichardt (1912:212).

⁷⁷ Para practicar esta distinción cita Honig (1927:28) expresamente a Lent (1912:16), aunque no asume las distintas clases de relaciones que éste último propone siguiendo a Beling (cfr. al respecto, *Infra* 5.2.2).

referencia obligada en todo estudio sobre la misma⁷⁸, la siguiente exposición girará en torno a las ideas que allí se exponen.

2.2. Los principios de solución

2.2.1. El principio de especialidad

Aunque antes de la aparición del trabajo de Honig, alguna parte de la doctrina se refería a la relación de especialidad sin aportar propiamente un concepto de la relación que se trata, sino una mera descripción de sus efectos: que la ley especial es preferida a la general⁷⁹, adoptó Honig la idea general sentada por Binding y acogida por la doctrina mayoritaria, destacándose la necesidad de la existencia de un elemento *especializante* en la ley preferente⁸⁰, elemento sobre cuya existencia algunos autores comenzaron a postular el carácter *lógico* de la relación de *especialidad*⁸¹. De este modo, define Honig (1927:19) esta relación en base a su carácter *lógico* como aquélla que existe cuando "la *lex specialis* contiene todos los elementos típicos de la *lex generalis* (del supuesto de hecho básico), y además uno o varios otros elementos especializantes"⁸².

⁷⁸ V.gr., cfr. Abels (1991:19ss), último monografista alemán en la materia.

⁷⁹ Meyer (1895:432) y Reichardt (1912:212 n° 1), hablan de "un delito que aparece como más especial respecto a otro"; Liszt (1903:244) y Finger (1904:377) de que "las disposiciones especiales prefieren a las generales"; Thomsen (1906:106) se limita a citar simplemente el principio latino *lex specialis derogat generali*. Limitando esta relación a la existente entre los llamados *delitos privilegiados* y *calificados* con el *delito básico* correspondiente, la extiende Wachenfeld (1893:53) también a la existente entre los *delitos calificados* y *privilegiados* entre sí [Wachenfeld (1914:105s) parece mantener esta idea al considerar en relación de especialidad las figuras del infanticidio, parricidio y asesinato, aunque no lo dice expresamente].

⁸⁰ Bünger (1888:687), Olshausen (1892:§ 73/12), Heinemann (1893:103), P. Merkel (1908:302 nota 4), Baumgarten (1909:75), Dohna (1910:405) y M. Mayer (1923:502s).

⁸¹ Baumgarten (1909:75) y M. Mayer (1915:505).

⁸² La definición de Honig encontró rápido arraigo en la doctrina, aunque plenamente sólo pareció aceptarla Nagler (1944:v. § 73/p. 548), mientras el resto la limitaba al aspecto *literal* de la misma, como puede verse en Frank (1931:§ 73/VII, 2a), Gerland (1932:215), Mezger (1947:472), H. Mayer (1953:413), y Berg (1953:28). Oo. Hippel (1930 II:523s) y Schöнке (1951:§ 73/VII, 2) quienes por contra ofrecen un concepto de *especialidad* mucho más amplio que el de Honig, apartándose incluso del carácter lógico que a esta relación se le supone, incluyendo en ella no sólo los tradicionales supuestos de delitos privilegiados y calificados, sino también aquéllos en que un "supuesto de hecho comprende regular y normalmente a otro", señalando Hippel como caso aparte de estos dos últimos el de los supuestos de hecho que, conteniendo elementos distintos, respecto al caso concreto uno de ellos resultaba más especial que el otro, como sucedería entre el

No obstante, admite Honig (1927:20s) que no se requiere exista una comprensión *literal* de todos los elementos típicos de la ley general en la especial para afirmar una relación de especialidad, sino que ésta también existiría cuando "la *lex specialis* no repite todos los elementos típicos de la ley general, sino que los comprende en un concepto que los reúne; puesto que esto no es otra cosa que una simplificación de su expresión mediante una técnica legislativa"⁸³, y además, cuando "la participación, inducción o complicidad en particulares delitos ha sido elevada, mediante la adición de especiales circunstancias de hecho, a la categoría de *delicta sui generis*"⁸⁴. La solución que propone Honig (1927:28s) para estos supuestos no es otra que la preferencia de la ley especial sobre la general, puesto que la realización de la primera supondría siempre la de la segunda. De allí que, por una parte, la aplicación de la ley especial permitiría abarcar completamente el hecho enjuiciado, sin necesidad de

robo y las lesiones, pues el robo no requería necesariamente fuerza para consumarse (también podía hacerse por medio de amenazas). Por otro lado, Hirschberg (1934:40s) incorpora a la definición de Honig la "identidad del bien jurídico lesionado" -entendido prácticamente como "objeto material del delito"- como "principio valorativo" para admitirla, pues estimaba que, por una parte, sin ese elemento valorativo no podrían considerarse las diferentes modalidades de comisión de un supuesto de hecho alternativo como otros tantos "supuestos de hecho" para construir relaciones de *especialidad* y por otra, que sin esa exigencia "valorativa" nada impediría estimar en *concurso ideal* figuras que, abstractamente comparadas, se encontraban en relación de *especialidad*, como sucedería "si de un mismo disparo el autor mata a su padre y a su hermano", caso en que concurrirían idealmente las disposiciones del parricidio y el homicidio, entonces estimadas en relación de ley especial a general. Por último, todavía hubo quienes como R. Schmidt (1931:240), Liszt/Schmidt (1932:357) y Allfeld (1934:238), siguieron definiendo la *especialidad* sólo por sus efectos o por la mera mención del principio *lex specialis*.

⁸³ Dentro de este concepto parecen tener cabida los llamados *delitos complejos* en que la reunión de los supuestos de hecho concurrentes no se hace de forma *literal* sino *conceptual*, como era el caso de la relación entre robo, coacciones y hurto [citado por Honig (1927:66 nota 2) criticando su tradicional ubicación dentro del principio de *consunción* (cfr. nota *Infra* 2.2.3)]. Sin embargo, esta clase de supuestos no pareció ser aceptado por la doctrina, que siguió concibiéndolo un caso de *consunción* [Frank (1931:§ 73/VII, 2c,a), Hirschberg (1934:44) y Mezger (1949:472s)], al punto que Hirschberg lo eleva a la categoría de ejemplo paradigmático del mismo, con excepción de Nagler (1944:v. § 73/p. 548) quien parece aceptar la tesis de Honig. Incluso Lobe (1925:26, 29), quien definía la especialidad sólo por su aspecto de "comprensión conceptual" también estimaba los delitos complejos dentro del principio de *consunción*.

⁸⁴ Este caso tampoco tuvo ulterior fortuna en la doctrina, sin duda por el carácter mas o menos obvio del mismo.

recurrir a otra disposición legal; y por otra, la aplicación de la ley general conjuntamente con la especial tendría como resultado violar la prohibición de "considerar dos veces el mismo objeto de valoración penal", "consecuencia material del principio *ne bis in idem*"⁸⁵.

2.2.2. El principio de subsidiariedad

En cuanto al concepto de *subsidiariedad*, anteriormente a la aparición de la obra de Honig, la doctrina mayoritaria no difería sustancialmente del expuesto por Binding, entendiéndose que existía *subsidiariedad* entre dos leyes cuando una de ellas "sólo quiere tener aplicación en caso que la otra no sea aplicable"⁸⁶. La subsidiariedad sería *expresa* cuando así lo declarara la propia ley, y *tácita*, cuando este efecto se desprendiera de su propio sentido en relación con otras leyes⁸⁷.

En cambio, a la hora de establecer los casos comprendidos dentro del concepto de *subsidiariedad tácita*, esta misma doctrina mayoritaria presentaba importantes variaciones respecto de la propuesta de Binding, aceptada íntegramente sólo por un par de autores⁸⁸. En primer lugar, no se admite la sistemática propuesta por Binding para el estudio de los casos de *subsidiariedad tácita*, rechazándose la distinción entre *subsidiariedad* producto de la relación entre las normas y *subsidiariedad* de las

⁸⁵ La referencia al principio *ne bis in idem* es tomada por Honig directamente de la obra de Köhler (1900:60), y aunque aquél lo limita a la *especialidad* en sentido estricto, éste parecía entenderlo dentro de su visión más o menos unificadora a toda la teoría del concurso (aparente) de leyes, según puede verse *Infra* 5.1.1.

⁸⁶ Olshausen (1892:§ 73/13), Heinemann (1893:104), Meyer (1895:432), Liszt (1903:244), Finger (1904:377s), Thomsen (1906:106), Baumgarten (1909:75s), Dohna (1910:405, 410), Reichardt (1912:212) M. Mayer (1915:512) y Lobe (1925:27), aunque este último prefiere tratarla en una categoría independiente de los principios de *especialidad* y *consunción* que denomina *concurso real aparente*. Oo. Bünger (1888:685), para quien la *subsidiariedad* "presupone la identidad del hecho subjúdice"; y en un sentido similar, P. Merkel (1908:302, y nota 4 de la misma página), quien parece identificar conceptualmente los principios de *especialidad* y *subsidiariedad*, aunque los distingue a la hora de ofrecer los ejemplos correspondientes.

⁸⁷ Cfr. nota anterior. En este punto, la única variante la ofrece Wachenfeld (1893:54s; 1914:106), quien reduce la *subsidiariedad* a su especie *tácita*, otorgándole a los casos que corresponderían a la subsidiariedad *expresa* un tratamiento independiente dentro del concurso (aparente) de leyes bajo la categoría que denomina "expresa exclusión de una ley".

⁸⁸ Olshausen (1892:§ 73/13) y Heinemann (1893:104).

formas de aparición del delito⁸⁹. Y en segundo término, respecto a los casos que Binding estimaba en *subsidiariedad tácita*, se observa una paulatina reducción de los mismos, al punto que sólo tuvieron general aceptación como tales la relación entre los delitos de peligro concreto frente a la efectiva lesión del bien jurídico que se trate⁹⁰, la existente entre los distintos grados de perpetración del delito⁹¹, y la que se da entre los distintos grados de participación en el mismo⁹².

Muy pronto se empezó a observar que en buena parte de los casos de *subsidiariedad tácita* aparecía regularmente un hecho tras del otro, uno de los cuales restaba impune. En base a esta observación Mayer, M. (1915:512) intentó conceptualizar de manera diferente a la de Binding el principio de *subsidiariedad*, afirmando como presupuesto del mismo la necesaria existencia de "dos o más supuestos de hecho legales independientes realizados el uno tras el otro", en contra de la *unidad de hecho* que estimaba como presupuesto de los principios de *especialidad* y *consumción*⁹³.

⁸⁹ Solo la recogen Olshausen (1892:§ 73/13) y, parcialmente, Lobe (1925:27s).

⁹⁰ Olshausen (1892:§ 73/13), Heinemann (1893:108), Wachenfeld (1893:54s; 1914:106), Meyer (1895:432s), Finger (1904:378), Baumgarten (1909:75s), Dohna (1910:405), Lobe (1925:27, 30). Por contra, estos supuestos eran considerados por Liszt (1903:244), Thomsen (1906:106s), y P. Merkel (1908:302) dentro del principio de *consumción*, aunque sin variar por ello la solución prevista. Por su parte, Lobe (1925:30) sólo admitía la *consumción* del peligro en la lesión, cuando aquél estuviese regulado como "infracción de policía", reservando para las relaciones entre delitos propiamente tales el principio de *subsidiariedad*.

⁹¹ Olshausen (1892:§ 73/13), Heinemann (1893:108), Wachenfeld (1893:55; 1914:106), Meyer (1895:433), Finger (1904:378), Baumgarten (1909:76), Dohna (1910:405), M. Mayer (1915:513) y Lobe (1925:28). Como en el caso anterior, estos supuestos eran considerados por Liszt (1903:244), P. Merkel (1908:302 nota 3) y Thomsen (1906:106s) dentro del principio de *consumción*, aunque este último excluye de la misma la concurrencia entre tentativa y consumación, puesto que el § 43 limitaba la primera precisamente al caso en que "el delito propuesto no se consumase".

⁹² Olshausen (1892:§ 73/13), Heinemann (1893:108), Finger (1904:378), Baumgarten (1909:76), Dohna (1910:410), Reichardt (1912:212), M. Mayer (1915:513) y Lobe (1925:28). Sin embargo, Liszt (1903:244) y P. Merkel (1908:302 nota 3) estimaban este supuesto un caso de *consumción*, en tanto que Meyer (1895:433 nota 35) y Thomsen (1906:107) lo rechazaban no ya como uno de *subsidiariedad* o *consumción*, sino como uno de concurso (aparente) de delitos.

⁹³ Sin embargo, el propio M. Mayer (1915:514s) reconocía podía darse el caso en que los supuestos de hecho legales en relación de subsidiariedad se encontraran en *unidad de hecho*, caso en el cual él estimaría *consumción*, eso sí, dejando intacta la preferencia concedida a una de las leyes por el principio de *subsidiariedad*.

En esta última línea, Honig (1927:31, 38) asume que la relación de *subsidiariedad* "presupone necesariamente la existencia de varios hechos", pero limita sus efectos a los supuestos en que una acción aparece como acto preparatorio de otra, esto es, sólo como "medio para un fin". Para Honig (1927:41ss) esta es la relación que puede verse en todos los casos de *subsidiariedad expresa*, como en el muy citado § 49a. Sin embargo, no exige Honig (1927:48) sólo esa relación de medio a fin, sino también que "la lex subsidiaria y la lex primaria estén destinadas a la protección de un mismo bien jurídico". En definitiva, para Honig (1927:49, 113) "varias disposiciones penales se encuentran en relación de subsidiariedad, cuando protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataques"⁹⁴. La razón por la cual no resultaría aplicable la ley subsidiaria sería que ella aparecería como un "estadio de ataque menos peligroso" que el representado por la ley primaria, un *acto anterior impune* respecto al posterior punible representado por ésta. De este modo, limita Honig (1927:51ss) los supuestos de *subsidiariedad tácita* a los distintos grados de realización del delito⁹⁵, entre los cuales sobresale la relación existente entre la tentativa y la consumación⁹⁶ y entre los actos

⁹⁴ Definición adoptada íntegramente después por Frank (1931:§ 73/VII,2b), Hirschberg (1934:47), Mezger (1949:474 nota 14) y, poniendo énfasis en la *identidad del bien jurídico lesionado*, Liszt/Schmidt (1932:357). Sin embargo, mayoritaria fue después la doctrina que seguía el concepto tradicional de Binding: R. Schmidt (1931:204s), Hippel (1930 II:525), Gerland (1932:213, 215), Allfeld (1934:238), Nagler (1944:v. § 73/p. 549), Schönke (1951:§ 73/VII, 1), H. Mayer (1953:413), Berg (1953:28).

⁹⁵ Respecto a los restantes casos de *subsidiariedad* tradicionales, esto es, la relación entre delitos de peligro concreto y resultado y la relación entre las distintas formas de participación en el delito, los estimaba Honig en *consunción*, aunque en este planteamiento no fue seguido por la doctrina posterior, según puede verse en notas al pie 89 y 91. Oo. H. Mayer (1953:413), quien incluye en relación de *subsidiariedad* no sólo las distintas formas de participación en el delito y la relación entre delitos de peligro y lesión, sino también todos los supuestos de *actos posteriores impunes*. Oo. también quienes como Hippel (1930 II:548), consecuentemente con la teoría *diferenciadora estricta* que defienden retiran del concepto de *subsidiariedad* los *actos previos copenados*, otorgándoles el mismo tratamiento pero en un lugar sistemático diferente.

⁹⁶ Honig (1927:57s) rechaza la crítica de Thomsen a estos casos (cfr. nota 90), afirmando que no se trata de considerar subsidiaria la tentativa que se consume, sino, más bien aquella que, frustrada, precede al delito que se consume, como un disparo fallido anterior a una posterior cuchillada o un intento de fractura de una puerta seguido de la entrada por una ventana abierta sólo posteriormente descubierta. También estimaban *subsidiariedad* en estos supuestos Frank (1931:§ 74/V,3b), Liszt/Schmidt (1932:358),

preparatorios elevados a la categoría de delitos y el delito preparado o su tentativa⁹⁷. Por representar todos estos fenómenos el paso de un delito que es pensado y cometido como medio para la realización de otro, les denominó Honig (1927:64) *delitos de tránsito* [*Durchgangdelikten*].

2.2.3. El principio de consunción (de una amenaza penal en otra)

El principio de *consunción* no tuvo en el período anterior a la obra de Honig una aceptación similar a la del principio de *subsidiariedad*. Así, mientras una parte de la doctrina citaba o utilizaba el amplio e impreciso concepto ofrecido por Binding⁹⁸, otra no lo admitía de ningún modo⁹⁹, y otros lo reducían a uno de sus supuestos, a saber, el de la relación entre dos delitos, uno de los cuales aparece de forma *regular*, pero no necesaria, junto al otro¹⁰⁰. En cuanto a los supuestos de consunción propuestos por Binding, relativa aceptación tuvieron el de los delitos que

Hirschberg (1934:47), Nagler (1944:v. § 73/p. 549) y Berg (1953:28); por contra, Gerland (1932:213) y Mezger (1949:474) estiman sencillamente *consunción*.

Para Honig (1927:58) sólo sería problemática la relación entre tentativa y consumación "cuando a la tentativa de un delito simple sigue la consumación de uno más grave o cuando a la tentativa de un delito grave sigue la consumación de uno simple". Típicos casos serían la tentativa de hurto simple seguida de hurto agravado (robo con fuerza) y la tentativa de hurto agravado (robo con fuerza) seguida de hurto simple, respectivamente. En ambos casos rechaza Honig (1927:62) la posibilidad de estimar *subsidiariedad*, pues los elementos de la figuras simples (hurto) no "cubren" los de las agravadas (robo con fuerza), de manera que no puede considerarse la tentativa del uno como *un medio* para la realización del otro y viceversa, inclinándose al parecer por la solución del *concurso real* (Honig (1927:60)), mientras parte de la doctrina y la jurisprudencia anterior llegaban a una solución de compromiso consistente en rechazar tanto una situación concursal de los §§ 73 y 74 como un concurso (aparente) de leyes en *subsidiariedad*, concluyendo que debería castigarse al delincuente como autor del delito consumado, pero con la pena del delito tentado más grave, cfr. v.gr. Lobe (1925:28). Para Honig (1927:61) esta clase de soluciones, "basadas en las consecuencias y no en el significado jurídico de los supuestos de hecho" implicaría "la bancarrota de toda la ciencia del derecho".

⁹⁷ Mencionado también, independientemente del ejemplo anterior, por Frank (1931:§ 74/V, 3b), Gerland (1932:213), Hirschberg (1934:47) y Nagler (1944:v. § 73/p. 549).

⁹⁸ Bünger (1888:687), Olshausen (1892:§ 73/14), Heinemann (1893:103, 108), Wachenfeld (1893:54; 1914:106), Liszt (1903:244), Dohna (1910:405).

⁹⁹ Explícitamente en este sentido Meyer (1895:433 nota 41), mientras Finger (1904:378) y Reichardt (1912:212) se limitaban a no dar cuenta de este principio.

¹⁰⁰ Idea que aparece reflejada claramente en los textos de Baumgarten (1909:75) y M. Mayer (1915:503).

reúne, tácita o expresamente, una ley en la forma de los llamados delitos *complejos*¹⁰¹, e independientemente, el del delito que *acompaña regularmente* la realización de otro¹⁰². A estos supuestos añadieron algunos autores aquéllos en que, concurriendo generalmente más de un hecho, no estimaban subsidiariedad¹⁰³.

Sin embargo, el avance más significativo fue la incorporación al principio de *consunción* de la categoría de los llamados *actos posteriores impunes*, realizada, no obstante, por un sector minoritario de la doctrina¹⁰⁴. El origen de esta categoría parece encontrarse en la redacción del antiguo § 242 -redacción que en lo esencial no ha variado hasta hoy en día-, donde se sancionaba como autor de la figura básica de hurto al que "con ánimo de apropiársela" sustrajese una cosa ajena. Luego, y en principio, el hurto no parecía abarcar la efectiva "apropiación" de la cosa hurtada, y mucho menos los actos que demostrasen dicha apropiación: la efectiva "apropiación" aparecía así como un "delito posterior" al hurto, en la forma de receptación, apropiación indebida o daños, según el uso que se le diera a la cosa sustraída, cuya sanción independiente no parecía del todo adecuada políticocriminalmente. Así, Thomsen (1906:107) habla del *delito posterior consumido* en el *principal* antecedente, por constituir la realización del objetivo del autor, y ofrece el ejemplo del posterior acto de

¹⁰¹ Bünger (1888:687), Wachenfeld (1893:54; 1914:106), Dohna (1910:405) y Lobe (1925:29). Oo. Meyer (1895:432) quien también habla de los *delitos complejos*, pero no los incorpora a ninguno de los principios propuestos por Binding.

¹⁰² Bünger (1888:687), Olshausen (1892:§ 73/14), Baumgarten (1909:75) y M. Mayer (1923:503), quien lo limita estrictamente a los actos *acompañantes típicos*. En este último sentido se pronuncia también Dohna (1910:405; 410) quien incluye entre los *actos acompañantes típicos* los casos en que un delito reunía expresa o tácitamente a otros, y el del delito que sirve de medio regular para la comisión de otro. Oo. Meyer (1895:433) quien, aunque también recoge este supuesto, prefiere no calificarlo de *consunción*.

¹⁰³ Liszt (1903:244) y P. Merkel (1908:302 nota 3) añadían los casos, extraídos del principio de *subsidiariedad*, de los distintos grados de comisión del delito y de participación en el mismo, como así también el de la relación entre un delito de peligro (concreto) y uno de lesión, mientras Thomsen (1906:106s) sólo admitía incorporar a la *consunción*, como *delitos anteriores consumidos*, la relación entre los actos preparatorios especialmente sancionados y el delito preparado, y la relación entre el delito de peligro (concreto) y el de lesión consiguiente.

¹⁰⁴ Aparte de los citados arriba en el texto, otros autores que no participaban del *sistema clásico* también dieron cuenta de estos *actos posteriores impunes*, como Höpfner (1901:181s), Beling (1906:318s) y Köhler (1917:556). Sobre estos autores v *Infra* 5.1. Sobre la denominación, cfr. nota 65.

apropiación de la cosa hurtada, que no debe ser castigada como una apropiación independiente del delito de hurto; mientras Dohna (1910:410) se refiere simplemente a la *consunción* de "la apropiación de la cosa hurtada" como un *típico (regular) acto posterior*. Más preciso es Lobe (1925:30), quien recogiendo una serie de casos tratados por la jurisprudencia del *Reichgericht*, sostiene que "en los llamados *actos posteriores*, en los cuales no se ataca ningún otro bien jurídico, se trata más bien sólo de aprovecharse del ataque al bien jurídico ya consumado", citando como ejemplos el reintegro del dinero depositado en la cuenta de ahorros cuya libreta es sustraída, la destrucción o disposición de la cosa robada que sólo sirven a su aprovechamiento, el ocultamiento de la cosa que se pretende apropiar, la violación del secreto de la correspondencia al abrir una carta robada -aunque aquí no hay *identidad* de bien jurídico-; excluyendo por otra parte los casos en que el segundo acto causa un nuevo daño no comprendido en el primero, como sucedería con el fraude que sigue al hurto o a la falsificación de documentos.

Con la doctrina en el estado recién descrito, Honig (1927:65ss) aborda la tarea de establecer los presupuestos y alcance del principio de *consunción*. Sin embargo, no alcanza en este empeño la misma claridad que respecto a los principios antes estudiados. En efecto, no se gana mucho con afirmar, como hace Honig (1927:66) "*lex consumens derogat legi consumtae*" presupone la protección del mismo bien jurídico mediante una relación de consunción entre las leyes de que se trata". En estos casos, sería para Honig (1927:73) irrelevante la existencia de una *unidad* o de una *pluralidad de hechos*, lo que importaría la aplicación del principio de *consunción* tanto a supuestos de lo que él denomina *concurso de leyes* como a los llamados *actos previos y posteriores impunes*. Según Honig (1927:79s) correspondería considerar en estos casos "la disposición penal menos comprensiva consumida en la más comprensiva", entendiendo esta "comprensión" referida al contenido de "injusto y culpabilidad" de la *lex consumens*, esto es, al grado de protección del bien jurídico que se trate en relación a la pena prevista para los supuestos de hecho legales en juego¹⁰⁵, lo cual implicaría que si

¹⁰⁵ Implícito en Honig, pero explícito en Mezger (1949:477 nota 22). Oo. Schröder (1950:399), quien afirmaba la posibilidad de la *consunción* de un simple delito

el hecho principal no comprendiese el "valor de injusto" del anterior, acompañante o posterior de que se trate, no podría estimarse *consunción* y habría que aplicar la disposición del entonces vigente § 73¹⁰⁶. En definitiva, define Honig (1927:113) la *consunción* afirmando que ésta se produciría "cuando -existiendo identidad del bien jurídico protegido-, la pretensión de protegerlo por medio de una disposición legal es más completa que a través de otra", disposición esta última que quedaría consumida en la primera¹⁰⁷.

Ahora bien, en cuanto a los supuestos de *consunción* que admite Honig, debemos distinguir entre aquéllos en *unidad de hecho* y los

[*Vergehen*] por una falta [*Übertretung*], poniendo el ejemplo de la posterior destrucción de las cosas hurtadas, cuando se trata de un hurto famélico.

¹⁰⁶ Honig (1927:95).

¹⁰⁷ Poca fortuna tendría este concepto, pues sólo se pronuncia en sentido similar Frank (1931:§ 73/VII, 2c), para quien es consumens la ley que "comprende" la protección de un bien jurídico pretendida por la ley consumptae; en tanto que Schröder (1950:399) prefiere destacar únicamente la idea de la "comprensión completa del desvalor de injusto y culpabilidad del hecho", tomada por Honig de la obra de Beling (1925:104) a pesar del alcance totalmente diferente que le daba este autor (cfr. *Infra* 5.1.2.2). Por su parte, Mezger (1949:472ss) prefiere considerar esta última idea como "el pensamiento de la *consunción*" en un sentido amplísimo, dentro del cual comprende todos los principios tradicionales distintos al de *especialidad*, incluyendo el de *consunción* en el sentido propuesto por Honig y los supuestos en que la jursiprudencia estimaba *consunción* por acompañar un acto punible "regularmente" a otro más grave. Más estrictamente, Nagler (1944:v. § 73/p. 550) postulaba la *consunción* del "contenido de injusto y culpabilidad" de todos los *actos anteriores, acompañantes y posteriores impunes*, caracterizados por acompañar "regularmente" al hecho principal que los consume. Todavía más estricto, H. Mayer (1953:413) limitaba la *consunción* sólo a supuestos de "unidad natural de acción" en los cuales operaría para excluir de la punibilidad al "hecho acompañante" cuyo "desvalor se comprende en el del hecho principal", porque "común" o "regularmente" se realizarían conjuntamente. En este mismo sentido se pronuncia Hirschberg (1934:40ss), agregando que este carácter "regular" y no "necesario" de los *actos acompañantes impunes* los transformarían en unos "especiales casos de *especialidad*". Siguiendo esta línea, Berg (1953:28) requiere para la *consunción* que "una ley penal comprenda necesariamente otro hecho punible". Mayores diferencias se encuentran respecto a quienes como Liszt/Schmidt (1932:357), Gerland (1932:213, 215 nota 5) y Allfeld (1934:238) siguen un concepto más o menos tradicional y confuso como el de Binding, destacando todos ellos, salvo Liszt/Schmidt, el aspecto de "regularidad" del acto copenado acompañante, anterior o posterior, aspecto que sobre los últimos afirmaba incluso Hippel (1930 II:548), partidario junto con R. Schmidt (1931:204), y Schönke (1951:§ 73/VII, 4a), de no admitir el concepto de *consunción* dentro de los principios de solución del concurso (aparente) de leyes. A este último respecto, Hippel (1930 II:526) llegó a afirmar, no sin cierta razón, que se trata de "una palabra superflua y equívoca".

denominados *actos previos y posteriores impunes*. En *unidad de hecho*, afirma Honig (1927:66ss) la *consunción* en los delitos que protegen el mismo bien jurídico o en los cuales la protección de un bien jurídico comprende la de otros, como en las relaciones entre incendio y daños y entre duelo y lesiones¹⁰⁸. En cuanto a los *actos previos impunes*, admite Honig (1927:71s, 73s) la *consunción* del delito de peligro concreto en el de lesión, siempre que el peligro no abarque más bienes jurídicos que los protegidos por el delito de lesión¹⁰⁹; y la de las formas más leves de participación en el delito en las más graves¹¹⁰. Y respecto de los llamados *actos posteriores impunes*, admite Honig (1927:82, 87) -siempre que se lesione el mismo bien jurídico¹¹¹, no se aumente el daño producido por el acto principal¹¹², ni se ofenda a otra persona¹¹³, los llamados *actos de*

¹⁰⁸ Admiten estos supuestos Frank (1931:§ 73/VII, 2c,b), Liszt-Schmidt (1932:358), Gerland (1932:215 nota 5), Allfeld (1934:239), Nagler (1944:v. § 73/p. 550) y Mezger (1949:475). Conforme a su limitado concepto de *consunción*, admiten sólo este caso Hirschberg (1934:44s) y H. Mayer (1953:413). Sin embargo, conforme a su propio concepto de *consunción*, Nagler, Gerland, y H. Mayer exigen en estos casos no sólo se cumplan los requisitos propuestos por Honig, sino además, y podría decirse, sobretudo, la existencia de una "regularidad" en la realización simultánea del presupuesto de hecho de la *lex consumptae* junto al de la *consumens*, requisito también exigido para este supuesto por Mezger y Allfeld, aunque debido sólo a que lo toman directamente de la jurisprudencia, la cual también lo exigía.

¹⁰⁹ Así también Allfeld (1934:239). Oo. Hippel (1930 II:525 nota 5), Frank (1931:§ 73/VII, 2a), Gerland (1932:215), Hirschberg (1934:47), Mezger (1949:475), Schönke (1951:§ 73/VII, 1), H. Mayer (1953:413) y Berg (1953:28), para quienes este es un caso de *subsidiariedad tácita*.

¹¹⁰ Del mismo modo lo entienden Gerland (1930:213) y Mezger (1949:475). Oo. Frank (1931:§ 73/VII, 2b), Liszt/Schmidt (1932:358), Schönke (1951:§ 73/VII, 1), H. Mayer (1953:413) y Berg (1953:28) para quienes estaríamos ante un típico caso de *subsidiariedad tácita*; y también Hirschberg (1934:49), para quien estaríamos ante un supuesto de *alternatividad*.

¹¹¹ Nagler (1944:v. § 73/p. 551), Mezger (1949:476). En esta línea, Hippel (1930 II:548), Frank (1931:§ 74/V, 3a) y Schröder (1950:400s) parecen incluso limitar los *actos posteriores copenados* a los supuestos en que el bien jurídico protegido fuera la propiedad, aunque Frank ofrece también como ejemplo de los mismos la posterior apertura de una carta hurtada, donde no parece existir tal unidad del bien jurídico (por lo que Mezger (1944:476) estima en estos casos concurso *real* o *ideal*). Entre quienes no aceptaban remitir al principio de *consunción* los *actos posteriores copenados* exigían también el requisito de la identidad del bien jurídico para admitirlos Hippel (1930 II:548), Hirschberg (1934:49s) y Schönke (1951:§ 73/VII, 3).

¹¹² En este sentido también Nagler (1944:v. § 73/p. 551). Entre quienes no aceptaban remitir al principio de *consunción* los *actos posteriores copenados* exigía también este requisito para admitirlos Schönke (1951:§ 73/VII, 3).

aseguramiento posteriores, como la destrucción de las cosas indebidamente apropiadas (para asegurar la impunidad)¹¹⁴, y *los actos de aprovechamiento* del delito, como el consumo o destrucción de la cosa indebidamente apropiada¹¹⁵.

2.2.4. El principio de alternatividad

Esta es, de entre las *reglas* propuestas por Binding, sin duda la de menor fortuna, pues aunque es admitida por buena parte de la doctrina anterior a Honig, no lo es siempre en el mismo sentido expuesto por Binding. Así, mientras algunos sólo destacan la idea de que se trataría de un "error del legislador"¹¹⁶, otros la rechazan explícitamente¹¹⁷, hay

¹¹³ Así también Frank (1931:§ 74/V,3a), Allfeld (1934:239 nota 41), Nagler (1944:v. § 73/p. 551), Mezger (1949:477).

¹¹⁴ Nagler (1944:v. § 73/p. 551). Posteriormente, Schröder (1950:398ss) distinguiría entre actos destinados a *protegerse* de la acción de la justicia, esto es, a *asegurar la impunidad*, y actos destinados a *asegurar los efectos del delito* (el botín), esto es, a evitar la restitución a la víctima o su confiscación. El primero de estos grupos de casos sería, según Schröder, irrelevante dentro de la teoría concursal, pues nada se opondría a la total punibilidad en concurso real con el delito principal de todos los hechos que se presenten como "medios" para alcanzar la impunidad personal del autor. En cambio, en el segundo de estos grupos ve Schröder más posibilidades de admitir el acto de aseguramiento como un hecho posterior impune en *consunción*, aunque limitado a los delitos de fraude y extorsión para asegurar los efectos del delito, mientras no se lesione un nuevo bien jurídico -excluye así toda falsificación como *acto copenado* en los delitos contra a propiedad, y también lo que tiene la extorsión de *coacciones* no vinculadas directamente al *aspecto patrimonial*- y el desvalor del hecho posterior se comprenda en el del principal. Sin embargo, en la formulación de Honig (1927:87) la intención del autor resultaba irrelevante, por lo que todo acto de aseguramiento, con tal que no lesionese otro bien jurídico o a otra persona ni aumente el daño inicial, sería impune, tal como parece recoger también Nagler. También entre quienes sostienen una teoría diferenciadora *estricta* se admite este supuesto como un *acto posterior impune*, así Hirschberg (1934:49 nota 36), Schönke (1951:§ 73/VII, 3).

¹¹⁵ También estiman *consunción* Frank (1931:§ 74/V,3a), Gerland (1932:213, 215), Allfeld (1934:239), Nagler (1944:v. § 73/p. 551), Mezger (1946:474) y Berg (1953:28). Oo. Hirschberg (1934:48), para quien este sería un supuesto de *alternatividad*, y Mayer, H. (1953:413), para quien lo sería de *subsidiariedad*. Entre quienes sostienen una teoría diferenciadora *estricta*, admiten estos actos de *aprovechamiento* como *actos posteriores copenados* Hippel (1930 II:548 nota 5).

¹¹⁶ En este sentido hablan de *alternatividad* Meyer (1895:433), Berner (1898:275), Finger (1904:377) y Reichardt (1912:212). En su sentido primigéneo, sólo es admitida la *alternatividad* por Heinemann (1893:104), Baumgarten (1909:77s) -quien le agrega la idea de la identidad del bien jurídico protegido- y Lobe (1925:25).

quienes sencillamente ni siquiera la nombran¹¹⁸, y por último, un grupo importante de autores prefiere ofrecer para ella un concepto totalmente diferente, como hace Liszt en la 12ª-13ª edición de su *Tratado*. Según Liszt (1903:244), se encuentran en relación de *alternatividad* los delitos "cuyos conceptos comprenden elementos contrarios", como sucedería entre la "sustracción" del hurto y la "entrega" de la apropiación indebida¹¹⁹.

Por su parte, Honig (1927:2s, 96ss) rechaza también el concepto de Binding y prefiere desarrollar el de Liszt, incorporándole la *identidad* del bien jurídico protegido como factor determinante de la incompatibilidad de los elementos típicos que se tratan. Para Honig (1927:98s) "la relación de alternatividad se produce entre aquéllas disposiciones legales que, en atención a la protección de un mismo bien jurídico, se relacionan entre sí como distintos medios para alcanzar la misma meta. A la diversidad de medios corresponde -agrega Honig- la incompatibilidad de los elementos típicos"¹²⁰. Esta *incompatibilidad* de los supuestos de hecho para apreciarse conjuntamente constituiría, según Honig (1927:112) la principal diferencia entre la *alternatividad* y el resto de los principios de solución: "en la especialidad, la subsidiariedad y la consunción se realizan siempre los dos supuestos de hecho que se encuentran en una de esas relaciones, en cambio, en la alternatividad, no". Para Honig (1927:115) la *alternatividad* no sólo regula supuestos de *unidad de hecho* como en el ejemplo

¹¹⁷ M. Mayer (1915:502 nota 3) y Frank (1931:§ 73/VII,3), cuya contundente crítica a este concepto parece ser suficiente para desacreditarlo, pues un "error del legislador" "no puede tomarse como punto de partida para construir una teoría general".

¹¹⁸ Bünger (1888), Wachenfeld (1893; 1917), Dohna (1910), Reichardt (1912) y Berg (1953:28). Para mayor abundamiento, Bünger (188:688) declaraba expresamente la presencia de *concurso ideal* en la figura graficable mediante la figura de los "círculos excéntricos".

¹¹⁹ Antes de la obra de Honig, adoptarían también este concepto de alternatividad Thomsen (1906:106 nota 2) y P. Merkel (1908:302 nota 5).

¹²⁰ Posteriormente admitieron este concepto R. Schmidt (1931:204), Liszt/Schmidt (1931:357), Hirschberg (1934:48s) [aunque lo limita a los actos *previos y posteriores impunes*], Mezger (1949:475 nota 17) y Schröder (1950:399). En este período, sólo Allfeld (1930:238), Nagler (1944:v. § 73/p. 549s) y H. Mayer (1953:413) retoman el concepto de Binding, reducido a la idea del "error del legislador" que, por "defectuosa técnica legislativa", provoca casos en que un hecho es subsumible en varias disposiciones legales "sin que existiese una razón para ello". Oo. Frank (1931:§ 73/VII,3), Hippel (1930 II:527) y Schönke (1951:§ 73/VII, 4b), quienes rechazan expresamente este principio, calificándolo de "superfluo".

clásico de Liszt, sino también supuestos de *actos posteriores impunes*, como sucedería entre el mismo hurto y una apropiación posterior: según Honig (1927:100), "la sustracción del § 242 tiene que ser una realización del ánimo de apropiación y, como tal, también parte de la misma apropiación. Consecuentemente, la siguiente acción de aprovechamiento no puede, jurídicamente, considerarse otra vez como <<apropiación>>. Esa acción no es subsumible como tal bajo este elemento del § 246"¹²¹.

3. DESARROLLO DEL SISTEMA CLÁSICO DE LA TEORÍA DEL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES DURANTE EL PERÍODO DE REFORMA DEL CP ALEMÁN (1954-1970)¹²²

3.1. La disputa conceptual

¹²¹ Según este concepto, los *actos posteriores impunes* que Honig estimaba en *alternatividad* serían en realidad no *impunes* por alguna razón especial, sino directamente *atípicos*. Esta es la idea que, llevada al extremo, sostiene Hirschberg (1934:48ss) fundamentaría la impunidad de *todos los actos posteriores impunes*. Sin embargo, esta interpretación no fue en absoluto pacífica en la doctrina, y no sólo porque se rechazase en general el principio de *alternatividad*, sino también porque respecto a los propios delitos de "sustracción", tomando como base la supuesta imposibilidad de una doble "apropiación" señalada en su ejemplo de *alternatividad* por Honig, se generó una discusión posterior en torno al alcance que debía dársele a la interpretación de la expresión "con ánimo de apropiarse" del § 242 (hurto simple). En esta discusión se enfrentaron dos posiciones que si bien no siempre se referían explícitamente al principio de *alternatividad*, representaban en el fondo aceptarlo o no, al menos en la formulación de Honig aquí transcrita. La primera, sostenía la *atipicidad* de todos los actos posteriores a un delito contra la propiedad, porque el "ánimo de apropiación" incluiría también a la apropiación en sí misma o los actos destinados a su realización. En este período adoptaron explícita o implícitamente esta tesis Frank (1931:§ 74/V, 3a) y Allfeld (134:239) -quienes incluían estos supuestos dentro del principio de *consunción*-, Hirschberg (1934:48ss) -afirmando expresamente *alternatividad*-, y Schlosky (1942:286). En contra de esta tesis se presentaban quienes estimaban *impunes* los *actos posteriores* no porque fuesen atípicos y perdiesen con ello su significación jurídica, sino porque, como admitía Honig respecto a la gran mayoría de ellos, salvo los aquí analizados, sólo tienen como objetivo asegurar o aprovechar los efectos del delito que los consume, tesis sostenida respecto a *todos los actos posteriores impunes* por Hippel (1930 II:548), Gerland (1932:213), Siegert (1933:100), Allfeld (1934:239), Nagler (1944:v. § 73/p. 551), Mezger (1949:476), Schröder (1950:399), Schönke (1951:§ 73/VII, 3), y H. Mayer (1953:413).

¹²² Se considera sólo el período comprendido entre la formación de la Gran Comisión para la reforma del derecho penal en 1954 y la promulgación de la 1ª Ley de Reforma del derecho penal de 25.6.1969 y 4.7.1969, en virtud de la cual se modificó el texto de los §§ 73ss, reguladores de las situaciones concursales, entre las cuales no se quiso incorporar el concurso (aparente) de leyes, siguiendo la línea marcada v.gr. los que desde el interior del proceso reformista se pronunciaron en ese sentido (cfr. *Infra* 9.1).

Como en el período anterior, en éste predomina un concepto general meramente descriptivo de los efectos que se le suponen a la institución, del estilo "en estos casos sólo un único supuesto de hecho legal es aplicable, a pesar de que, a primera vista, varios parecen serlo", según la define Jescheck (1955:534)¹²³. Sin embargo, de los criterios de distinción propuestos por la doctrina del período anterior sólo se mantuvo con fuerza el ofrecido por Dohna, al punto de que algunos autores adoptarían el mismo como la propia definición del concurso (aparente) de leyes¹²⁴, afirmando consecuentemente que estaríamos ante dicho concurso y no ante uno real o ideal, cuando una de las leyes aparentemente concurrentes juzga y agota completamente el contenido de injusto del hecho¹²⁵. Asumido este criterio, perderían casi toda importancia los

¹²³ En sentido similar Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII), Sauer (1955:231, 239), Baumann (1959:10), Klass (1960:72s), Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/I), Schmitt (1963:45), Kohlmann (1964:493), Zipf (1969:137). Remite directamente a los llamados "principios de solución" Voll (1958:169).

¹²⁴ Maurach (1954a:606), Jagusch (1957:v. § 73/C), Warda (1964:89), Baumann (1968:625).

¹²⁵ Siguen también este criterio, aunque no del modo extremo que los autores citados en la nota anterior, Schneidewin (1954:222), Klass (1960:73), Welzel (1969:233), quien habla de "contenido delictivo". Añaden también el "contenido de culpabilidad" como requisito Sauer (1955:242) y Jagusch (1957:v. § 73/C); así también Schmitt (1962:392) [= (1963:48, 52)], aunque refiriéndose solamente a los llamados *actos copenados*, y con abierta intención de limitar el alcance del concurso (aparente) de leyes y, en especial, de lo que él entiende por *subsidiariedad*. Desarrollando esta idea, propuso Geerds (1961:164) identificar la "total comprensión del injusto" con la existencia de un único "derecho del estado a penar" [*Strafberichtigung*], derecho que según Geerds (1961:147ss, 152) no se correspondería con el tradicional concepto de "pretensión penal" [*Strafanspruch*], pues no tendría que ver con la realización de los presupuestos materiales y procesales para la realización de varios supuestos de hecho ("aplicabilidad formal" de la ley) -los cuales presupondría-, sino con la posibilidad de que una de las leyes "formalmente aplicables", comprendiese completamente o no el "total desvalor" del hecho que se trate ("aplicabilidad material" de la ley). Sin embargo, aparte de la introducción del término *Strafberichtigung*, esta formulación no aportó mucho más a la teoría del concurso (aparente) de leyes que la de Dohna, pues a pesar de entender Geerds (1961:152, 155) que "la problemática del concurso de leyes es inevitable, pues pertenece a la estructura del sistema [de supuestos de hecho legales]", y que representaría "un presupuesto negativo de la concurrencia efectiva" -de la cual se distinguiría por la existencia de uno o varios "derechos del estado a penar" [*Strafberichtigungen*] -, no ofrece este concepto sino una remisión a las "particulares formas de aparición" -"principios de solución"- del concurso (aparente) de leyes. En efecto, aunque Geerds (1961:177) afirmase que estos "principios" serían sólo "medios auxiliares" "para fijar la voluntad del legislador", reconoce más adelante (1961:227) que "el concurso de leyes solo puede averiguarse con

restantes, como el de la *identidad del bien jurídico protegido*¹²⁶ y, sobre todo, el recurso al principio *non bis in idem*, el cual pasa en este período prácticamente al olvido¹²⁷.

En cuanto a la naturaleza concursal de la institución, continúa dominando la doctrina que lo hacía en la última parte del período anterior, esto es, aquélla que entendía existía una verdadera situación concursal, cuyo presupuesto sería la realización de todos los requisitos materiales y procesales de las leyes en juego, y que luego se resolvería mediante los llamados "principios de solución", de modo que en definitiva sólo resultaría aplicable la pena de una de ellas¹²⁸. Sin embargo, no faltaron autores que seguían manteniendo la antigua idea de que el concurso (aparente) de leyes se presentaba sólo como una cuestión de interpretación legal o de delimitación de supuestos de hecho¹²⁹, ni

ayuda de las tres formas de aparición: subsidiariedad, especialidad y consunción". La escasa operatividad que de este modo alcanza la formulación propuesta por Geerds es sin duda la razón por la cual sólo es adoptada por Kohlmann (1964:494) y Krog (1974:5s), aunque este último lo llevaría al extremo de ver en él el reconocimiento de la falta de una *efectiva* situación concursal en la base de todo concurso (aparente) de leyes, posición que se contrapone abiertamente a la del propio Geerds, quien parte de la idea de que el concurso (aparente) de leyes es también una especie concursal, según se verá enseguida en el texto.

¹²⁶ En general, este criterio sólo es admitido por Schmitt (1963:48) y Voll (1954:169), reservándolo la doctrina mayoritaria prácticamente sólo para los llamados *actos posteriores impunes* (cfr. *Infra* 3.2.3). Por contra, Maurach (1954a:607s) se lamenta de la escasa seguridad que brindaría este criterio, aplicable sólo a un nivel muy general, pero dependiente, en definitiva, de la concreta "redacción de los particulares supuestos de hecho"; de allí que propugna utilizar el criterio del "bien jurídico y de la función protectora de los supuestos de hecho concurrentes" sólo como "general punto de partida", presumiendo, para el caso de *duda*, un *concurso ideal* si los bienes en juego son diferentes, y uno (aparente) de leyes si son idénticos. Y en un sentido más radical, Geerds (1961:176) afirmaba que "al menos aisladamente", "el bien jurídico protegido (...) no ofrece ningún criterio seguro".

¹²⁷ Salvo aisladas referencias, como la de Geerds (1961:165 nota 83), donde por lo demás se le rechaza debido a su carácter "procesal".

¹²⁸ Dünnebie (1954:273), Schneidewin (1954:229), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII), Jagusch (1957:v. § 73/C), Baumann (1957:11) Geerds (1961:157, 167ss), Koch (1960:1), Schmitt (1963:45), Warda (1964:81s, 89), Dreher (1964:169), Kohlmann (1964:493), Hruschka (1967:47), Baumann (1968:625), Mohrbotter (1968:113), Zipf (1969:137), Welzel (1969:233)

¹²⁹ Jescheck (1955:534), quien afirma, seguido por Klass (1960:73), que este aspecto interpretativo constituiría la esencia del concurso (aparente) de leyes.

quienes mantenían posturas intermedias, admitiendo la concurrencia en algunos casos y rechazándola en otros¹³⁰.

Como en el período anterior, esta última discusión traía aparejada las disputas en torno a la denominación y ubicación sistemática del instituto que tratamos, reflejándose también en este momento histórico el predominio de la tesis "concursal" sobre la "interpretativa". Así, por una parte, la doctrina mayoritaria prefiere utilizar indistintamente la expresión *concurso de leyes* o *unidad de ley*¹³¹, siendo reducido el número de autores que prefieren hablar de *concurso aparente de leyes*¹³² o de *concurso ideal* o *real impropios*¹³³. Y por otra, prácticamente la unanimidad de los autores que trataron la institución en partes generales lo hicieron a propósito de la teoría concursal¹³⁴.

¹³⁰ Maurach (1954a:606, 611) y Sauer (1955:231s), admitían la concurrencia en los llamados *actos copenados*, pero la rechazaban para los supuestos de concurso (aparente) de leyes en *unidad de hecho*. En similar sentido se pronuncian Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III), aunque no tan explícitamente. Por el contrario, Schünemann (1968:119) parece rechazar la concurrencia precisamente en algunos casos de *actos posteriores impunes* los cuales cree más propios de la "teoría del supuesto de hecho" que de la propia concursal.

¹³¹ Dünnebie (1954:271ss), Schneidewin (1954:223), Sauer (1955:231), KOCH (1960:1), Kohlmann (1964:493s). Sólo de *concurso de leyes* hablan Hartung (1954:587), Maurach (1954a:606ss), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII), Jescheck (1955:534), Voll (1958:169), Lackner (1958a:299), Bockelmann (1960:622), Klass (1960:63ss), Kohlmann (1964:493), Hruschka (1967:47), Wegner (1967:671), Baumann (1968:625), Zipf (1969:137), aunque la mayoría de ellos con ciertos reparos. Sólo de *unidad de ley*, Kaufmann (1956:607), Jagusch (1957:v. § 73/C), Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/I,III), donde, sin embargo, se utilizan también las denominaciones *consunción* y *exclusión*. Atendiendo a las dificultades que encierra la teoría del concurso (aparente) de leyes, Kohlmann (1964:493) la calificó, además, de "círculo endemoniado" [*Teufelskreis*].

¹³² Geerds (1961:156s) justifica el adjetivo "aparente" en la existencia de un único "derecho del estado a la pena" y en que, a pesar de ofrecerse varias leyes en principio, finalmente sólo una es aplicable. Por su parte, Welzel (1969:233) recurre a la expresión más alemana "reunión aparente de varios supuestos de hecho"

¹³³ Schmitt (1963:45) y Warda (1964:89s), quien cambia el adjetivo "impropio" por "aparente", pero sin dejar por ello de utilizar la denominación tradicional "concurso de leyes". De "concurrencia impropia" prefieren hablar tanto Baumann [AE (1960:v. §§ 64, 65), = AE (1969:v. §§ 64, 65)] como Schünemann (1968:119).

¹³⁴ Maurach (1954a:606ss), Sauer (1955:231), Schmitt (1963:44), Warda (1964:81s, 89), Baumann (1968:625, 645), Welzel (1969:234). Sólo Sauer (1954:231 nota 87) se siente forzado a justificar esta decisión, afirmando que, a pesar de poder "servirse mejor a la sistemática" tratando la materia en la teoría de la ley penal o, más precisamente, en la del supuesto de hecho, su tratamiento junto a las restantes figuras concursales

Por lo que respecta a la discusión sistemática en torno a las llamadas teorías *unitaria* y *diferenciadora*, se encuentran prácticamente empatados quienes adoptan la primera¹³⁵ con quienes afirman la segunda, prevaleciendo en estos últimos los que se decantan por su variante *estricta*¹³⁶. Y por lo que respecta a los llamados *principios de solución* en particular, general aceptación logran en este período los de *especialidad*,

permitiría analizar mejor los "casos límite" de la teoría. Lo que en este período empieza a discutirse en verdad es la propia ubicación de la teoría concursal, afirmando algunos [Warda, Schmitt] la posibilidad de una doble ubicación de la misma, por una parte, dentro de las distintas formas de realización del delito, y por la otra, dentro de la teoría de las consecuencias del delito. En esta línea se encuentra el tratamiento que Zipf (1969:137) le otorga a la teoría concursal como un problema de determinación de la pena. Oo. Schünemann (1968:119) quien propone, al menos para los llamados *actos posteriores impunes*, una ubicación sisemática "no en los concursos, sino dentro de la teoría del supuesto de hecho y, en todo caso, entre ambas".

¹³⁵ Schneidewin (1954:229), Jescheck (1955:234), Sauer (1955:231s), Jagusch (1957:C,5), Voll (1958:169), Geerds (1961:152s), Kohlmann (1964:493s), Welzel (1969:234s). También parece ser de esta opinión Schünemann (1968:119 nota 68).

¹³⁶ Maurach (1954a:609, 626ss) fundamenta esta excepción en "una personal causa de exclusión de la pena"; Bockelmann (1960:625), llega aún más lejos al fundamentar la exclusión de la punibilidad de los *actos posteriores copenados* "no en consideraciones derivadas de la subsidiariedad, sino solo en el principio de la economía de la pena". También participan de la teoría *estricta* Klass (1960:63 nota 1), Warda (1964:92) y Krauß (1965:176). Dentro de esta variante también puede considerarse los comentarios de de Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,3) y Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,3), donde a pesar de reunir bajo el mismo nombre *-concurso de leyes-* los principios de *subsidiariedad*, *especialidad* y *actos posteriores*, la separación que practican entre *actos posteriores* los acerca sin duda más a esta variante *estricta* de la teoría *diferenciadora* que a la teoría *unitaria* a donde podrían remitirse a primera vista. Las únicas excepciones a la vertiente *estricta* de la teoría *diferenciadora* son Schmitt (1963:45, 54s), quien a pesar de sostener que la distinción entre *unidad* y *pluralidad de hechos* debiera reflejarse en la correspondiente entre *concurso ideal* y *real impropios*, admite la aplicación, en el ámbito de este último grupo, del mismo principio de *consunción*, basado en la "regularidad" como criterio criminológico, aplicable a los casos de *concurso ideal impropio*; y Baumann (1959:10ss) quien fundamenta la *diferenciación* en la contraposición *unidad-pluralidad* de hecho y posteriormente [Baumann (1968:645ss)], sigue expresamente el planteamiento de Honig en torno a los principios de solución aplicables. En sentido similar, Mohrbotter (1968:113 nota 4, 115) admite que los "*actos anteriores copenados*" se encuentran en relación de *subsidiariedad* con los principales correspondientes, según lo había afirmado en el período anterior M. Mayer (1915:512).

subsidiariedad y *consunción*¹³⁷, mientras muy pocos autores admiten uno de estos últimos combinado con el de *especialidad*¹³⁸, como también son escasos quienes todavía consideran la *alternatividad* como un supuesto de concurso (aparente) de leyes¹³⁹.

Sin embargo, si el período anterior puede considerarse como de desarrollo y consolidación del sistema *clásico* de la teoría el concurso (aparente) de leyes, éste representa el comienzo del declive de la misma, tanto en su alcance como en su valor práctico, al punto que parte de la jurisprudencia y la doctrina llegan a reducirla sólo a un mero mecanismo de "simplificación del veredicto de culpabilidad"¹⁴⁰.

En cuanto a su alcance, éste se ve reducido en favor de las restantes situaciones concursales, en primer lugar, por el casi definitivo abandono del clásico principio de *alternatividad*¹⁴¹. En segundo término, el alcance de la teoría del concurso (aparente) de leyes y de su principio más representativo, el de *especialidad*, se ve limitado por el paulatino convencimiento de que las relaciones de concurso (aparente) de leyes -en particular, las de *especialidad*- existentes entre dos o más delitos no prejuzgaban las existentes entre sus diferentes estadios de realización, tal como sucedería en los supuestos de *tentativa calificada* sin desistimiento,

¹³⁷ Maurach (1954a:609), Schneidewin (1954:225s), Jescheck (1955:534), Sauer (1955:231ss), Klass (1960:64s), Geerds (1961:179-223), Schmitt (1963:49s, 52), Warda (1964:90s), Baumann (1968:625, 647), Welzel (1969:234s).

¹³⁸ En Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII) y Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III) se admite sólo *especialidad*, *subsidiariedad* y, separadamente, los llamados *actos posteriores y anteriores copenados*.

¹³⁹ Jagusch (1957:v. § 73/C,3). Incluso Welzel (1969:234s) termina por descartar este principio, sin mayores explicaciones, a pesar de haberlo utilizado en las anteriores ediciones de su *Derecho penal alemán*.

¹⁴⁰ Sentencia OLG Bremen de 17.2.1954, y citándola, Dünnebier (1954:274), Koch (1960:1). El alcance de esta sentencia es más que meramente retórico, pues la afirmación arriba transcrita se utiliza como argumento para *rechazar* un recurso que pedía no se estimase en el caso concreto concurso ideal, sino (aparente) de leyes entre lesiones culposas e infracción de tránsito. Para el tribunal, el motivo alegado no fue suficiente para modificar el fallo recurrido, puesto que, en aplicación del principio de *combinación*, siempre podría resurgir la ley desplazada, ésta determinaría la pena mínima si fuese superior la suya a la de la ley desplazante y siempre podría estimarse en la medida de la pena que correspondiese según la ley desplazante, mismo efecto que se produciría de mantener el fallo recurrido: la punibilidad del hecho no se modificaría.

¹⁴¹ cfr. *Infra* 3.2.4.

donde se admitía la existencia de un concurso ideal entre, p.ej., tentativa de hurto agravado y hurto simple consumado¹⁴². Y en tercer término y directamente vinculada con esta última limitación, la más importante reducción del alcance de la teoría del concurso (aparente) de leyes se conecta con la ampliación del que se le otorgaba al llamado concurso ideal, mediante la introducción por parte de Schröder de la llamada "*función clarificadora del concurso ideal*"¹⁴³.

¹⁴² Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,2), Schröder (1967b:369) y Welzel (1969:234), quien entiende aplicable esta limitación también a los principios de *subsidiariedad* y *consunción*. El efecto de la misma sería estimar *concurso ideal*, por ejemplo, entre una tentativa de robo (se intenta forzar una puerta) y un hurto simple (la puerta se encuentra abierta), pues ninguna de las leyes concurrentes sería capaz de abarcar el total desvalor de injusto del hecho [en todo caso, no parece del todo novedosa esta limitación, pues ya la había puesto de manifiesto Honig (1927:58ss), recurriendo incluso al mismo ejemplo: concurrencia entre tentativa de robo y hurto consumado, aunque parecía inclinarse más por la solución del concurso *real* que del *ideal*, al respecto, cfr. *Supra* 2.2.1.]. Con similar argumento, la sala 1ª del BGH estimó en fallo de 28.2.1956 concurso ideal entre tentativa de inducción al perjurio (§ 49 en relación al delito calificado del § 154) e inducción al falso testimonio doloso (§ 48 en relación al delito básico del § 153) [Oo. Schneider (1956:1365), para quien *en el caso concreto* no se daría una relación entre delito cualificado y delito privilegiado, sino una situación de alternatividad -*dolo alternativo*- y por tanto nunca podrían concurrir idealmente dichos delitos]. Por su parte, Kaufmann (1956:607) aprueba la decisión del fallo recién citado, extendiendo su contenido a toda tentativa de inducción a un delito cualificado de la que resulta sólo la realización del delito básico correspondiente. El argumento de Kaufmann es el siguiente: si bien es cierto toda inducción presupone un *peligro* que decae ante la *efectiva lesión* que conlleva, cuando se intenta inducir a un *delito calificado* el peligro es "más" que si sólo se induce al delito básico correspondiente, pues encierra, aparte de la realización de éste, el peligro de que se realicen las especiales circunstancias calificantes. Luego, ese "plus" de peligro quedaría sin considerar si sólo se castiga al inductor por la inducción al delito básico cometido, sin coconsiderar que él intentó algo "más" que eso. De allí que consumándose sólo el delito básico, la tentativa de inducción al delito calificado deba considerarse en *concurso ideal* con la inducción al delito básico efectivamente realizado. Una interpretación de la jurisprudencia anterior, que no admitía aquí sino la consumación del delito básico correspondiente, basada en la teoría de la "unidad natural de acción", cfr. en Maiwald (1964:113).

¹⁴³ Sin la significación de estas tres limitaciones, básicamente por su nula repercusión en la doctrina del período, Geerds (1961:160s) retoma la distinción propuesta por algunos autores en el período anterior (cfr. nota 53) entre supuestos de hecho independientes y "formas de realización dependientes", y afirma sólo entre los primeros puede darse un concurso (aparente) de leyes, mientras tratándose de las segundas sólo habría un problema de "coordinación" entre las mismas, problema a decidir no en sede de concurso (aparente) de leyes, sino de "interpretación de los supuestos de hecho". Ejemplos de esta "coordinación" serían el maltrato y los daños a la salud respecto del entonces § 223, o la fractura, el escalamiento y el derribo en el vigente § 243.1.2.

Para Schröder existen ciertos casos en los cuales estimar concurso ideal permitiría "aclarar" en el fallo lo que realmente ha sucedido, esto es, "dar cuenta de [todo] lo que el autor ha realizado contra la comunidad", cosa que podría quedar oculta de estimarse sencillamente concurso (aparente) de leyes, como sucedería en el recién señalado de la concurrencia entre un supuesto de hecho básico consumado y la tentativa de una de sus calificaciones si no se admitiese *concurso ideal*. Del mismo modo, tratándose de delitos calificados por el resultado *impropios*, en los cuales el causar el resultado no es parte del fundamento del castigo, sino se trata más bien de casos en que "la realización dolosa de un supuesto de hecho básico aparece como un caso especialmente grave en razón de una calificada circunstancia acompañante"¹⁴⁴, como sucedería en el robo agravado del § 251 con los delitos de lesiones y homicidio de los §§ 222 y 211, respectivamente, afirma Schröder (1956:1739) la necesidad de estimar concurso ideal¹⁴⁵, pues sólo "mediante la estimación del concurso ideal con el § 211 o el § 222 se puede aclarar la cuestión de si el ladrón, en relación al resultado de muerte, actuó dolosa o culposamente, o si en concreto existe una combinación con un homicidio doloso o culposo"¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Según Schröder (1956:1737ss) la diferencia de estos delitos calificados *impropios* con los *proprios* radicaría entonces en la posibilidad de que el resultado en los primeros fuese consecuencia de un acto *doloso* del agente, mientras en los segundos la existencia de un acto *doloso* destinado a consumir el resultado se encontraría excluida de su propio concepto, por disponerlo así el § 56 que exigía para el delito calificado por el resultado "al menos culpa" del delincuente. Esto tendría la consecuencia que, en caso de producirse dolosamente el resultado, no se darían los presupuestos típicos del delito calificado *proprio* -faltaría la *culpa*-, aunque eventualmente podría estimarse concurso ideal entre el delito que le sirve de base al calificado por el resultado y el delito de resultado *doloso* concurrente.

¹⁴⁵ Según Schröder (1956:1739), en este ejemplo resultaría, además, que de no apreciarse *concurso ideal* entre homicidio *doloso* y robo agravado -estimando éste un delito calificado por el resultado *proprio*-, el concurso entre homicidio culposo y robo (robo agravado del § 251 en esta interpretación) tendría un marco penal mínimo más grave que el resultante de combinar las penas del homicidio doloso y el robo simple (§§ 211, 249, 73), lo cual parece un tanto absurdo.

¹⁴⁶ Esta tesis fue posteriormente adoptada por la jurisprudencia alemana (sentencias del BGH de 20.8.1965 y 21.9.1965 -1 StR 269/65-), esta última en relación a la violación con resultado de muerte, donde se afirmó la necesidad de aclarar mediante la estimación del concurso ideal si dicho resultado se causa dolosa o culposamente. Oo. Widman (1966:555s), para quien la sentencia del BGH no puede admitirse tan llanamente, pues si la muerte es *culposa*, no habría nada que aclarar en el fallo, pues era éste precisamente el requisito que establecía el § 56 para admitir el castigo en los delitos calificados por el

Similar cosa sucedería, según Schröder (1965:729) de concurrir diversas

resultado, pero admitiendo que tal *función clarificadora* sí podría sostenerse en caso que la muerte consecutiva fuese *dolosa*. Oo. también Hardwig (1965:97), quien rechaza el planteamiento de Schröder aceptado por la sentencia de marras, con el argumento de que los supuestos de hecho calificados por el resultado excluirían la comisión *dolosa* de los mismos, en una interpretación *restrictiva* del mencionado § 56. Oo., por último, Hruschka (1967:42ss) quien rechaza estos resultados con los siguientes argumentos: 1) El § 56 tendría por misión excluir la sanción por un resultado que no fuese imputable a su autor conforme al principio de culpabilidad; 2) dicho parágrafo permitiría con la expresión "al menos culposamente" extender en ciertas circunstancias la interpretación de los delitos calificados por el resultado más allá de su comisión meramente culposa; 2) los delitos calificados por el resultado podrían clasificarse así en aquéllos que resulta obligatorio limitarlos a la realización culposa del resultado (delitos calificados por el resultado <<propios>>, en el sentido de Schröder) y aquéllos en que tal obligación no existe (delitos calificados por el resultado <<impropios>> en el sentido de Schröder); 3) en estos últimos supuestos, los delitos calificados por el resultado <<impropios>> se construirían como figuras alternativas, una de las cuales sería la realización culposa del resultado estimado como agravante y la otra su realización dolosa -que esto es posible lo demostrarían, además, varios parágrafos del Cp alemán, p.ej., §§ 164 Abs. 5 o 330, donde se establece la misma pena para la realización culposa o dolosa de un delito-; 5) el hecho de que junto al delito calificado por el resultado se realice también el supuesto de hecho de la comisión dolosa o culposa del resultado no implica automáticamente estimar concurso ideal o aparente, sino que han de estudiarse previamente las relaciones existentes entre las leyes en juego; 6) así, p. ej., en el caso del § 178, donde la muerte de la mujer violada permitiría, en relación al § 56, formar las figuras de violación seguida de muerte dolosa y violación seguida de muerte culposa, la concurrencia de dichas figuras con los delitos de homicidio doloso o culposo generaría una relación de *especialidad*, donde las figuras de violación con homicidio doloso o culposo serían especiales y preferentes frente a las de homicidio simple doloso o culposo, respectivamente (comprenderían los supuestos de hecho -homicidio doloso o culposo- y tendrían además elementos especializantes -violación-), por lo que no cabría estimar *concurso ideal* (esto mismo sería aplicable a las relaciones entre robo con homicidio doloso o culposo -§ 251- y el homicidio simple, doloso o culposo -§ 212-). Según Hruschka (1967:48) para "aclarar" en el fallo el elemento subjetivo -dolo o culpa- presente en la causación del resultado bastaría con decirlo, pues tales alternativas formarían parte del parágrafo en virtud del cual se sanciona al delincuente (en el ejemplo del § 178, castigar por "violación con homicidio doloso" o "violación con homicidio culposo", según el caso). Además, según Hruschka (1967:49) el absurdo de aplicar una pena menor al delito doloso que el culposo no se presentaría nunca, pues se evitaría con la *combinación* de los marcos penales respectivos, según admitía la jurisprudencia y la doctrina de la época, aún para casos de *especialidad*. Por otra parte, para dejar bien en claro que no se deben buscar soluciones automáticas, Hruschka (1967:49) expone el diferente resultado a que se llegaría si a la violación siguiese no el homicidio sino el asesinato del § 211: en este caso ya no habría relación de *especialidad* entre la violación seguida de muerte dolosa y el asesinato, pues no toda muerte presupone el asesinato, y por tanto, sólo quedaría la vía del *concurso ideal* para apreciar la circunstancia criminal que constituye el delito de asesinato -§ 211- junto al de violación (seguida de muerte) -§ 178-.

calificaciones de un mismo supuesto de hecho básico: "dado que todas esas modificaciones típicas tienen su propio significado, es preferible estimar aquí también concurso ideal", pues de otro modo no quedaría claro en el fallo lo que realmente se ha cometido, tal como sucedería de no estimar concurso ideal en la concurrencia de una tentativa de robo donde se presentan, además, circunstancias propias de un hurto agravado del § 244 (reincidencia), pero que no están consideradas dentro del delito de robo del § 249, según hace la sentencia del BGH cfr. 7.7.1965 que el autor critica¹⁴⁷. Semejantes razonamientos los extiende Schröder (1967c:709s) a la relación existente entre tentativa de homicidio y lesiones graves, pues le parece que no toda tentativa de homicidio presupone necesariamente la comisión de lesiones graves, según las describía el § 224, y que por tanto, la circunstancia de haberse cometido dichas lesiones debía "aclararse" en el fallo estimando concurso ideal entre las mismas y la tentativa de homicidio y no, como hace la jurisprudencia que critica y que estima sólo la tentativa de homicidio (S. BGH 30.6.1967)¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Siguiendo el mismo razonamiento, esto es, que de no admitir concurso ideal quedarían fuera del fallo circunstancias penalmente relevantes, como la *consumación* del delito básico en el ejemplo anterior, Schröder (1967b:370) admite concurso ideal entre lesiones provocadas con instrumentos peligrosos (§ 233a) y tentativa de lesiones graves (§ 224), pues de otro modo quedaría fuera del fallo bien la circunstancia de haberse intentado causar lesiones graves a otras personas o bien la de haber actuado con instrumentos peligrosos, circunstancias que ni se presuponen ni se excluyen entre sí.

¹⁴⁸ Tesis que reitera en Schröder (1969:265) criticando otra decisión jurisprudencial del BGH, ésta de 8.10.1968. La discusión de fondo que se plantea aquí tiene que ver con la forma en que se entienden las relaciones entre los homicidios dolosos y las lesiones. Según Welzel (1963:242) tales relaciones son a la vez "las más elementales" y "las más discutidas" de la parte especial del Cp alemán, combinando las opiniones al respecto periódicamente, según se producen los cambios generacionales. La discusión se centra en estimar el dolo de lesiones como un componente *necesario* del de homicidio o admitir que entre ambos existe una independencia basada en que el dolo de lesiones presupone "no querer matar". Siguiendo a Schmitt (1962:390), denominaremos la primera alternativa "teoría de la unidad" y la segunda, "teoría de la oposición". La "teoría de la unidad" parecía dominante en la jurisprudencia hasta un fallo del Tribunal Superior de Prusia de 1876, el cual adoptó la de la "oposición" (lo que explicaría por qué en la doctrina anterior al Cp alemán de 1871 y hasta el *Manual* de Binding surgía siempre a propósito de la teoría del concurso (aparente) de leyes el caso de la relación entre lesiones y homicidio). Sin embargo, el parecer de la doctrina se modificó y, adoptando también la teoría de la "oposición", no se consideró más la relación entre lesiones y homicidio como un supuesto relevante de concurso (aparente) de leyes, a pesar de que el RG adoptó la teoría de la "unidad" en un fallo de 1896. Cuando en 1927 el RG volvió a la teoría de la "oposición", ésta dominó sin contrapeso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hasta el fallo de 28.6.1961. En esta sentencia el BGH

Finalmente, incorporó Schröder la "función clarificadora" del concurso *ideal* en la 15ª ed. del *Comentario* que lleva su nombre, afirmando en él que "el concurso ideal tiene la tarea, en primer lugar, de regular la clase y forma de la pena [aplicable] cuando en un solo acto se completan varios supuestos de hecho. Además, a través del castigo de los hechos idealmente concurrentes se aclara al mismo tiempo el alcance del acto delictivo del autor (**función clarificadora del concurso ideal**): el autor recibe en verdad sólo una pena, pero es castigado en razón de todos los supuestos de hecho que ha realizado mediante un acto; el tenor del fallo da cuenta así de cuáles supuestos de hecho delictivos se han realizado" [Schönke/Schröder (1970:§ 73/1a)].

adoptó nuevamente la teoría de la "unidad", declarando que "la lesión corporal es un *necesario estadio de tránsito* hacia el homicidio y, por tanto, está comprendida dentro de la intención homicida". Para el BGH, por ser un *estadio de tránsito*, "la lesión corporal, como un delito *subsidiario* más, decae cuando es posible la aplicación de los §§ 211ss Cp alemán". Luego, la teoría de la "unidad" implica la *subsidiariedad* del delito de lesiones frente a los de homicidio, *subsidiariedad* que el BGH extiende hasta la propia tentativa de los delitos de homicidio, entendiendo que las mismas excluirían los delitos de lesiones que comprenden (BGH SS. 28.6.1961, 30.6.1967 y 8.10.1968). Aparte de los comentarios de Schröder, quien era uno de los pocos que defendían la teoría de la "unidad" al tiempo del fallo recién expuesto [Schröder (1961:827)], generó esta sentencia diversas reacciones. Por una parte, Schmitt (1962:391), con los argumentos de que la teoría de la "oposición" importaría dejar impune las lesiones consumadas resultantes de una tentativa desistida y de que la teoría de la *unidad* no importaba automáticamente *concurso ideal* sino sólo "unidad de hecho", presupuesto tanto de éste como de del concurso (aparente) de leyes -lo cual debiera averiguarse en cada caso-, apoya en general la teoría de la "unidad", estimando que entre tentativa de homicidio y lesiones simples (§ 223) o peligrosas (§ 223a) existiría una relación de *subsidiariedad* siendo preferente, tal como declaraba el fallo en cuestión, la disposición relativa al homicidio. Pero hasta aquí llega la similitud entre el planteamiento de Schmitt (1962:391ss) y el del BGH, pues este autor pasa a continuación revista a cada uno de los posibles casos de concurrencia entre las diversas figuras de homicidio y las de lesiones, criticando de paso que el alto tribunal no lo haya hecho, concluyendo, p.ej., que entre las lesiones graves de los §§ 224 y 225 y el homicidio existiría *concurso ideal*. Abiertamente en contra del parecer del BGH era, en cambio, Welzel (1963:243), para quien "el homicidio y las lesiones se relacionan entre sí no como un *maius* frente a un *minus*, sino como un *aliud* frente a un *aliud*" y aunque no se pronuncia sobre el tema de la relación entre tentativa de homicidio y lesiones directamente, sí afirma el "resurgimiento" de éstas cuando el criminal cesa en su ataque -desistimiento- antes de propinar el golpe mortal. Comentando también la sentencia de 8.10.1968, Jakobs (1969:438) parece inclinado a entender que el delito de homicidio no comprende toda clase de lesiones sino, en todo caso, sólo las lesiones simples, quedando por tanto excluidas del ámbito del dolo del homicidio las lesiones graves de los §§ 224s, cuya concurrencia -aún en grado de tentativa- con la tentativa de homicidio estima en *concurso ideal*. Para las referencias históricas de esta discusión, cfr. Welzel (1963:242) y Schmitt (1962:390).

Y por lo que respecta al valor práctico del concurso (aparente) de leyes, éste tiende a reducirse al mínimo con la aceptación progresiva y casi definitiva de la aplicación al mismo del principio de *combinación*, con lo cual se equiparaban sus efectos a los que ya en el período anterior se habían aceptado como propios del llamado *concurso ideal*, reduciéndose de este modo la diferencia entre ambas figuras en la mención o no de una de las leyes concurrentes en el fallo y la posterior utilización de esta mención para establecer la reincidencia del delincuente.

3.2. Los principios de solución

3.2.1. Especialidad

En este período se mantiene el concepto dado por Honig, destacándose su carácter lógico, pero entendido, eso sí, sólo en su aspecto de literal inclusión de todos los elementos de un supuesto de hecho legal en otro que contendría, además, alguno especializante¹⁴⁹; salvo por algunos autores, quienes más que particulares conceptos de especialidad ofrecían diferentes versiones del mismo, por lo general bastante confusas, pero que en esencia y en su alcance práctico no se alejaban del propuesto por aquél, incluyendo también como supuestos de *especialidad* no sólo los tradicionales delitos *privilegiados* y *calificados*, sino también los llamados *delitos complejos* y los *especiales* y *autónomos* frente a los *básicos*¹⁵⁰.

Warda (1964:90) pretende complementar este concepto de *especialidad*, agregando que "lo decisivo para saber si en un supuesto de hecho

¹⁴⁹ Jescheck (1955:534), Jagusch (1957:v. § 73/C,1), Voll (1958:169), Warda (1964:90), Baumann (1968:626). No limita la *especialidad* a la comprensión *literal* de un supuesto de hecho en otro Schmitt (1963:49).

¹⁵⁰ Maurach (1954a:610), Sauer (1955:231), Klass (1960:64), Geerds (1961:193), Kohlrausch/Lange (1961:§ 73/III,1), Welzel (1969:234). Sólo Maurach excluye de la *especialidad* los *delitos complejos*, debido a su particular concepto de *consumción*, donde los incluye. Por contra, el concepto de *especialidad* que se ofrece en Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,2) extiende el de Honig más allá de su alcance lógico al no exigir que "un supuesto de hecho comprenda al otro conceptual y necesariamiento, esto es, sin excepciones", siendo para ellos "suficiente" con que "un hecho punible sea una forma regular de aparición del otro".

legal se comprende otro, es sólo la comparación entre aquéllos elementos que encarnan el contenido material de los respectivos tipos de delito", excluyendo expresamente como tales las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad", como asimismo "las meras limitaciones formales" que no incidirían en la caracterización del supuesto de hecho correspondiente, como sería la expresión "sin ser asesino" del antiguo § 212, regulador del delito de homicidio simple, o en el § 331, refiriéndose al cohecho pasivo simple en relación al grave, la expresión "en sí no contrario a los deberes del cargo". En estos últimos casos, descarta Warda darles valor típico a tales "limitaciones formales", puesto que convertirían la relación de especialidad o *subordinación* en una de *heterogeneidad* o *exclusividad*¹⁵¹, lo cual parece no admitir, ya que, según él, habría unanimidad en entender que todo asesinato presupone la realización del supuesto de hecho de homicidio, lo cual extiende a la afirmación de que todo cohecho grave comprendería el supuesto de hecho del cohecho simple.

3.2.2. Subsidiariedad¹⁵²

En cuanto a la discusión sobre la *subsidiariedad* en general, predomina en la doctrina el amplio concepto de Binding, aunque sin las referencias a la especialidad que éste hacía¹⁵³, y el ejemplo paradigmático que se da es el de los llamados *supuestos de hecho de recogida*¹⁵⁴.

Respecto a la llamada *subsidiariedad expresa* o *formal*¹⁵⁵ se produce en la doctrina de este período un renovado interés sobre el alcance y

¹⁵¹ La relación de *exclusividad* corresponde a la de *alternatividad* en el sentido de Liszt, según la terminología que comienza a imponerse en este período.

¹⁵² Sauer (1955:232) propone como "mejor denominación" la de "eventualidad".

¹⁵³ Maurach (1954a:609), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,1), Sauer (1955:232), Jagusch (1957:v. § 73/C,2), Voll (1958:169), Klass (1960:65), Geerds (1961:179), Kohlrausch/Lange (1961:§ 73/III,2), Baumann (1968:628), Welzel (1969:235).

¹⁵⁴ Maurach (1954a:609), Bockelmann (1960:622), Geerds (1961:181), Warda (1964:91) y Zipf (1969:138).

¹⁵⁵ Aunque en el período anterior esta denominación ya fue introducida por Lobe (1925:26), sólo en éste es adoptado por un número significativo de autores, entre ellos Maurach (1954a:609), Jescheck (1955:535), Jagusch (1957:v. § 73/C), Koch (1960:1), Geerds (1961:180), y Warda (1964:91).

sentido de las llamadas *cláusulas de subsidiariedad*¹⁵⁶. Así, para Schneidewin (1954:223s) la mayor parte de estas cláusulas resultan contrarias a una natural estimación de *concurso ideal*o, en el mejor de los casos "super-fluas", pues sólo consagrarían una relación de concurso (aparente) de leyes evidente. La recomendación que de ello extrae Schneidewin es sencilla: "mientras menos [*cláusulas de subsidiariedad*] existan, mejor"¹⁵⁷.

Sin embargo, los "defectos" que veía Schneidewin en las *cláusulas de subsidiariedad* ya habían comenzado a paliarse en la jurisprudencia, la cual empezaba a aceptar la posibilidad de no otorgar otros efectos a la *cláusula de subsidiariedad* que el meramente aclaratorio de una relación de esa clase, reservando para los casos en que tal relación no se presentase la solución del *concurso ideal*¹⁵⁸. Este rechazo de la literal imposición de *subsidiariedad* en favor de la solución del *concurso ideal* encontró pronto apoyo doctrinal en Dünnebier (1954:272), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,1) y Jagusch (1957:v. § 73/C,2) quienes estimaban *concurso ideal* y no *subsidiariedad*, si ésta "produjese consecuencias contradictorias, que no podrían corresponder al sentido de la ley"¹⁵⁹.

¹⁵⁶ A pesar de que Binding (1885:356 nota 4) llamó la atención sobre las dificultades que presentarían estas cláusulas, su estudio no se retoma sino hasta este momento, siendo un ejemplo de ello la escasa atención que desde el punto de vista concursal se le prestaba al ejemplo de caso "difícil" propuesto por Binding: la *cláusula de subsidiariedad* del § 49a Cp alemán, disposición que sólo vino a estudiarse desde esta perspectiva en las obras de Dreher (1954:20ss) y Schröder (1967a:294s), cuando la *cláusula de subsidiariedad* de tal disposición ya había sido retirada del texto en una reforma de 1943, y sólo podía entenderse en él una *subsidiariedad tácita*.

¹⁵⁷ Seguido por Voll (1958:169).

¹⁵⁸ En relación a la *cláusula de subsidiariedad* contemplada en el § 49 de la Ordenanza de Tráfico de 24.8.1953 ya le había otorgado el valor de una mera "información" el fallo de BayObLG de 27.10.1953, refrendando con ello una desafortunada frase en ese sentido contenida en el mensaje de la Ordenanza (al respecto, cfr. el informe crítico de Hartung (1954:587)). Para otras referencias jurisprudenciales, cfr. Jagusch (1957:v. § 73/C,2).

¹⁵⁹ Una posición similar parece mantener Koch (1960:4), quien afirma "si en virtud de una cláusula de subsidiariedad contenida en una ley especial es aplicable la pena de la ley general, entonces las medidas de seguridad y corrección aplicables siguen siendo las contempladas en la ley especial desplazada, aunque dichas medidas fuesen más graves según la ley general". Según esto, una cláusula de subsidiariedad expresa sólo alcanzaría a las penas propiamente tales, subsistiendo para las medidas de seguridad y corrección la relación de *especialidad* perturbada por dicha cláusula. La razón para ello

Por contra, para Hartung (1954:587) en los casos en que por la naturaleza o la lógica de las cosas puede afirmarse una relación de concurso (aparente) de leyes, las *cláusulas de subsidiariedad* resultarían "superfluas", por lo cual si habrían de tener algún sentido no sería aquél sino este: "que las reglas desarrolladas en derecho penal para el tratamiento del concurso de leyes (...) deben extenderse a algunos casos en los cuales, según los principios dominantes en derecho penal, no existiría nunca un concurso de leyes sino uno ideal".

En cuanto a la *subsidiariedad tácita o material*¹⁶⁰, dividida se encontraba la doctrina entre el concepto amplio de Binding¹⁶¹ y el propuesto por Honig¹⁶². Sin embargo, en lo que respecta propiamente a los casos que incluiría esta categoría, existía un acuerdo más o menos general en admitir el número que era dominante antes de la obra de Honig, esto es, aparte de los supuestos de los distintos grados de perpetración del delito, incluyendo el de los actos preparatorios especialmente punibles respecto

sería que las medidas de seguridad y corrección pensadas para un caso especial son, sin duda, más apropiadas a éste que las establecidas para la generalidad de los supuestos, como sucedería según Koch (1960:3) respecto de la confiscación de vinos -facultativa según la ley de vinos entonces vigente- y la de alimentos en general -obligatoria según la ley de alimentos-: la confiscación de los vinos sería facultativa porque implicaría privar a su dueño del trabajo de todo un año y, en cambio, la de alimentos en general sería obligatoria porque muchos de ellos pueden producirse en menor tiempo. Sin embargo, lo mismo puede decirse de la pena propiamente tal, también pensada para el caso especial y, sin duda, más adecuadas a éste que la establecida en la ley general. En verdad, el problema que generaría una *cláusula de subsidiariedad* que rompiese con una relación de especialidad sería más grave del que ve Koch respecto a las medidas de seguridad y corrección, pues simplemente significaría la inaplicabilidad absoluta de la ley especial privilegiada, pues siempre que se diesen los presupuestos de ésta se darían los de la general más grave y, por tanto, sería ésta la ley aplicable.

¹⁶⁰ Denominación introducida en el período anterior por Nagler (1944:v. § 73/p. 549) y adoptada en éste por Geerds (1961:183) y Warda (1964:91).

¹⁶¹ Maurach (1954a:609), Sauer (1955:232), Jagusch (1957:v. § 73/C,2), Geerds (1961:184), Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,2). Oo. Schmitt (1963:51), quien criticando la amplitud de este concepto, propuso uno diferente que, tomando pie del criterio distintivo del concurso (aparente) de leyes que sostiene, tuviese un carácter residual o *subsidiario* dentro del mismo, de manera que si una ley comprendiese totalmente "el contenido de injusto, culpabilidad y peligrosidad" de un suceso, sería preferente frente a las restantes que concurriesen (subsidiarias), siempre que no fuese del caso estimar *especialidad o consunción*.

¹⁶² Jescheck (1955:534s); Schneider (1956:1365); Warda (1964:91); Mohrbotter (1968:115), Baumann (1968:629, 648).

a la tentativa y a la propia consumación del delito preparado¹⁶³; el de la concurrencia de delitos de peligro concreto con los de resultado¹⁶⁴; y el de las distintas formas de participación en el delito¹⁶⁵. De gran relevancia posterior sería la propuesta de algunos autores de admitir la posibilidad de entender como ley *subsidiaria* aquella más gravemente penada y como *principal* la más benigna¹⁶⁶.

3.2.3. Consunción¹⁶⁷

¹⁶³ Sauer (1955:232, 241), aunque también los trata como casos de *consunción*; Jagusch (1957:v. § 73/C,2), Voll (1958:169); Geerds (1961:184ss), quien incluye expresamente las tentativas previas fallidas e "independientemente punibles"; Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,2); Warda (1964:91); Mohrbotter (1968:113s), quien también estima subsidiarias las tentativas y los actos preparatorios previos fallidos, aunque no hubiese pasado un corto lapso, mientras finalmente se consiga el resultado manteniendo un mismo dolo; Baumann (1968:629, 648), quien también admite las tentativas previas en *subsidiariedad* respecto a la consumación; y Welzel (1969:235). Oo. Maurach (1954a:610, 627) estima estos supuestos *actos previos copenados* excluidos de la regulación del concurso (aparente) de leyes, incluyendo también las tentativas previas fallidas; y Schmitt (1963:51) para quien éste sería un supuesto de *concurso real impropio*.

¹⁶⁴ Maurach (1954a:609), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,1), Jescheck (1955:535), Sauer (1955:232), Jagusch (1957:v. § 73/C,2), Voll (1958:169), Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,2), Warda (1964:91); Mohrbotter (1968:114), Baumann (1968:629) y Welzel (1969:235). Oo. Geerds (1961:185s, 213s), para quien éste no sería un supuesto de *subsidiariedad tácita*, limitada por él a "los delitos preparatorios en sentido técnico", sino uno de *acto anterior copenado*, regulado bajo el principio de *consunción*; y, en otro sentido, Schmitt (1963:51) para quien éste sería un supuesto de *concurso real impropio*.

¹⁶⁵ Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,1), Sauer (1955:232), Jagusch (1957:v. § 73/C,2), Voll (1958:169), Geerds (1961:188ss), Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,2), Warda (1964:91), Mohrbotter (1968:114), Baumann (1968:629). Oo. Maurach (1954a:610, 627s), quien estima estos supuestos *actos previos copenados* excluidos de la regulación del concurso (aparente) de leyes; y Schmitt (1963:51) para quien éste sería un supuesto de *concurso real impropio*.

¹⁶⁶ Bockelmann (1960:623 nota 9); implícitamente también Geerds (1961:225), aunque la rechaza para los llamados *actos previos impunes*, como también lo hace Maurach (1954a:627). Esta posibilidad había sido prevista ya por Binding en el período de formación del sistema clásico del concurso (aparente) de leyes, pero sólo respecto a los supuestos de *subsidiariedad expresa*. En este sentido se pronuncian también Maurach (1954a:609), Geerds (1961:180s), Warda (1964:91), aunque sin rechazar expresamente esta posibilidad para los casos de *subsidiariedad tácita*. Oo. Baumann (1968:628s, 648), quien sólo parece admitir esta posibilidad para la *subsidiariedad expresa*, rechazándola implícitamente para la *tácita* al afirmar el valor preferente de la ley "mas grave".

¹⁶⁷ Desaparece en este período, tanto en el nombre del principio como en su definición, la referencia fundamental del período anterior a la medida de la pena establecida en las leyes concurrentes, no hablándose más de "consunción de una amenaza penal en otra", sino simplemente de "consunción" a secas, dando a entender con ello, tácitamente, que

Definida por algunos como la más "confusa" de las formas del concurso (aparente) de leyes¹⁶⁸, se mantuvo en general la idea de la misma contenida en la definición dada por Honig, esto es, que se trataba de casos en que la sanción de un hecho comprendía el total desvalor del que lo acompañaba típicamente o de otro que se realizaba antes o después del mismo¹⁶⁹, requiriéndose además por algunos autores la existencia de una "concreta" relación criminológica en la realización de los supuestos de hecho que se trata, basada en la *regularidad*, no exenta de excepciones, de la realización de uno de ellos antes, junto o después de otro¹⁷⁰.

En cuanto a los casos de *consunción* se produce en la doctrina de este período relativa unanimidad en considerar como tales los llamados *actos acompañantes típicos*¹⁷¹ -correspondientes más o menos con los casos de *consunción en unidad de hecho*, según la terminología de Honig- y, salvo entre quienes mantienen una *estricta* teoría

ya no sería tan importante la medida de la pena para establecer esta relación, sino que ésta podría establecerse libremente a partir de otros criterios. Sólo Krauß (1965:174) recuerda este primitivo carácter de *consunción de una amenaza penal en otra*.

¹⁶⁸ Sauer (1955:229), Jescheck (1955:535).

¹⁶⁹ Sauer (1955:239s), Jescheck (1955:535), Jagusch (1957:v. § 73/C,4), Voll (1958:169), Geerds (1961:223) y Welzel (1969:235). Oo. Klass (1960:65), Schmitt (1963:50) y Warda (1964:90), quienes reducen la *consunción* a los supuestos en que, en *unidad de hecho*, se de una relación fáctica de "regularidad". Oo. también Maurach (1954:610s), donde se afirma ésta tendría lugar "cuando la ley desplazante comprende completamente los supuestos de hecho de las leyes desplazadas, de manera que abarca en una sola disposición penal -la mayor parte de las veces con un correspondiente marco penal más elevado- el contenido de injusto de los supuestos de hecho desplazados", refiriéndola de este modo básicamente a los llamados *delitos complejos*, lo cual queda claro al exponer el autor que "es característico de la consunción que el supuesto de hecho consumiente comprenda supuestos de hecho muy distintos con bienes jurídicos divergentes", ejemplificando esta propiedad con la relación entre robo, coacciones y hurto.

¹⁷⁰ Sauer (1955:239s), Jagusch (1957:v. § 73/C,4), Schmitt (1963:50, 55) y Welzel (1969:235). Refieren la *regularidad* criminológica sólo a los supuestos de *actos acompañantes típicos* en *unidad de hecho* Geerds (1961:216s, 222), Klass (19560:65), Warda (1964:90) y Baumann (1968:627). Wegner (1967:672) utiliza este criterio para confirmar la consunción por las lesiones graves del § 224 de las lesiones producidas con instrumentos peligrosos del § 223a.

¹⁷¹ Sauer (1955:240s), Jagusch (1957:v. § 73/C,4), Geerds (1961:216ss), Schmitt (1963:50), Baumann (1968:627s) y Welzel (1969:235). Esta categoría es aceptada incluso por algunos de los que mantenían una *teoría diferenciadora estricta*, p. ej., Warda (1964:90s), básicamente, porque aquí nos encontraríamos ante supuestos de *unidad de hecho*.

diferenciadora, los *actos posteriores impunes*¹⁷²¹⁷³, a los cuales se les agregaban además, aquéllos supuestos de *actos anteriores copenados* que algunos autores no entendían comprendidos dentro del principio de *subsidiariedad*¹⁷⁴. La principal novedad que se presenta en este período tiene que ver con los requisitos para admitir los llamados *actos posteriores impunes*¹⁷⁵ y consiste en la pretensión de considerar

¹⁷² Admiten *consunción* en todos los *actos posteriores impunes*, Jescheck (1955:535), Jagusch (1957:v. § 73/C,5), Voll (1958:169), Geerds (1961:205ss), Schmitt (1963:55), Baumann (1968:647) y Welzel (1969:235). En cambio, se refieren sólo a los *actos de aprovechamiento posteriores*, Schneidewin(1954:225) y Sauer (1955:241s), quien además excluye como tales los consistentes en la mera destrucción posterior de la cosa *sin provecho*. Entre quienes mantienen una teoría diferenciadora, aceptan en general los *actos posteriores impunes* Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,3) y Warda (1964:92) - quienes definen éstos como actos de "*utilización, aprovechamiento o aseguramiento*" de los efectos del delito-, y Bockelmann (1960:625). En cambio, parecen limitarlos sólo a los llamados *actos de aprovechamiento* Maurach (1954a:630) -quien utiliza para ello la expresión jurisprudencial "*realización del objetivo*" del hecho principal-, y Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/253) -quienes hablan de actos de "*realización del ánimo*" del hecho principal-, aunque el primero da cuenta de algunos casos que no encuadran exactamente en su definición (destrucción de la cosa hurtada).

¹⁷³ En cuanto a la denominación de los *actos posteriores*, independientemente de las posturas sistemáticas, es mayoritaria la doctrina que prefiere la expresión "*actos posteriores impunes*", como Schneidewin(1954:225), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,3), Sauer (1955:241s), Jescheck (1955:535), Jagusch (1957:C,4), Bockelmann (1960:625), Huschka (1960:1190), Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,3), Warda (1964:92), Krauß (1965:173), Schünemann (1968:119), Baumann (1968:647), aunque no es despreciable el número de quienes prefieren la denominación "*actos posteriores copenados*" como Maurach (1954a:626), Schmitt (1963:55), Dreher (1964:168), Welzel (1969:235) y la jurisprudencia del BGH, citada por Dallinger (1955:269). Oo. Geerds (1961:205 *Supra* 6.1.) para quien la discusión en torno a la denominación de los "*actos posteriores*" tiene un carácter "*abilónico*", pareciéndole los "*añadidos o adjetivos* de toda clase, equívocos y superfluos, pues la expresión <<acto posterior>> los designa perfectamente".

¹⁷⁴ Sauer (1955:241), Jagusch (1957:v. § 73/C,5), Voll (1958:169), Geerds (1961:211ss). Oo. Schmitt (1963:55), para quien el principio de *consunción* también abarcaba los típicos casos que la doctrina mayoritaria estimaba en *subsidiariedad*; y en un sentido totalmente diferente, Baumann (1968:648), para quien todos los *actos anteriores copenados* pertenecían al principio de *subsidiariedad*.

¹⁷⁵ Por lo que respecta a los restantes requisitos para admitir la impunidad del *acto posterior* -con excepción de la "*regularidad*" criminológica exigida por algunos, cfr. nota 183-, existe un consenso básico entre participantes de la teoría *unitaria* y de la *diferenciadora* en admitir los exigidos por Honig, esto es *identidad* del *bien jurídico protegido*, no aumento del daño causado por el hecho principal y que no se lesione a un tercero, pronunciándose en este sentido Maurach (1954a:630s), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,3), Jagusch (1957:§ 73/C,4c), Bockelmann (1960:623), Huschka (1960:1190), Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,3), Warda (1964:92), Baumann

"irrelevante" la cuantía de la pena del *acto posterior* para admitir su *impunidad*, por lo cual sería admisible que el *acto posterior (impune)* pudiese contemplar una pena mayor que la de *actos principal* que lo comprendería, pretensión formulada por primera vez en este período por Geerds (1961:207)¹⁷⁶. De este modo se rompe en este período definitivamente con la idea originaria del principio de *consunción*, esto es, de que se trataría de la *consunción de una amenaza penal por otra*.

3.2.4. Alternatividad

(1968:647). Sin rechazar explícita o implícitamente ninguno de los criterios propuestos por Honig, sólo mencionan el requisito de la *identidad del bien jurídico* protegido Schneidewin(1954:225), Jescheck (1955:535), y Welzel (1969:235). Sin embargo, el conseso señalado no estaba exento de algunas discusiones, la principal de las cuales tenía por objeto, precisamente, el requisito de la *identidad del bien jurídico protegido*. Al respecto, existía una posición *fuerte* sostenida por Maurach (1954a:630), Sauer (1955:241s), quienes requerían no sólo identidad del *bien jurídico* lesionado, sino también del propio *objeto* del delito, exigiendo además que éste tuviese un carácter *patrimonial*, reduciendo de este modo la categoría sólo a los denominados *actos de aprovechamiento patrimonial*; y otra *débil*, sostenida por Jescheck (1955:535), quien sólo exigía una "relación funcional" entre los bienes jurídicos lesionados, y Geerds (1961:207, 211, 216), para quien no era exigible una total "identidad del bien jurídico protegido" en un sentido formal, sino sólo "que las esferas de protección de las leyes -el contenido de injusto- se cubran materialmente entre sí". Otra cuestión fue la planteada por Geerds (1961:207 nota 342, 212, 216) para quien el requisito de "no lesionar a un tercero" sería irrelevante, encontrándose comprendido en el de "no aumentar el daño causado por el delito principal", respecto del cual sería "lo mismo" si el nuevo daño afecta o no a un tercero.

¹⁷⁶ Esta posibilidad ya había sido prevista en el período anterior por Schröder (1950:399), no encontrando mayor acogida, como puede constatarse confrontando los trabajos de Maurach (1956:258) y Huschka (1960:1190), para quienes nunca puede estimarse *copenado* un *acto posterior* constitutivo de delito si el *principal* lo es sólo de falta, ya que la sanción por una falta no podría abarcar el desvalor de injusto de un delito, o estimar en tal caso un acto *copenado* desembocaría en resultados inapropiados (sancionar más gravemente la tentativa que la consumación, puesto que la tentativa de falta sería *impune* y, en tal caso, podría "resurgir" el delito "posterior", con una pena más grave que si se hubiese consumado la falta -sobre el "resurgimiento" de la ley desplazada, cfr. *Infra* 3.3.1.), y a nivel más general, las obras de Sauer (1955:239s) y Jagusch (1957:§ 73/C,4c), quienes refiriéndose al principio de *consunción*, donde incluyen los mentados *actos posteriores impunes*, también rechazan la posibilidad de que el supuesto de hecho legal consumido contemple mayor pena que el consumiente. Sin embargo, después del trabajo de Geerds, aceptaron la pretensión en cuestión la jurisprudencia (OLG *Braunschweig*, 28.6.1963), Warda (1964:92), Kohlmann (1964:493), Dreher (1964:169), Krauß (1965:179), Baumann (1968:649), Welzel (1969:235). Sin embargo, rechaza Geerds (1961:222) esta posibilidad tratándose de *actos anteriores copenados*.

En este período se produce el definitivo ocaso de este principio, el cual sólo es admitido por algún autor aislado¹⁷⁷, mientras el escaso número de los que lo mencionan lo hace sólo para criticarle, trasladando sus supuestos a los restantes principios de solución o bien directamente al llamado *concurso ideal*.

Dos son las objeciones más comunes que se le dirigen: la primera, que entendida en el sentido de Liszt, esto es, como una relación de supuestos de hecho con elementos contrarios, la *alternatividad* no constituiría ningún caso de concurso (aparente) de leyes, pues faltaría la concurrencia, al menos inicial, en él presente¹⁷⁸. La segunda, que si se toma la definición de Binding como base, ésta no permitiría distinguir sus

¹⁷⁷ Jagusch (1957:v. § 73/C,3), quien admite el concepto de Binding, reducido a la idea de la doble tipificación de un hecho desde distintos puntos de vista, producto de un error o descuido legislativo.

¹⁷⁸ Maurach (1954a:608), Geerds (1961:159 nota 49), Schmitt (1963:52), Baumann (1968:630). Por su parte, Schünemann (1968:119) estima "superflua" la alternatividad como forma de "concurso aparente", aunque la admite como un problema de tipicidad, a tratar en sede de la teoría del supuesto de hecho. No obstante, la discusión planteada en el período anterior sobre la *tipicidad* o *atipicidad* de los *actos posteriores impunes*, esto es, sobre si se encontraban o no en relación de *alternatividad* entre sí -especialmente respecto a los que seguían un delito de "sustracción": el problema de la "segunda apropiación" derivado del alcance de la expresión "con ánimo de apropiarse"- se mantuvo e incluso incrementó, sobre todo por las implicaciones que adoptar una o otra de las tesis en disputa tenía a la hora de admitir o no el "resurgimiento" del *acto posterior impune*, pues tal "resurgimiento" sería imposible o más bien, dogmáticamente infundado, de adoptar la tesis de la *exclusividad (alternatividad) -atipicidad* del *acto posterior*- y, por el contrario, posible -y hasta problemático en ciertos casos (cfr. *Infra* 3.2.6)- de adoptar la de la *unidad -tipicidad* del *acto posterior*, impune por la *unidad valorativa* que formaría con el *principal*-. La primera tesis fue defendida en este período básicamente por la jurisprudencia, la cual se pronunció explícitamente al respecto en un fallo del pleno del Pleno del BGH de 7.12.1959 y, en sus resultados, también por Schünemann (1968:119). Sin embargo, pronto se hizo mayoritaria la segunda, sostenida por Bockelmann (1960:624), Baumann (1961:1143), Geerds (1961:206), Warda (1964:92), Dreher (1964:169), Kohlmann (1964:493), Welzel (1969:351). En Kohlrausch/Lange (1961:v. § 73/III,3) se adopta una postura indefinida aunque parece acercarse más a la tesis de la *exclusividad* que a la de la *unidad*, afirmando que los actos posteriores resultan *impunes* en la medida que consistan en "la realización del ánimo del primer acto". La misma postura adopta Krauß (1965:180s), aunque declara expresamente "discutible" el concepto de "apropiación" en la forma que resulta de la tesis de la *exclusividad*.

suspuestos de los restantes *principios* de solución, a los cuales serían fácilmente reconducibles¹⁷⁹.

4. EL ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA CLÁSICO DE LA TEORÍA CONCURSO (APARENTE) DE LEYES EN LA DOGMÁTICA ALEMANA

4.1. La disputa conceptual

La definición tradicional de concurso (aparente) de leyes, dominante en los períodos anteriores, pasa a segundo término en el momento actual¹⁸⁰, donde se prefiere afirmar la existencia de un concurso (aparente) de leyes cuando, concurriendo dos o más leyes penales en la regulación de uno o varios hechos, una de ellas es suficiente para captar el total desvalor de injusto del hecho o los hechos que se tratan¹⁸¹. En cuanto a los criterios que permitirían distinguir el concurso (aparente) de leyes de las restantes situaciones concursales, reaparece actualmente el antes olvidado principio *non bis in idem*, transformado ahora en la "prohibición de una doble valoración" [*Doppelterwertungsverbot*], o también "prohibición de una doble sanción" [*Doppelbestrafungsverbot*], prohibición que se violaría al condenar por un delito cuyo contenido de injusto ya se encontraría suficientemente contenido en la sanción del delito preferente, según la explicación de Vogler (1979:721s), quien reintroduce este concepto a la discusión doctrinal¹⁸². Asimismo,

¹⁷⁹ Maurach (1954a:608), Schönke/Schröder (1954:v. § 73/VII,4b); Sauer (1955:232); Geerds (1961:226s); Schmitt (1963:52); Rüdig (1969:6s); Baumann (1968:629). A esta crítica suman Geerds y Schmitt la del dudoso mérito que tendría una teoría basada en un supuesto "error legislativo".

¹⁸⁰ Sólo recurren a ella algunos autores como Bruns (1974:465), Kühl (1974:476) [(=1994:731)], Blei (1983:357), Schönke/Schöder/Stree (1991:v. § 52/102), Otto (1992:311), y Mitsch (1993:471).

¹⁸¹ Schmidhäuser (1975:18/23), Preisendanz (1978:v. § 52/III,1), Vogler (1979:718) [(=1985:v. § 52/101)], Stratenwerth (1981:1175), Geppert (1982:421), Seir (1983:227), Baumann/Weber (1985:660), Bockelmann/Volk (1987:257), Bringewat (1987:71), Samson (1987:v. § 52/57), Jescheck (1988:665) -agrega "culpabilidad"-, Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/17), Lackner (1993:v. § 52/24), Wessels (1993:252).

¹⁸² De todos modos, muy escasa acogida tiene este nuevo criterio en la doctrina alemana, pues sólo es adoptado, entre los autores del *sistema clásico*, por Baumann/Weber (1985:660), Geppert (1982:428) -quien lo limita a los llamados *actos copenados*-, y con reparos Samson (1987:v. § 52/57s) [entre los *monistas*, encuentra acogida en

Schmidhäuser (1993:202) también recupera un criterio antiguo, en su caso, el propuesto por Buri, basado en la existencia o no de un único "hecho punible" [*Straftat*]: si este "hecho punible sometido a fallo" es "único", en el sentido constituir una única valoración jurídica del suceso material sometido a decisión judicial (p.204), entonces no hay concurso posible y nos encontraríamos ante situaciones como la del concurso (aparente) de leyes, pero también como las del delito continuado y la llamada "unidad natural de acción"; en cambio, si lo existe es una "pluralidad de hechos punibles", cometidos ya sea en unidad o en pluralidad de acción, la situación que se preseta es la de un *concurso ideal* o *real*, respectivamente¹⁸³. Además, algunos autores, siguiendo a la jurisprudencia, recurren todavía al criterio de la *unidad del bien jurídico* protegido, junto a la interpretación de las leyes en juego, para diferenciar

Montenbruck (1983:163ss) y Jakobs (1991:31/11s)]. Además, posteriormente Vogler (1985:v. § 52/102, 107) no va a recurrir a este criterio en su aporte al *Leipziger Kommentar*, sino incidentalmente, para excluir en algunos casos la aplicación del principio de *combinación*, prefiriendo los jurisprudenciales relativos a la determinación del bien jurídico y el alcance de los supuestos de hecho en juego [en el mismo sentido, Jescheck (1988:666)]. La "prohibición de la doble valoración" está fundamentada ahora en el § 46 Abs. 3 Cp alemán, el cual, referido a la *determinación de la pena*, reza así: "las circunstancias que ya son elementos del supuesto de hecho legal no deben tomarse en consideración [para la determinación de la pena]" y no en el art. 103 Abs. 3 GG, al que sólo se le asigna la función procesal de garantizar "la protección contra una nueva persecución o sanción por el mismo hecho en virtud del cual su autor ya ha sido sancionado o declarado inocente" (cfr., v.gr., Herzberg (1972a:113ss), y en lo que respecta a los conflictos entre distintas sanciones estatales, Fliegener (1974:242ss)). La aplicación de este concepto en el ámbito de la *determinación de la pena* puede verse en Bruns (1974:364 a 381), Seebald (1975:230) y Hettinger (1982:30 a 52). Sobre su desarrollo histórico y su consagración doctrinal y jurisprudencial aún antes de incorporarse a una disposición de derecho positivo, cfr. Dreher (1957:*passim*). Oo. Seir (1983:231) para quien, pese a la claridad que puede aportar este concepto a la teoría concursal, le parece no permitiría dar cuenta de problemas muy comunes, como los derivados de los llamados *supuestos de hecho mixtos alternativos*, entre cuyas alternativas existiría, según la opinión dominante, *concurso ideal*, atribuyendo la formulación de tales supuestos de hecho en un solo párrafo a una cuestión meramente formal de técnica legislativa; según Seir, en estos supuestos no podría dejar de aplicarse concurso ideal, a pesar de que un mismo elemento básico aparezca valorado varias veces para conformar las diversas alternativas, por lo que la "prohibición de la doble valoración" no se opondría siempre a la estimación de un concurso ideal.

¹⁸³ Sin embargo, al dejar Schmidhäuser (1993:201) la decisión sobre la existencia o no de concurso (aparente) de leyes a la determinación de los concretos criterios de *especialidad* y *subsidiariedad*, su planteamiento parece reducirse, como él mismo acepta, sólo a una cuestión terminológica y de estructuración de la materia.

el concurso (aparente) de leyes de las restantes figuras concursales¹⁸⁴. Por último, Stratenwerth (1981:312) propone, en vez de los anteriores, el criterio de la unidad o pluralidad de *normas* violadas, como distintivo del concurso (aparente) de leyes y del *ideal* o *real*, respectivamente, recuperando también una idea antigua propuesta a principios de siglo por Höpfner¹⁸⁵.

Novedosos, al menos en la forma de plantearse, son, en cambio, los criterios propuestos por Mitsch (1993:473ss), los cuales, basados indirectamente en la determinación del desvalor de injusto y culpabilidad del hecho que se trata, apuntan directamente, no a esas variables, sino a los fines que con la imposición de la pena se persiguen. Según este último autor, dos razones podrían esgrimirse para estimar un concurso (aparente) de leyes: (1) que un supuesto de hecho legal es desplazado por otro cuando todas las finalidades jurídicamente relevantes que se persiguen con su aplicación, ya se alcanzan con la de la ley desplazante; y (2) que un supuesto de hecho legal es desplazado por otro, cuando con su aplicación no se alcanzaría una finalidad jurídicamente relevante que sí sería alcanzable con la de la ley desplazante. En el primero de los casos nos encontraríamos "cuando todos los elementos del hecho enjuiciado que pueden subsumirse en el supuesto de hecho legal desplazado, son también material de subsunción del supuesto de hecho desplazante", pues con la aplicación del supuesto de hecho legal desplazante se cumplirían las finalidades preventivogenerales del desplazado, al reprocharse en el fallo todo su desvalor, ejemplo de lo cual serían los típicos casos de *especialidad* y de *actos copenados*, entendiendo que en ellos el supuesto de hecho del acto *principal* comprendería los elementos básicos del *copenado*, como sucedería con el "ánimo de apropiarse" que comprendería la destrucción de la cosa hurtada. De allí concluye el autor que, "un supuesto de hecho legal que comprendiese al menos un elemento del hecho juzgado que no comprendiese otro supuesto de hecho legal, no puede ser desplazado por éste", aplicándose entonces la llamada "función clarificadora" del concurso ideal. Que la medida de la pena aplicable a uno y otro caso por la extensión analógica del alcance del § 52 Cp alemán sea prácticamente la misma no sería un óbice a esta

¹⁸⁴ Wagner (1976:294), Vogler (1985:v. § 52/102), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/17), Wessels (1993:252). Parcialmente, Jescheck (1988:666)

¹⁸⁵ *cfr. Infra* 5.1.2.1.

conclusión pues, según el autor, tal medida de la pena responde a otras finalidades distintas del "reproche éticosocial" que supone la *condena* expresada en el fallo por la infracción de una o varias leyes penales¹⁸⁶. Y en cuanto a la segunda de las razones esgrimidas por Mitsch, ésta justificaría la aplicación de un supuesto de hecho *privilegiado* con la exclusión consiguiente del supuesto de hecho básico, con independencia de su carácter de simple modificación o un delito autónomo, pues de otro modo no podrían tenerse en cuenta las particulares circunstancias que el legislador habría tenido en vista para reducir el injusto o la culpa del "caso normal". Esta misma razón justificará, según Mitsch (1993:475), la exclusión de la aplicación del *principio de combinación* a las relaciones entre supuestos de hecho privilegiados y sus respectivas figuras básicas.

La naturaleza concursal del instituto está actualmente reconocida de forma explícita o implícita en la propia definición del mismo que utiliza la doctrina mayoritaria¹⁸⁷, naturaleza que sólo es desconocida por un minoritario sector que todavía aboga por darle a la institución un carácter de problema meramente interpretativo o de delimitación típica¹⁸⁸. Como ya sucedía en los períodos anteriores, esta naturaleza concursal se refleja en las discusiones en torno a la denominación y ubicación sistemática del instituto. Así, respecto a su denominación, aunque predominan quienes

¹⁸⁶ Ya antes se había pronunciado en este sentido Cramer (1970:207).

¹⁸⁷ Expresamente destacan esta característica, Seir (1983:226), Blei (1983:357), Tiedemann (1987:17s), Mitsch (1993:471s). También en este sentido se pronuncian, a raíz de casos concretos, Herzberg (1972b:571), Rudolphi (1979:862s), Geerds (1981:36), Bruns (1982:167).

¹⁸⁸ Vogler (1979:715) [= (1985:v. § 52/103)], quien, sin embargo, admite los efectos propios de una institución concursal: aplicación del principio de *combinación* y *resurgimiento* de la ley desplazada, además de reconocer expresamente (1979:726) que para hablar de concurso (aparente) de leyes, al menos deben haber leyes "concurrentes", en el sentido de que se cumplan los requisitos típicos de la mismas. En el mismo sentido, cfr. Samson (1987:v. § 52/13, 57), Jescheck (1988:665, 670s), y Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/5, 134ss). Por su parte, Bringewat (1987:68s, 71, 72) parece seguir los planteamientos de Vogler, pero limitados al ámbito de los *actos copenados*. Últimamente, parece pronunciarse en un sentido similar Schmidhäuser (1993:202), al trasladar la cuestión del concurso (aparente) de leyes a un problema relativo al número de valoraciones jurídicas que recaen sobre el hecho en cuestión, en la especie, a la existencia de una *única* valoración jurídica del hecho, previa a la determinación de las relaciones concursales de los §§ 52ss, donde se requeriría una "pluralidad" de dichas valoraciones.

prefieren la expresión jurisprudencial *unidad de ley*¹⁸⁹, no pierde peso la tradicional *concurso de leyes*¹⁹⁰, aunque sí parecen perderlo las variantes que destacan el carácter *aparente* o *impropio* que tendría este instituto respecto a las restantes figuras concursales¹⁹¹. Menor discusión hay en torno a la ubicación sistemática del instituto, pues la práctica unanimidad de la doctrina que lo trata en obras de carácter general lo hace dentro de la teoría concursal común¹⁹².

Por lo que respecta a la cuestión sistemática, sigue la división entre quienes afirman teorías *unitarias* y quienes *diferenciadoras*, y también el carácter mayoritario de los segundos -aunque ahora parecen perder entre ellos primacía las defensores de su variante *estricta*¹⁹³, pero sin dejar de

¹⁸⁹ Schmidhäuser (1975:18/23), Wagner (1976:296), Vogler (1979:715) [= (1985:v. § 52/101)], Seir (1983:226), Bockelmann/Volk (1987:257s), Bringewat (1987:67), Jescheck (1988:665), Schönte/Schöder/Stree (1991:v. § 52/102), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/17), Wessels (1993:251), Mitsch (1993:471). La razón por la cual se prefiere actualmente esta expresión la resume Vogler (1985:v. § 52/102), afirmando que la tradicional de *concurso de leyes* sería "equivoca", "porque en verdad las leyes *no concurren*, sino forman de tal manera una unidad que finalmente sólo una de ellas rige y la otra o las otras se excluyen", entendiendo aquí concurrencia de leyes como simultánea aplicación de sus efectos penales, que no realización de sus presupuestos fácticos, lo cual, según puede verse en la nota anterior lo entiende Vogler un requisito básico de la institución. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Peñaranda (1991:183), quizás más que "contradicciones" con el concepto del instituto que tratamos, lo que hay en la aceptación del término *unidad de ley* y de un supuesto carácter interpretativo del mismo, puede ser visto como una mera cuestión de *énfasis* en el resultado *final* de la labor de aplicación de los principios del concurso (aparente) de leyes, aunque también debe reconocerse que, admitiéndose la *combinación* de los marcos penales, difícil resulta sostener que, al final, sólo una ley se aplica, aunque sólo por una se condene.

¹⁹⁰ Cramer (1970:207), Bruns (1974:465) [= (1982:166)], Preisendanz (1978:v. § 52/III,1), Kühl (1974:476, 480), Blei (1983:357), Baumann/Weber (1985:660), Tiedemann (1987:18), Otto (1992:311).

¹⁹¹ Stratenwerth (1981:1175), Geppert (1982:421, 427), Lackner (1993:v. § 52/24)

¹⁹² Las diferencias se producen en torno a dónde ha de ubicarse esa teoría concursal general, si dentro de las formas de aparición del delito, como hacen Schmidhäuser (1975:18/23ss), Stratenwerth (1981:1175), Blei (1983:357), Jescheck (1988:665), Otto (1992:311), Wessels (1993:251) y Kühl (1994:731), si en una "doble ubicación", a caballo entre las teorías del delito y de la determinación de la pena, como sostienen Bruns (1974:462), Geppert (1982:359), Seir (1983:226), y Baumann/Weber (1985:660), o dentro de la teoría de la determinación de las consecuencias del delito, como hacen Bockelmann/Volk (1987:257).

¹⁹³ Reconcuden a los principios de *subsidiariedad*, *consunción*, o a ambos, la solución a los casos de *concurso real impropio*, Geppert (1982:421,427), Blei (1983:358), Baumann/Weber (1985:680), Bringewat (1987:72), Tiedemann (1987:20), Lackner

ser significativo el número los primeros¹⁹⁴. Y en cuanto a los llamados *principios de solución*, aunque Stratenwerth (1981:312) califica de "discutida y sin esperanza" la problemática del número y límite de los mismos, parece consolidarse el esquema tripartito, estimando la doctrina mayoritaria como tales los de *especialidad*, *subsidiariedad* y *consunción*¹⁹⁵, salvo algunos autores que, rechazando la autonomía del principio de *consunción*, admiten sólo los dos restantes¹⁹⁶. Actualmente comienza también a discutirse el orden de aplicación de estos principios. Así, mientras algunos parecen admitir como tal orden comenzar por investigar si hay especialidad, luego si hubiese consunción y, con carácter residual, si existiese subsidiariedad¹⁹⁷; otros proponen como figura residual la consunción, prefiriéndole la especialidad y la subsidiariedad¹⁹⁸.

Novedoso a este respecto es el planteamiento de Abels (1991:34, 38), quien reordena los grupos de casos comprendidos en los tres principios dominantes, distinguiendo entre "*unidad de ley formal*" y "*unidad de ley material*", según si la total comprensión del desvalor de una de las normas concurrentes en la otra venga determinada "directamente" por la ley, en virtud de las relaciones existentes entre dichas normas en nivel abstracto de la ley, o que dicha total comprensión se establezca en atención al caso concreto, según los criterios relativos a la lesión del bien jurídico involucrado y a la prohibición de la doble valoración de una circuns-tancia material, respectivamente, pero sin variar con ello ni los casos de concurso (aparente) de leyes, ni sus efectos como así tampoco

(1993:v. § 52/31), Wessels (1993:252); mientras adoptan la variante *estricta* de esa teoría, Preisendanz (1978:v. § 52/III,2), Kühl (1978:480; 1994:734), Stratenwerth (1981:1195), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/48), y Mitsch (1993:471).

¹⁹⁴ Bruns(1974:465), Schmidhäuser (1975:18/32), Seir (1983:228), Vogler (1979:733)[=(1985:v. § 52/104)], Bockelmann/Volk (1987:258s), Jescheck (1988:666), Schönke/Schöder/Stree (1991:v. § 52/112s), Otto (1992:311s).

¹⁹⁵ Preisendanz (1978:v. § 52/III,2), Kühl (1974:476; 1980:731ss), Stratenwerth (1981:1178ss), Geppert (1982:421s), Seir (1983:228), Blei (1983:358s), Vogler (1985:v. § 52/105), Baumann/Weber (1985:660), Bockelmann/Volk (1987:257), Tiedemann (1987:18s), Jescheck (1988:666), Otto (1992:311s), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/18ss), Lackner (1993:v. § 52/24ss), Wessels (1993:252s). Schmidhäuser (1975:18/24) admite estos tres principios, aunque igual parece estimar la *consunción* sólo "un caso de subsidiariedad".

¹⁹⁶ Schönke/Schöder/Stree (1991:v. § 52/104)

¹⁹⁷ Stratenwerth (1981:1190). Antes, Schmitt (1963:51).

¹⁹⁸ Samson (1987:v. § 52/62, 71), Geppert (1982:423 nota 98, 425), Seir (1983:230).

impide la agrupación tradicional de los mismos en razón de los principios de solución del *sistema clásicos*. Así, dentro del primer grupo comprende Abels (1991:35ss) cuatro casos -en los que se incluyen todos los supuestos de *especialidad*, los de *subsidiariedad expresa*, y aquéllos de *subsidiariedad tácita* que derivarían de la relación existente entre las normas en abstracto-, a saber: a) la relación existente entre el delito básico y sus modificaciones (delitos privilegiados y calificados), b) la relación existente entre los delitos complejos y los simples que lo componen, c) la relación existente entre las normas de "recogida" o "auxiliares" y las normas a que se refieren, y d) la relación existente entre las distintas formas de comisión de un delito, incluyendo en ella i) la relación entre tentativa y consumación, ii) la relación entre autoría y las restantes formas de participación en el delito, y iii) la relación entre las formas de realización culposas y las dolosas de un mismo delito. Y por lo que respecta al segundo grupo, "*unidad de ley material*", comprende aquí Abels (1991:39s) todos los restantes supuestos de concurso (aparente) de leyes, donde la diferente "energía criminal" empleada en la realización de varios supuestos de hecho legales determina que uno de ellos aparezca como hecho principal o "*núcleo del hecho*", según el término que emplea el autor, frente al o los restantes, que aparecerían como meros "*actos acompañantes*" del primero, de manera que la escasa entidad de éstos en el daño al bien jurídico comprometido determina su completa absorción en aquél. Así, habría esta *unidad de ley material*, en todas las *fases previas* [*Vorstufen*] en la comisión de un delito que consistan en a comisión de *otro delito distinto*, como sería el clásico ejemplo de los actos preparatorios especialmente punibles, o el paso de un delito de peligro a uno de lesión, y también habría esta *unidad de ley material*, en todos los supuestos de los llamados *actos posteriores impunes*. Como puede apreciarse, la reorganización propuesta por Abels se asemeja demasiado a las posturas *diferenciadoras estrictas*, con la salvedad de que para el autor es indiferente si la afirmación de este concurso de leyes *material* excluye la regla del *concurso real* o la del *ideal*, salvo en cuanto con esta tesis pueda limitarse el efecto de la llamada *función clarificadora* de esta última especie concursal. De todos modos, este planteamiento no puede calificarse de *monista*, sino, como el propio Abels (1991:33) lo plantea, sólo una "reordenación" de los grupos de casos del *sistema clásico* que, a los efectos de esta exposición, no permite ser tratada sino en este lugar.

Sin embargo, a pesar de que todavía se le dispensa a la teoría del concurso (aparente) de leyes una considerable atención, no deja de ser cierto que, profundizando la propia doctrina y la jurisprudencia en las limitaciones en torno a su alcance y valor práctico, el significado que tiene actualmente su distinción frente al concurso *ideal* "se ha reducido a cero"¹⁹⁹. En efecto, en cuanto a su alcance, por una parte desaparece definitivamente toda referencia al llamado *principio de alternatividad* como principio de solución del mismo²⁰⁰, y por otra, se consolida la llamada *función clarificadora del concurso ideal*, en torno a la cual se agrupan la mayor parte de los supuestos que la doctrina entiende excluidos del concurso (aparente) de leyes, entre ellos²⁰¹ la concurrencia: 1) de distintas calificaciones de un delito simple o de un delito complejo y calificaciones de alguno de los delitos que lo comprenden, p.ej., lesiones

¹⁹⁹ Schönke/Schöder/Stree (1991:v. § 52/103).

²⁰⁰ Quienes todavía la nombran a propósito de la teoría concursal lo hacen para criticarla, básicamente porque, en la versión de Binding, sus supuestos podrían reconducirse a los otros "principios" y, en la versión de Liszt (relación de *exclusión* según la nueva terminología), porque sería superflua, dado que faltaría la concurrencia que presupondría el concurso (aparente) de leyes, según sostienen Vogler (1985:v. § 52/106), Baumann/Weber (1985:664) y Schönke/Schöder/Stree (1991:v. § 52/133). Esta última idea lleva al punto de que algunos autores se esfuerzan por demostrar que las relaciones de *exclusión* o *alternatividad* en el sentido de Liszt, nada tendrían que ver con el concurso (aparente) de leyes, sino que formarían un grupo ajeno a toda situación concursal, como hacen Seir (1983:226s), Baumann/Weber (1985:664), Jescheck (1988:667) y Mitsch (1993:472). Por lo que respecta a la discusión en cuanto a la *tipicidad* o *atipicidad* (*alternatividad*) de los *actos posteriores impunes* en los delitos de "sustracción", ésta pasa a ser ahora una discusión entre quienes como Schmidhäuser (1975:18/32,33), Vogler (1979:733s) [= (1985:v§52/140)], Geppert (1982:428), Blei (1983:362), Baumann/Weber (1985:681 nota 109), Samson (1987:v. § 52/73), Tiedemann (1987:20), Jescheck (1988:667 nota 25), Schönke/Schöder/Stree (1991:v. § 52/114), Wessels (1993:254s) aceptan el carácter *típico* e *injusto* del *acto posterior* y ven en su reunión con el *anterior* una *unidad* o *complejo valorativos*, y quienes como Wolter (1974:164s, 167), Stratenwerth (1981:1196), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/50), Lackner (1993:v. § 52/32) afirman, en cambio, la imposibilidad de una "segunda apropiación" al extender, como la jurisprudencia, el concepto de "ánimo de apropiarse" del § 242 al de la efectiva "apropiación", y ven en la reunión de un *acto anterior* de *sustracción* y uno *posterior* de aprovechamiento un imposible, pues afirman habría entre ellos una relación de *exclusión* o *alternatividad*.

²⁰¹ Aquí se mencionan sólo los supuestos más significativos. Para una lista detallada de los mismos y las discusiones que suscitan, cfr. Abels (1991:41ss). Una aceptación general de esta *función clarificadora*, aunque sin proponer ejemplos de la misma se encuentra en Jescheck (1988:652), Lackner (1993:v. § 52/24) y Mitsch (1993:474). Oo. Montenbruck (1983:215s) y Jakobs (1991:31/24,25, 32e') quienes, desde su particular punto de vista de la teoría concursal, rechazan en términos más o menos generales la categoría.

peligrosas del § 223a y lesiones graves del § 224 o lesiones causadas en servicio del § 340²⁰², o robo del § 249 o 250 y las distintas formas de hurto agravado de los §§ 243s²⁰³; 2) de diversas causas de agravación de un delito simple o de un delito complejo y uno de los simples que lo componen, cuando se presentan en las formas de *tentativa* y *consumación*, p. ej. tentativa de robo del § 249 y hurto agravado consumado de los §§ 243s²⁰⁴, o tentativa de lesiones graves del § 224 y lesiones peligrosas consumadas del § 223a²⁰⁵; 3) de tentativa de un delito calificado y consumación del básico respectivo: *tentativa calificada* sin desistimiento, p. ej., tentativa de violación del § 177 y agresiones sexuales consumadas del § 178²⁰⁶; 5) de tentativa de un delito grave y

²⁰² Vogler (1979:723) [(1985:v. § 52/110), Geppert (1982:422, 425), Seir (1983:229s), Samson (1987:v. § 52/61), Jescheck (1988:667), Abels (1991:94), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/111), Lackner (1993:v. § 52/28).

²⁰³ v. nota anterior y Abels (1991:96). Oo. Schünemann (1980:397), para quien en la concurrencia de distintas calificaciones del robo "rige el principio de que la calificación más grave prefiere a la más benigna", como sucedería en la concurrencia entre el robo con peligro de muerte o lesiones del § 250 Abs. 1, N° 3 con el robo seguido de muerte del § 251 (sin embargo, en el ejemplo parece haber una relación entre delito de peligro y lesión, la que, conforme a la doctrina entonces dominante, no se regiría por el "principio" enunciado, sino por el de *subsidiariedad*). Un planteamiento similar existía en la jurisprudencia del BGH, cfr. v.gr., BGH 24.3.694 (4 StR 656/93), aunque ahora último se tiende a admitir la figura de la *función clarificadora del concurso ideal*, como hace expresamente la Primera Sala del BGH en fallo de 10.2.1994 (1 ARs 2/94), modificando la doctrina anteriormente expresada. Criticando esta última decisión y proponiendo, en cambio, un tratamiento similar al solicitado por Schünemann, se pronuncia Hippel (1995:127).

²⁰⁴ Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/125). Oo. Abels (1991:54), para quien habría aquí *unidad de ley*, con preferencia del delito de robo, tentado o consumado, sobre el de hurto.

²⁰⁵ Vogler (1979:724) [(1985:v. § 52/111)], Schünemann (1980:397), Geppert (1982:422), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/111). Sin embargo, según Schünemann (1980:399), se excluye el concurso ideal entre el hurto seguido de fuerza o intimidación del § 252 respecto a los delitos de hurto y robo de los §§ 243ss. que pudieran antecederle, pues éstos constituirían un presupuesto típico de aquél, ya sea que se consume o sólo quede en grado de tentativa.

²⁰⁶ Vogler (1979:727), Geppert (1982:422), Abels (1991:42), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/2), Maatz (1995:112). Aunque la jurisprudencia admite en general la *función clarificadora del concurso ideal*, no la admite para el ejemplo de violación-agresiones sexuales propuesto (cfr. nota siguiente), aunque sí lo hace para el supuesto similar de tentativa de inducción a un delito calificado (§ 30 -antiguo § 49a, párrafo tercero-) de la que sólo resulta la consumación de una inducción al delito básico correspondiente. Oo. Seir (1982:229) quien a pesar de mostrarse algo crítico, parece estar de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, entendiendo que "en la tentativa calificada, el delito más grave

consumación de uno menos grave, cuando en caso de estar ambos en grado de *consumación* habría *subsidiariedad* o *consumción*, p. ej: tentativa de homicidio de los §§ 211ss y las lesiones consumadas de los §§ 223ss que se producen²⁰⁷, tentativa de estafa del § 263 y fraude en la solicitud de créditos del § 265 b)²⁰⁸ o tentativa de aborto del § 218 y las lesiones corporales de los §§ 223ss que produce²⁰⁹; y 6) de los llamados delitos calificados por el resultado "impropios" y los delitos dolosos o culposos que llevan al resultado calificante, p. ej. robo con resultado de muerte del § 251 y el homicidio doloso de los §§ 211s que a esa muerte conduce²¹⁰. Y en lo que respecta a su diferencia práctica con el concurso

intentado prefiere al delito básico consumado". Sin más calificativos, admite *concurso ideal* para estos casos Jescheck (1988:653), poniendo el ejemplo de la relación entre la tentativa de robo y el hurto consumado, ya fallado en ese sentido, según la propia cita del autor.

²⁰⁷ Vogler (1979:727) [(1985:v. § 52/125)], Geppert (1982:425), Samson (1987:§ 52/2), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/2). En cambio, siguiendo la doctrina del Pleno BGH de 28.6.1961, la jurisprudencia se resistía a admitir aquí concurso ideal, prefiriendo la solución del (aparente) de leyes por subsidiariedad, argumentando que las lesiones son un estadio de tránsito *necesario* en el homicidio y que, por ello, tanto el homicidio consumado como su tentativa serían leyes principales y preferentes frente a las de lesiones, a las cuales les reserva un carácter *subsidiario*). Dubitativo, Lackner (1993:v. § 52/28). Además, el BGH extiende esta doctrina a las relaciones existentes entre tentativa de violación y agresiones sexuales consumadas, y tentativa de coacciones y amenazas consumadas, aunque últimamente Maatz (1995:112), juez del BGH, se ha opuesto a la solución del concurso (aparente) de leyes propuesta por este tribunal, afirmando la necesidad de un cambio jurisprudencial en que se acepte también para estos casos la *función clarificadora del concurso ideal*, "tanto más que de todos modos, según la propia jurisprudencia del BGH, cuando se desiste la tentativa del delito más grave, resurge el delito más leve consumado". Oo. Abels (1991:51), quien rechaza la *función clarificadora* en caso de concurrir la tentativa de un delito de homicidio - § 211ss- con unas lesiones simples consumadas del § 223, citando en su apoyo (p. 47 nota 44) a Hirsch, Horn y Maurach/Schroeder, pero la admite (p. 86ss) para la concurrencia entre la tentativa de un delito de homicidio y las lesiones *agravadas* de los §§ 223a, 224 y 225.

²⁰⁸ Schmidhäuser (1990:523), comentando críticamente la sentencia BGH 21.2.89 (4 StR 643/88) que sostiene la tesis de que tanto la estafa consumada como la tentada comprenden *conceptualmente* el peligro que representa el delito de fraude en la solicitud de créditos.

²⁰⁹ Wagner (1976:296), BGH (S. 21.4.78), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/2). También Abels (1991:44s) estima aquí *concurso ideal, aunque limitado* a las relaciones entre aborto y las lesiones agravadas de los §§ 224, 225 y 226, excluyendo tal concurrencia cuando se trata de las lesiones simples del § 223 y aún las agravadas por el medio peligro del § 223a.

²¹⁰ Schünemann (1980:397), Samson (1987:§52/2), Laubental (1988:336), Schönke/Schröder/Eser (1991:§ 251/9), Wessels (1993:252). Oo. Abes (1991:72), para

ideal, ésta no parece existir en los hechos, dada la casi total unanimidad existente en aplicar analógicamente al concurso (aparente) de leyes las disposiciones del § 52 (antiguo § 73)²¹¹. De este modo, la distinción entre concurso (aparente) de leyes y concurso *ideal* queda reducida, en la generalidad de los casos, a la mera incorporación o no de una declaración formal de la violación de la ley desplazada en el fallo²¹², una "simplificación de la declaración de culpabilidad", y a la imposibilidad de apreciar reincidencia respecto a ésta.

4.2. Los principios de solución

4.2.1. Especialidad

Predomina actualmente el concepto dado por Honig, en el sentido de admitir el carácter lógico de esta relación, afirmando su existencia cuando un supuesto de hecho legal comprende todos los elementos del otro y, además, un otro de carácter especializante, de manera que cada vez que se realiza el supuesto de hecho especial, también se realizaría el general²¹³.

En cuanto a los supuestos de *especialidad*, predomina la idea que éstos abarcarían tanto los *delitos privilegiados* y *calificados*, incluyendo

quien no existe nada como un delito calificado por el resultado "*impropio*", sino que son todos delitos *proprios* y que prefieren a las formas culposas o dolosas decomisión del resultado calificante, por comprenderlas dentro de su descripción típica.

²¹¹ cfr. *Infra* 4.3. Aunque ya en Primera ley de reforma del derecho penal de 1969 se modificó la redacción del antiguo § 73, dando entrada en el mismo al llamado *principio de combinación* para el tratamiento penal del *concurso ideal*, no fue sino hasta la aprobación de la Segunda ley de reforma del derecho penal de 1.10.1973, la cual no entró en vigor sino hasta el 1.1.1975, que estas disposiciones modificaron su ubicación, aunque no su contenido, dentro del Cp alemán, trasladándose al mencionado § 52.

²¹² Así, v.gr., Abels (1991:26).

²¹³ Schmidhäuser (1975:18/26), Kühl (1978:480) [= (1994:731)], Stratenwerth (1981:1185), Geppert (1982:421), Seir (1983:228), Blei (1983:358), Vogler (1985:v. § 52/108), Baumann/Weber (1985:661), Bockelmann/Volk (1987:258), Samson (1987:v. § 52/60), Tiedemann (1987:18), Jescheck (1988:666), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/110), Otto (1992:311), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/18). Por su parte, Wessels (1993:252) rescata el aspecto *conceptual* del concepto ofrecido por Honig, dejando un tanto de lado por la constante referencia a la formulación que destaca la existencia del "elemento adicional especializante". Oo. Preisendanz (1978:v. § 52/III,2a), Lackner (1993:v. § 52/25) quienes sólo hablan de "una ley que regula la materia de forma más especial que la otra".

también la relación entre los llamados *delitos autónomos* y sus respectivas figuras *básicas*, y la existente entre los llamados *delitos complejos* y los *simples* que los componen²¹⁴.

4.2.2. Subsidiariedad

En general, se admite la definición de Binding y el carácter *valorativo* que tendría una relación de esta clase, entendiendo que la misma se daría, tratándose de *subsidiariedad expresa* o *forma*²¹⁵, cuando una ley sólo quiere regir en caso de que otra no tenga aplicación, según la expresa determinación de la misma o, tratándose de *subsidiariedad tácita* o *materia*²¹⁶, cuando tal efecto se desprende de la propia relación existente entre las figuras que se trata²¹⁷. Aunque se discute, suele aceptarse también en este momento la posibilidad de admitir como *subsidiaria* una ley penal más gravemente penada que la *principal* y preferente, especialmente en supuestos de *subsidiariedad tácita*²¹⁸.

²¹⁴ cfr. nota anterior y, además, Schünemann(1980:397), Vogler (1985:v. § 52/109), Samson (1987:v. § 52/61), Tiedemann (1987:19), Jescheck (1988:667), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/111), y Wessels (1993:253).

²¹⁵ Denominación que comienza a hacerse común: Seir (1983:228), Vogler (1985:v. § 52/118), Baumann/Weber (1985:663), Bockelmann/Volk (1987:258), Tiedemann (1987:19), Jescheck (1988:668), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19), Lackner (1993:v. § 52/26).

²¹⁶ Denominación ahora también común: Kühl (1978:480) [= (1994:732)], Seir (1983:228), Vogler (1985:v. § 52/120), Bockelmann/Volk (1987:258), Tiedemann (1987:19), Jescheck (1988:668), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19), Lackner (1993:v. § 52/26).

²¹⁷ Schmidhäuser (1975:18/26), Preisendanz (1978:v. § 52/III,2c), Kühl (1978:480), Stratenwerth (1981:1190), Geppert (1982:423), Seir (1983:228), Blei (1983:359), Vogler (1985:v. § 52/118, 120), Baumann/Weber (1985:663), Bockelmann/Volk (1987:258), Jescheck (1988:667), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19), Lackner (1993:v. § 52/26), Wessels (1993:253). Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/105) aceptan también el concepto general de *subsidiariedad* y su clasificación, pero le otorga un alcance tan amplio que abarca con él el de *consumción* y también los llamados *actos copenados*. Oo. Samson (1987:v. § 52/62), Tiedemann(1987:19) y Kühl (1994:732) quienes sólo admiten la clasificación, resistiéndose en cambio a ofrecer un concepto general de *subsidiariedad*. Por su parte, Otto (1992:312) ofrece una definición completamente diferente, sosteniendo existe *subsidiariedad* cuando "el contenido de desvalor de un delito no tiene peso alguno junto al de otro".

²¹⁸ Vogler (1985:129), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/115, 122). Implícitamente, Samson (1987:v. § 52/78). Oo. Preisendanz (1978:v. § 52/III,2c), Stratenwerth (1981:1190), Baumann/Weber (1985:663), quienes afirman expresamente es necesario

Con respecto a la *subsidiariedad expresa* o *formal*, toma fuerza en este período la limitación -propuesta por Jagusch en el anterior-, de los efectos de la *cláusula de subsidiariedad* en el caso que, "según el sentido y finalidad de ley", pareciese más adecuado estimar concurso *ideal* que no el (aparente) de leyes²¹⁹.

En cuanto a la *subsidiariedad tácita* o *material*, parece predominar la visión que de la misma tenía Honig, en el sentido de tratarse de relaciones entre diferentes supuestos de hecho legales que protegerían el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque²²⁰, agregándosele que también operaría esta *subsidiariedad* cuando varias leyes comprendiesen "ataques de diversa intensidad a un mismo bien jurídico", según la propuesta de Samson (1987:v. § 52/66, 68)²²¹. Y en cuanto a sus supuestos, se mantienen básicamente los del período anterior, esto es, entendidos ahora como "diversos estadios de ataque", las relaciones entre actos preparatorios, tentativa y consumación de un mismo delito -incluyendo los actos preparatorios y las tentativas (fallidas) que no llevan directamente a la consumación posterior²²², entre delitos de

contemple la ley *principal* una pena más grave que la *subsidiaria*. A esta posibilidad parece oponerse también Vogler (1979:725) y la jurisprudencia, al menos respecto al supuesto de la tentativa de inducción (§ 30 -antiguo § 49a-) a un delito calificado de la que sólo resulta la consumación de una inducción al delito básico correspondiente.

²¹⁹ Preisendanz (1978:v. § 52/III,2c), Seir (1983:235), Blei (1983:359), Vogler (1985:v. § 52/119), Jescheck (1988:668), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/106), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19). Implícitamente, Kühl (1994:732), y con reticencias, Samson (1987:v. § 52/63) y Tiedemann (1987:19).

²²⁰ Schmidhäuser (1975:18/30), Kühl (1978:480) [= (1994:732)], Stratenwerth (1981:1190), Geppert (1982:423), Seir (1983:229), Vogler (1985:120), Samson (1987:v. § 52/67), Jescheck (1988:667), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19).

²²¹ Geppert (1982:423), Vogler (1985:120), Tiedemann (1987:21), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/107), Kühl (1994:732). En un sentido similar, Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19) habla de un delito más leve comprendido en otro más grave. De todos modos, la propuesta de Samson no es del todo original, pues puede verse también en el trabajo de Warda (1964:91), aunque este autor no llega a realizar la clasificación de los casos de *subsidiariedad* que de ella se desprendería.

²²² Schmidhäuser (1975:18/30), Kühl (1978:480; 1994:732), Geppert (1982:423), Seir (1983:229), Blei (1983:359s), Vogler (1985:123), Baumann/Weber (1985:663s, 682), Samson (1987:v. § 52/69), Jescheck (1988:668), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/123), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19), Lackner (1993:v. § 52/33), Wessels (1993:253). Oo. Stratenwerth (1981:1192) quien sostiene sólo la subsidiariedad de los actos preparatorios especialmente sancionados frente a la tentativa o consumación del delito preparado, afirmando que la tentativa (fallida) se presentaría, frente a la

peligro concreto y resultado²²³, y entre los llamados "delitos de tránsito", que resurgen ahora como categoría más o menos independiente en este período gracias al cambio jurisprudencial operado en el anterior respecto a las relaciones entre lesiones y homicidio, ahora entendidas como de *necesario tránsito* de una figura a la otra²²⁴; y entendidos como "ataques de diversa intesidad", las relaciones entre las distintas formas de participación del delito²²⁵; y entre las distintas formas de realización delictiva que recaen sobre un mismo objeto, a saber, en el paso de la culpa al dolo (p. ej.: en el homicidio), de la omisión a la acción (p. ej.: omisión de socorro seguida de homicidio), y de la omisión propia a la impropia (p. ej.: omisión de socorro seguida de homicidio en comisión por omisión -si no sólo no se ayuda, sino que, además, se impide que otros lo

consumación, en relación de *consunción*. En este último sentido, cfr. también Tiedemann (1987:20s).

²²³ Schmidhäuser(1975:18/30), Stratenwerth (1981:1193), Geppert (1982:424), Blei (1983:360), Vogler (1985:v. § 52/121), Baumann/Weber (1985:664), Samson (1987:v. § 52/69), Tiedemann(1987:19), Jescheck (1988:668), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/129), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/19), Lackner (1993:v. § 52/33), Wessels (1993:253), Kühl (1994:732)

²²⁴ Geppert (1982:424), Seir (1983:229), Tiedemann (1987:20). Kühl (1994:732) menciona el ejemplo pero no el nombre de la categoría. Vogler (1985:122), entiende los *delitos de tránsito* en un sentido más amplio, y por lo mismo más cercano al propuesto por Honig, incluyendo entre ellos no sólo el caso expuesto, sino también las relaciones entre actos preparatorios, tentativa y consumación. Más lejos van aún Samson (1987:v. § 52/69), Jescheck (1988:668) y Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/120) quienes entienden dentro del concepto *delitos de tránsito*, aparte del caso expuesto arriba en el texto -definido como aquél en que "el acto punible pasa necesariamente por diversos niveles de lesión comprendidos en distintos supuestos de hecho legales"- , todos los supuestos de *actos anteriores copenados* este grupo. Idéntico entendimiento es el de Bockelmann/Volk (1987:259), aunque ellos entienden este grupo de casos dentro del principio de *consunción*. Oo. Baumann/Weber (1985:661), para quienes entre lesiones y homicidio existe una relación *especialidad*, tal como sostuvo anteriormente Schmitt (1962:391); y en otro sentido, Tiedemann (1987:20), para quien, anuqe admite la categoría, en el caso de las relaciones entre lesiones y homicidio estaríamos ante un supuesto de *consunción*.

²²⁵ Schmidhäuser (1975:18/30), Kühl (1978:480; 1994:732), Stratenwerth (1981:1194), Geppert (1982:425), Seir(1983:229), Blei(1983:359), Vogler (1985:126), Baumann/Weber (1985:664), Samson (1987:v. § 52/70), Tiedemann (1987:21), Jescheck (1988:668), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/107), Lackner (1993:v. § 52/33), Wessels (1993:254)

hagan-), entre las cuales preferiría el dolo a la culpa, la acción a la omisión, y la omisión impropia a la propia²²⁶.

4.2.3. Consunción

Quienes aceptan este principio admiten en él también un carácter *valorativo*, y siguiendo las directrices que surgían de la obra de Honig y de los aportes del período anterior, estiman como casos de *consunción* aquéllos en que un supuesto de hecho legal comprende totalmente el contenido de injusto (y culpabilidad) de otro que lo acompaña *regular* o *típicamente* o que, del mismo modo, se realiza antes o después de la consumación de aquél²²⁷.

Sin embargo, la idea de la "regularidad criminológica" se radica actualmente sólo en los llamados *actos acompañantes típicos*²²⁸ -y también en los *actos anteriores copenados* por quienes los admiten dentro de esta categoría²²⁹-, mientras para los llamados *actos posteriores*

²²⁶ Schmidhäuser (1975:18/30), Stratenwerth (1981:1194), Seir (1983:229), Blei (1983:360), Vogler (1985:v. § 52/126), Baumann/Weber(1985:664, 682), Samson (1987:v. § 52/69), Tiedemann (1987:19s), Jescheck (1988:668), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/107), Kühl (1994:732)

²²⁷ Herzberg (1972b:572), Schmidhäuser (1975:18/31), Kühl (1978:480), Stratenwerth (1981:1187), Geppert (1982:425), Seir (1983:230), Blei (1983:360), Vogler (1985:131), Baumann/Weber (1985:662), Bockelmann/Volk (1987:258), Samson (1987:v. § 52/71), Tiedemann (1987:19), Jescheck (1988:669), Otto (1992:311), Lackner (1993:v. § 52/27), Wessels (1993:253), Kühl (1994:733). Oo. Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/107) donde tanto esta definición de *consunción* como los ejemplos que de la misma se ofrecen, corresponderían a una especie de *subsidiariedad*. Por su parte, Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/20) ofrece una definición completamente distinta de *consunción*, retomando la vertiente de la "especial especialidad" que había aparecido en períodos anteriores.

²²⁸ Schmidhäuser (1975:18/31,34), Preisendanz (1978:v. § 52/III,2b), Kühl (1978:480,; 1994:733), Stratenwerth (1981:1188,1195), Geppert (1982:425), Blei (1983:360s), Vogler (1985:132), Baumann/Weber (1985:663), Samson (1987:v. § 52/76), Tiedemann (1987:19), Jescheck (1988:670), Otto (1992:311), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/20), Lackner (1993:v. § 52/27), Wessels (1993:253).

²²⁹ Stratenwerth (1981:1192), Geppert (1982:427), Blei (1983:361s), Vogler (1985:131), Tiedemann(1987:20), Otto (1992:311), Wessels (1993:254). Oo. Schmidhäuser (1975:18/30), Samson (1987:v. § 52/69, 71), Jescheck (1988:669s), Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/119), Lackner (1993:v. § 52/31), para quienes todos los *actos anteriores copenados* formarían parte del principio de *subsidiariedad tácita*.

*copenados*²³⁰ -en los cuales ve la actual doctrina una "entidad compleja" o "unidad valorativa" en la que "sin el acto posterior no tendría el principal ningún sentido para el autor"-, no se exige esta "regularidad", sino más bien que constituyan un "típico acto de *utilización, aprovechamiento o aseguramiento* de la posición o ventaja obtenida con el acto principal", buscándose entre ellos no una relación "criminológica" -estadística-, sino una de carácter "funcional", según el enunciado transcrito y con independencia del "ánimo" previsto en el supuesto de hecho del acto *principal*²³¹.

²³⁰ La expresión actos posteriores *copenados* [*mitbestrafen*] y su variante *cocastigados* [*mitabgegolten*] son ampliamente dominantes en la actualidad: la primera es utilizada por Schmidhäuser (1975:18/32), Preisendanz (1978:v. § 52/III,2), Kühl (1978:480, 1994:734), Geppert (1982:427), Seir (1983:232), Bringewat (1987, 80), Jescheck (1988:669), Samson (1987:v. § 52/72), Tiedemann (1987:20), Otto (1992:311), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/49), Lackner (1993:v. § 52/31) y Wessels (1993:254), y la segunda por Blei (1983:362) y Vogler (1985:v. § 52/131). Sólo un reducido número de autores utilizan la tradicional de actos posteriores *impunes*, todos ellos en obras anteriores a 1982, como Wolter (1974:165), Bruns (1974:465), Vogler (1979:733) y Stratenwerth (1981:1196), salvo Bockelmann/Volk (1987:258) quienes hablan de *actos anteriores copenados* y de *actos posteriores impunes*.

²³¹ Geppert (1982:428), Blei (1983:362s), Vogler (1979:734) [= (1985:137ss)], Bockelmann/Volk (1987:258s), Bringewat (1987:72, 74ss), Samson (1987:v. § 52/72ss), Jescheck (1988:669) Lackner (1993:v. § 52/32), Wessels (1993:254). De similar concepto participan, entre quienes adoptan la variante *estricta* de la teoría *diferenciadora* Stratenwerth (1981:1195); Kühl (1994:64ss) y también Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/112), donde se considera no obstante los *actos posteriores* un supuesto de *subsidiariedad tácita*. Por su parte, ofrecen conceptos más tradicionales de *actos posteriores copenados*, centrados en la realización del objetivo del autor o en el mero aprovechamiento o aseguramiento del acto anterior, Schmidhäuser (1975:18/32), Kühl (1978:480), Baumann/Weber (1985:681), Tiedemann (1987:20) Otto (1992:311), y entre quienes participan de la variante *estricta* de la teoría *diferenciadora*, Preisendanz (1978:v. § 52/III,2e), Dreher/Tröndle (1993:v. § 52/48ss). Los tres requisitos ofrecidos por la doctrina del período anterior para admitir los llamados *actos copenados* - identidad de bien jurídico, no aumento del daño y no dañar a un tercero- son recogidos prácticamente sin discusión por la doctrina citada y la jurisprudencia, como aparece en el fallo del OLG Hamm, cfr. 23.5.78 (en NJW 78, 417). La única diferencia más o menos significativa es la creciente aceptación de la postura que, en torno a la exigencia de la *identidad del bien jurídico*, nosotros calificamos de *débil*, pues no se exige propiamente tal *identidad*, sino sólo que los bienes jurídicos en juego tengan cierta correspondencia o estén al menos "dentro una misma línea de protección", cfr. en este sentido Blei (1983:363), Vogler (1985:v. § 52/140) y Bringewat (1984:75). Oo., no obstante, Paulusch (1971:339s), para quien *todos* los llamados "actos posteriores copenados o impunes" "son actos posteriores *punibles*, o bien actos subsiguientes *atípicos*" [el subrayado es mío].

Como en el principio de *subsidiariedad*, tampoco parece discutirse demasiado la posibilidad de que la *lex consumes* y preferente prevea una pena inferior a la *lex consumptae*, con tal de que la primera abarque el total desvalor de injusto de la segunda, especialmente en lo que toca a los llamados *actos posteriores copenados*²³².

5. Bibliografía

Abegg, Johann:

(1836) *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt 1836.

Abels, Peter:

(1991) *Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz*, Marburg 1991.

Allfeld, Phillip:

(1934) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts AT, 9. Aufl.*, Leipzig 1934.

Bauer, Anton:

(1883) *Lehrbuch des Strafrechtes*, Göttingen 1833.

Baumann, Jürgen:

(1959) *Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz*, en MDR 1959, 10.

(1966) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches AT*, Tübingen 1966 (ed.)

(1968) *Strafrecht AT, 5. neubearbeitete Aufl.*, Bielefeld 1968.

(1969) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches AT, 2. Aufl.*, Tübingen 1969 (ed.).

Baumann, Jürgen/Weber Ulrich:

(1985) *Strafrecht AT. Ein Lehrbuch, 9. Aufl.*, Bielefeld 1985.

Baumgarten, Arthur:

²³² Stratenwerth (1981:1189), Geppert (1982:425), Blei (1983:363), Vogler (1985:134, 142), Jescheck (1988:669), Kühl (1994:733). Implícitamente, Samson (1987:v. § 52/78). También admiten la posibilidad de que el *acto posterior copenado* contemple una pena menor que la del *principal* preferente quienes no los estiman en *consunción*, sino como Schönke/Schröder/Stree (1991:v. § 52/115), donde se los trata dentro del principio de *subsidiariedad*.

LA TEORÍA DEL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES EN LA DOGMÁTICA ALEMANA,...

(1909) *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Breslau 1909.

Beling, Ernst:

(1906) *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen 1906.

Berg, Hans:

(1953) *Der Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, en JZ 1953, 26.

Berner, Albert:

(1889) *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, Leipzig 1898.

Binding, Karl:

(1885) *Handbuch des Strafrechts Bd. I*, Leipzig 1885.

(1913) *Grundriss des Deutschen Strafrechts AT*, 8^a Aufl., Leipzig 1913.

(1922) *Die Normen und ihre Übertretung Bd. I: Normen und Strafgesetze*, 4. Aufl., Leipzig 1922.

Blei, Hermann:

(1983) *Strafrecht I AT. Ein Studienbuch. 18. Aufl. des von E. Mezger begründeten Werkes*, München 1983.

Bockelmann, Paul:

(1941) *Zur Lehre von der Idealkonkurrenz*, en ZAkDR 1941, 293.

(1953) *Comentario al fallo OLG Hamm 4.11.1952*, en JZ 1953, 233.

(1960) *Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte. Bemerkungen zum Beschluß des Großen Strafsenats BGHSt 14, 38*, en JZ 1960, 621.

Bockelmann, Paul/Volk, Klaus:

(1987) *Strafrecht AT*, 4. Aufl., München 1987.

Bringewat, Peter:

(1987) *Die Bildung der Gesamtsrafe*, Berlin/New York 1987.

Bruns, Hans-Jürgen

(1974) *Strafzumessungsrecht (Gesamtdarstellung)*, 2. neubearbeitete Aufl., Köln 1974.

DR. JEAN PIERRE MATUS A.

- (1982) *Comentario al fallo BGH de 3.7.1981 (BGHSt 30, 166)*, en JR 1982, 166.
(1985) *Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl.*, Köln 1985.

Bünger, Paul:

- (1888) *Über Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe*, en ZStW 8 (1888), 661.

Burgstaller, Manfred:

- (1978) *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, en JBI (Juristische Blätter-Österreich) 1978, 393 y 459.

Buri, Maximilian v.:

- (1879) *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Stuttgart 1879.

Camaioni, Salvatore:

- (1992) *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, en La Giustizia Penale 97 (1992), 230.

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.

Cramer, Peter:

- (1970) *Das Strafsystem des StGB nach den 1. April 1970*, en JurA 1970, 183.

Cuerda Riezu, Antonio:

- (1992) *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid 1992.

CURY Urzúa, Enrique:

(1992 II) *Derecho penal. Parte general, t. II, 2ªed.*, Santiago 1992.

Dallinger, Wilhem:

(1955) *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, en MDR 1955, 269.

De Francesco, Giovannangelo:

(1980) *Lex specialis. Specialità e interferencia nel concorso di norme penale*, Milano 1980.

(1988) *Concorso aparente di norme*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche II*, Torino 1988, 416.

Dietz, Rolf:

(1934) *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Bonn/Köln 1934.

Dohna, Alexander Graf zu:

(1910) *Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbaren Handlungen*, en Aschrott, P./Liszt, F.: *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd. I AT*, Berlin 1910, 401.

(1942) *Grenzen der Idealkonkurrenz*, en ZStW 61 (1942), 131.

Dreher, Eduard:

(1954) *Grundsätze und Probleme des § 49a StGB*, en GA 1954, 11

(1955) *Doppelterwertung von Strafbemessungsumständen*, en JZ 1957, 155.

(1964) *Comentario al fallo OLG Braunschweig de 28.6.1963*, en MDR 1964, 167.

Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert:

(1993) *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46., neubearbeitete Auflage des von Otto Schwarz begründeten Werkes*, München 1993.

Dünnebier:

(1954) *Die Subsidiaritätsklausel*, en GA 1954, 271.

Etcheberry, Alfredo:

DR. JEAN PIERRE MATUS A.

- (s/f) *El concurso aparente de leyes penales*, Santiago s/f.
(1997 II) *Derecho penal, t.II, 3ª ed.*, Santiago 1997.

Finger, August:

- (1904) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1. Bd.*, Berlin 1904.

FlieBner:

- (1974) *Die verfassungsrechtlichen Grenzen mehrfacher staatlicher Bestrafungen aufgrund desselben Verhaltens*, en AÖR 99 (1974), 242.

Frank, Reinhard:

- (1931) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl.*, Tübingen 1931.

Fuchs, Jürgen:

- (1966) *Erfolgsqualifiziertes Delikt und fahrlässig herbeigeführter Todeserfolg*, en NJW 1966, 868.

García Albero, Ramón:

- (1995) *Non Bis in Idem Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona 1995.

Garrido Montt, Mario:

- (1997 II) *Derecho penal, parte general, t.II*, Santiago 1997.

Geerds, Friederich:

- (1960) *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg 1961.
(1981) *Comentario al fallo OLG Celle de 11.3.1980*, en JR 1981, 35.

Geppert, Klaus:

- (1981) *Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)*, en Jura 1982, 358 y 418.
(1994) *Comentario al fallo BGH de 21.1.93 (4 StR 638/92)*, en JR 1994, 71.

Gerland, Heinrich:

- (1932) *Deutsches Reichsstrafrechts, 2. Aufl.*, Berlin/Leipzig 1932.

Gössel, Karl-Heinz:

- (1981) *Besprechung über I. Puppes Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, en GA 1981, 134.

Habermaas, Frank

- (1882) *Die Ideale Konkurrenz der Delikte*, Stuttgart 1882.

Haffke, Bernhard:

- (1973) *Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz*, en JuS 1973, 402.

Hälschner, Hugo:

- (1881) *Das gemeine deutsche Strafrecht. Erste Band*, Bonn 1881.

Händel, Konrad:

- (1964) *Comentario al fallo BGH de 26.5.1964*, en NJW 1964, 1733.

Hardwig, Werner:

- (1965) *Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt*, en GA 1965, 97

Hartung, Fritz:

- (1939) *Die Strafe bei Tateinheit*, en DR 1939, 1484.

- (1954) *Subsidiarität der Verkehrsübertretungen?*, en NJW 1954, 587.

Hassemer, Volker:

- (1974) *Delictum sui generis*, Köln/Berlin/Bonn/München 1974.

Heinemann, Hugo:

- (1893) *Die lehre von der Idealkonkurrenz*, Berlin 1893.

Herzberg, Rolf Dietrich:

- (1972a) *Ne bis in idem - Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, en JuS 1972, 113

- (1972b) *Konkurrenzverhältnisse zwischen Betrug und Erpressung - BGHSt 23,294*, en JuS 1972, 570.

Hettinger, Michael:

DR. JEAN PIERRE MATUS A.

- (1982) *Das Doppelverwertungsverbot bei Strafraumenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB)*, Berlin 1982.

Hippel, Reinhard von:

- (1995) *Comentario al fallo BGH v. 24.3.94 (4 StR 656/93)*, en JR 1995, 123.

Hippel, Robert v.

- (1930) *Deutsches Strafrecht in 2 Bänden, Band 2.: Das Verbrechen, allgemeine Lehren*, Berlin 1930.

Hirschberg, Rudolf:

- (1934) *Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz*, en ZStW 53 (1934), 34.

Hoegel:

- (1916) *Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft und Eventualvorsatz*, en ZStW 37 (1916), 826.

Honig, Richard:

- (1927) *Straflose vor- und Nachtat*, Leipzig 1927.

Höpfner, Willhelm:

- (1901) *Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung, Bd. I*, Berlin 1901.

Horstkotte, Hartmuth:

- (1977) *Zusammentreffen von Milderungsgründen (§ 50 StGB)*, en *Festschrift für Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 1977, 265.

Hruschka, Joachim:

- (1967) *Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten*, en GA 1967, 42.
- (1968) (1983) *Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen*, en *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München 1983, 257
- (1969) (1988) *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: systematische entwickelte Fälle mit Lösungen zum AT, 2. Aufl.*, Berlin/New York 1988.

Huschka, Hubert:

- (1960) *Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen?*, en NJW 1960, 1189.

Jagusch, Heinrich:

- (1957) *Vorbemerkungen zur §§ 73 ff. StGB*, en *Leipziger Kommentar*, 8. Aufl., Berlin 1957, 597.

Jakobs, Günther:

- (1970) *Comentario al fallo BGH 8.10.1968*, en NJW 1969, 437.
(1991) *Strafrecht AT, die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich:

- (1955) *Die Konkurrenz*, en ZStW 67 (1955), 529.
(1988) *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4. Aufl., Berlin 1988.

Joerden, Jan C.:

- (1984) *Die "Verdoppelung" -ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts*, en GA 1984, 249.

Kaufmann, Armin:

- (1956) *Comentario al fallo BGH de 28.2.1956*, en JZ 1956, 606.

Kienapfel, Diethelm:

- (1984) *Strafrecht AT*, 4. Aufl., Berlin 1984.

Kindhäuser, Urs:

- (1990) *Comentario al fallo BGHSt 36, 130*, en JR 1990, 520.

Klass, Gerhard:

- (1960) *Das Zusammentreffen von Qualifizierten und Privilegierten Delikten, unter besonderer Berücksichtigung der Eigentumsdelikte*, Tesis doctoral, Frankfurt 1960.

Klug, Ulrich:

DR. JEAN PIERRE MATUS A.

(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.

(1917) *Deutsches Strafrecht AT*, Leipzig 1917.

Kohlmann, Günter:

(1964) *Schließt die Verjährung der Vortat auch die Bestrafung wegen der Nachtat aus?*, en JZ 1964, 492.

Köstlin, Cristian:

(1855) *System des deutschen Strafrechts. Erste Abteilung, AT*, Tübingen 1855.

Krauß, Detlef:

(1965) *Zum Begriff der straflosen Nachtat*, en GA 1965, 173.

Kühl, Kristian:

(1978) *Das leidige Thema der Konkurrenzen*, en JA 1978, 475.

(1994) *Strafrecht AT*, München 1994.

Lackner, Karl:

(1958a) *Opinión en la Gran Comisión para la reforma del derecho penal*, en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 2. Bd AT, 23. Sitzung*, Bonn 1958, 299.

(1958b) *Planteamiento del Ministerio Federal de Justicia ante la Gran Comisión para la reforma del derecho penal*, en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 2. Bd, Anhang Nr. 63*, Bonn 1958, 201.

(1993) *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 20., neubearbeitete Auflage des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Hermann Maassen begründeten Werkes*, München 1993.

Laubenthal, K.:

(1988) *Comentario al fallo BGH v. 12.4.88*, en JR 1988, 334

Lent, Friedrich:

(1912) *Die Gesetzeskonkurrenz in Bürgerlichen Recht und in Zivilprozeß Bd. I*, Leipzig 1912.

Lippold, Reiner:

(1985) *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von der Konkurrenz*, Heidelberg 1985.

Liszt, Franz von:

(1884) *Lerhbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl.*, Berlin/Leipzig 1884.

(1897) *Lerhbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl.*, Berlin 1897.

(1903) *Lerhbuch des deutschen Strafrechts, 12-13. Aufl.*, Berlin 1903.

(1929) *Tratado de Derecho penal, t. III*, 18ª ed. (3ª ed. en castellano), tra-

ducción de Luis Jiménez de Asúa, Madrid 1929.

Liszt, Franz v./Schmidt, Eberhard:

(1932) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. neubearbeitete von Schmidt, Eberhard*, Berlin/Leipzig 1932.

Lobe:

(1925) *Einleitung zum Leipziger Kommentar, 3. Aufl.*, Leipzig 1925.

Maatz, Kurt:

(1995) *Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand ein vollendeten milderer Delikts verdrängen?*, en NStZ 1995, 211.

Maiwald, M.:

(1964) *Die Natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg 1964.

Marschall, Karl/Vlcek, Adalbert:

(1974) *"In dubio mitius" als Auslegungsrundsatz im neuen Strafrecht*, en ÖJZ (Österreichische Juris Zeitung) 1974, 389, 425 y 449.

Matus Acuña, Jean Pierre:

- (1994) *La ley penal y su interpretación*, Santiago 1994.
- (1996) *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, U. Autónoma de Barcelona, Bellaterra 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.
- (1956) *Comentario al fallo OLG Bremen de 26.10.55*, en JZ 1956, 256.

Maurach, Reinhart/Gössel, Heinz:

- (1989) *Strafrecht AT, ein Lehrbuch, Teilband 2., 7. Aufl.*, Heidelberg 1989.

Mayer, Hellmuth:

- (1953) *Strafrecht AT*, Stuttgart/Köln 1953.

Mayer, Max Ernest:

- (1915) *Der allgemaine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1915.

Maynar Bernales, Manuel:

- (1906) *El Art. 90 del código penal*, en RT 1906, 741.

Merkel, Adolph:

- (1871) *Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen (Lehre von der Verbrechenconcurrentz)*, en Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.): *Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II, Allgemeiner Teil*, Berlin 1871, 571.
- (1877) *Die Ideale Konkurrenz*, en Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.): *Handbuch des deutschen Strafrechts (Ergänzungen zum deutschen Strafrecht) Bd. IV*, Berlin 1877, 225.
- (1889) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889.

(s/f) *Derecho Penal, t. I. Traducción de P. Dorado Montero*, Madrid
s/f.

Merkel, Paul:

(1908) *Konkurrenz*, en Birkmeyer, Karl v. (Hrsg.): *Vergleichende Darstellung der deutschen und ausländischen Strafrechts AT*, Bd. V, Berlin 1908, 269.

Meyer, Hugo:

(1895) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., Leipzig 1895

Mezger, Edmund:

(1937) *Comentario al fallo RG 70, 357*, en JW 1937, 627.

(1940) *Comentario al fallo RG 73, 148*, en DR 1941, 921

(1949) *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Berlin/München 1949.

Mitsch, Wolfgang:

(1993) *Gesetzeseinheit im Strafrecht*, en JuS 1993, 471.

Mohrbotter, Kurt:

(1968) *Zur mitbestraften Vortat bei Raub und Erpressung*, en GA 1968, 112.

Montenbruck, Axel:

(1983) *Strafraahmen und Strafzumessung*, Berlin 1983.

Nagler, Johannes:

(1944) *Vorbemerkungen zur 1. Teil, 5. Abschnitt des Strafgesetzbuchs*, en *Leipziger Kommentar*, 6. Aufl., Berlin 1944, 548.

Niese, Werner:

(1953) *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, en JZ 1953, 73.

(1954) *Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz*, en *Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I*, Bonn 1954, 55.

Olshausen, Justus:

DR. JEAN PIERRE MATUS A.

- (1892) *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, erster Band, 4. Aufl.*, Berlin 1892.

Oppenhof, Theodor:

- (1891) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 12. Aufl.*, Berlin 1891.

Otto, Harro:

- (1992) *Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl.*, Berlin 1992.

Paulusch, Bernd-Artuhr:

- (1971) *Strafbare Nachtaten und tatbestandlose Nachhandlungen, ein Beitrag zur lehre von der Strafloren Nachtat*, Tesis doctoral, München 1971.

Peñaranda Ramos, Enrique:

- (1991) *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid 1991.

Peters, Karl:

- (1944) *Einheitsstrafe bei Verbrechensmehrheit*, en *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin 1944, 199.

Politoff L., Sergio:

- (1997) *Derecho penal*, Santiago 1997.

POLITOFF, Sergio / BUSTOS, Juan / GRISOLÍA, Francisco:

- (1971) *Derecho penal, parte especial*, Santiago 1971.

Preisendanz, Holger:

- (1978) *Strafgesetzbuch: Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispilen, 30. Aufl.*, Berlin 1978.

Puppe, Ingeborg:

- (1979) *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin 1979.

- (1982) *Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, en GA 1982, 143.

- (1984) *Exklusivität von Tatbeständen*, en JR 1984, 229.

Reichardt, Carl:

- (1912) *Kurzgefaßtes Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Karlsruhe 1912.

Rödig, Jürgen:

- (1969) *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin/New York 1969.

Rudolphi, Hans-Joachim:

- (1979) *Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuschen einer Straftat- BayObLG, NJW 1978, 2563, en JuS 1979, 859.*

Samson, Erich:

- (1987) *Comentarios previos al § 52 StGB y comentarios al § 52 StGB, en Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Neuwied/Kriftel 1987.*

Sanz Morán, Ángel:

- (1986) *El concurso de delitos, aspectos de técnica legislativa*, Valladolid 1986.

Sauer, Wilhelm:

- (1955) *Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl.*, Berlin 1955.

Sauermann, Karl:

- (1927) *Der Versuch als delictum sui generis*, en *Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 227*, Breslau 1927.

Schimtt, Rudolf:

- (1962) *Vorsätzliche Tötung und Vorsätzliche Körperverletzung. Eine systematische Untersuchung im Anschluß an BGHSt 16, 122*, en JZ 1962, 389.
- (1963) *Die konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Gleichzeitig eine Besprechung von: Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, en ZStW 75 (1963), 43, 179.

Schlosky:

DR. JEAN PIERRE MATUS A.

- (1942) *Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen*, en ZStW 61 (1942), 245.

Schmidhäuser, Eberhard:

- (1975) *Strafrecht AT. Lehrbuch, 2. Aufl.*, Tübingen 1975.
(1993) *Über die strafrechtliche Konkurrenzlehre*, en *140 Jhre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg 1993, 192.

Schmidt, Richard:

- (1931) *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Leipzig 1931.

Schmidt, Rudolf:

- (1915) *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht*, München 1915.

Schneider, Egon:

- (1953) *Zur Gesetzeskonkurrenz im strafrechtlichen Gutachten*, en JZ 1953, 660.
(1956) *Comentario al fallo BGH de 28.2.56*, en NJW 1956, 1364.

Schneidewin, Karl:

- (1954) *Inwieweit ist es möglich und empfehlenswert, die Art der Konkurrenz zwischen mehreren Straftatbeständen im Gesetz auszudrücken?*, en *Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I*, Bonn 1954, 221.

Schöneborn, Christian:

- (1974) *Zum Problem der materiellrechtlichen und prozessualen Tateinheit durch "Verklammerung"*, en NJW 1974, 734.

Schönke, Adolf:

- (1951) *Strafgesetzbuch Kommentar, 5. neubearbeitete Aufl.*, München/Berlin 1951.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst:

- (1954) *Strafgesetzbuch Kommentar, 7. Aufl.*, München/Berlin 1954.
(1970) *Strafgesetzbuch Kommentar, 15. Aufl.*, München 1970.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Stree, Walter:

- (1991) *Comentarios previos a los §§ 38ss. y 52ss., y comentarios al § 73 StGB*, en Schönke, Adolf/Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl.. München 1991

Schröder, Horst:

- (1950) *Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung*, en MDR 1950, 398.
(1956) *Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten*, en NJW 1956, 1737.
(1965) *Comentario al fallo BGH 20, 235, de 7.7.1965*, en JZ 1965, 729.
(1967a) *Grundprobleme des § 49a StGB*, en JuS 1967, 289.
(1967b) *Comentario al fallo BGH de 7.2.1967*, en JZ 1967, 369.
(1967c) *Comentario al fallo BGH de 30.6.1967*, en JZ 1967, 709.
(1969) *Comentario al fallo BGH de 8.10.68*, en JR 1969, 265.

Schünemann, Bernd:

- (1968) *Die Stellung der Unterschlagungstatbestände im System der Vermögensdelikte - BGHSt 14, 38*, en Jus 1968, 114.
(1980) *Raub und Erpressung*, en JA 1980, 349, 193 y 486.

Schütze, Reinhold:

- (1874) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl.*, Leipzig 1874.
(1883) *Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage*, en ZStW 3 (1883), 48.

Schwarz:

- (1939) *Die Straffestsetzung bei der Tateinheit*, en ZAkDR 1939, 672.

Seebald, Rudolf:

- (1975) *Die mißverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen*, en GA 1975, 230.

Seir, Jürgen:

- (1983) *Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen*, en Jura 1983, 225.

Siegert:

- (1933) *Beihilfe zur straflosen Nachtat*, en GA 1933, 98.

Singer, August:

(1904) *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin 1904.

Stratenwerth, Günther:

(1981) *Strafrecht AT I: die Straftat, 3. neubearbeitete Aufl.*, Köln/München 1981.

Stratenwerth, Günther:

(1982) *Schweizerisches Strafrecht AT I*, Basel 1982.

Suárez Montes, Rodrigo Fabio:

(1983) *Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la reforma de 1983*, en La Ley 1983-4, 1286.

(1985) *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, en Revista Jurídica de Asturias 1985, 189.

Thomsen, Andreas:

(1906) *Das deutsche Strafrecht AT*, Berlin 1906.

Tiedemann, Klaus:

(1987) *Grundzüge der Konkurrenzlehre*, en JuS-Lernbogen 3/1987, 17.

Timpe, G.:

(1983) *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlin 1983.

Vogler, Theo:

(1979) *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, en *Festschrift für Paul Bockelmann*, München 1979, 715.

(1985) *Comentarios previos y posteriores al § 52 StGB*, en *Leipziger Kommentar, 10. Aufl.*, Berlin 1985.

Voll, Gustav:

(1958) *Konkurrenzen*, en *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 2. Bd, Anhang Nr. 60*, Bonn 1958, 165.

Wachenfeld, Friedrich:

(1893) *Theorie der Verbrechenkonkurrenz*, Berlin 1893.

(1914) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, München 1914.

Wächter, Carl:

LA TEORÍA DEL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES EN LA DOGMÁTICA ALEMANA,...

(1825) *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, Stuttgart 1825.

(1881) *Deutsches Strafrecht. Vorlesungen*, Leipzig 1881.

Wagner, Heinz:

(1976) *Comentario al fallo BGH de 21.4.1978, BGHSt 28, 11*, en JR 1976, 293.

Warda, Günter:

(1964) *Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre*, en JuS 1964, 81.

Wegner, Hans-Joachim:

(1967) *Die <<dauernde Einstellung>> nach § 224 StGB - Gesetzeskonkurrenz mit § 223a StGB*, en NJW 1967, 671.

Wegscheider, Herbert:

(1980) *Echte und scheinbare Konkurrenz*, Berlin 1980.

Welzel, Hans:

(1963) *Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten*, en *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn 1963, 242.

(1969) *Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl.*, Berlin 1969.

Wessels, Johannes:

(1993) *Strafrecht AT, 23. Aufl.*, Heidelberg 1993.

Widman, Hans Joachim:

(1966) *Zur Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bei gleichzeitigem Vorliegen eines sogenannten erfolgsqualifizierten Deliktes*, en MDR 1966, 554.

Wolter, Jürgen:

(1974) *Verurteilung aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat?*, en GA 1974, 161.

Zipf, Heinz:

(1969) *Die Strafmaßrevision*, München 1969.

DR. JEAN PIERRE MATUS A.