

El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de León

SUMARIO: 1. Ambito de este trabajo.—2. Unificación o diferenciación de los concursos ideal y real. Los sistemas de «pena global» y de «pena unitaria»: a) La ventaja metodológica; b) La ventaja práctica; c) Las ventajas materiales; d) Las ventajas político-criminales; e) Otras ventajas.—3. Crítica del sistema de «pena unitaria».—4. El principio non bis in idem y la prohibición de doble valoración de unas mismas circunstancias de hecho: a) Planteamiento; b) Aproximación conceptual; c) Antecedentes normativos; d) El principio non bis in idem y la Constitución Española de 1978; e) Fundamento del principio; f) Consecuencias para la teoría del concurso; g) Conclusiones.—5. El concurso real y el principio de acumulación.—6. Los límites a la acumulación.—7. Delito continuado y delito masa.—8. El concurso ideal y el concurso medial.—9. El concurso de leyes.—10. El concurso de penas y medidas de seguridad.—11. El concurso de medidas de seguridad.—12. El concurso de consecuencias accesorias.—13. El artículo 76 del Borrador.

1. AMBITO DE ESTE TRABAJO (1)

El objetivo que se pretende en las páginas que siguen es el análisis de la teoría del concurso en el «Borrador de Anteproyecto de la Parte

(1) Ponencia impartida en el encuentro sobre «La reforma del Código Penal», organizado por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo en Santander, del 24 al 26 de julio de 1991.

Abreviaturas utilizadas: *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *AP*: Actualidad Penal; *BOC*: Boletín Oficial de las Cortes Generales; *BOE*: Boletín Oficial del Estado; *REDA*: Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo; *REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional; *RFDUC*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; *RGD*: Revista General de Derecho; *STC*, *SSTC*: sentencia, sentencias del Tribunal Constitucional; *StGB*: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); *STS*, *SSTS*: sentencia, sentencias del Tribunal Supremo; *ZStW*: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

General del Código Penal», elaborado en el seno del Ministerio de Justicia y presentado en octubre de 1990. Pero antes de acometer ese análisis, conviene efectuar algunas precisiones sobre el objeto de investigación.

La expresión «concurso de delitos» es utilizada aquí en un sentido sumamente amplio y, además del concurso de leyes, abarca todas aquellas instituciones que requieren la aplicación de varias normas penales completas, lo que determina ciertos efectos para sus respectivas consecuencias jurídicas, pudiendo, además, provocar otros efectos en sus correspondientes supuestos de hecho. Según esta acepción, el concurso de delitos o de infracciones se contrapone a la unidad de delito, de manera que a partir de una infracción —es decir: cuando haya dos o más— podremos hablar de concurso de infracciones. En definitiva, la teoría del concurso surge de la necesidad de contar o enumerar infracciones.

En consecuencia, van a ser abordadas a continuación las figuras del concurso real, concurso ideal, concurso medial, delito continuado, delito masa, concurso de leyes e incluso otros supuestos de concurso, en particular, la concurrencia de medidas de seguridad y de consecuencias accesorias.

Frecuentemente me remitiré a un libro mío que se encuentra en fase de publicación, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, donde intento fundamentar más extensamente algunas de las tesis que se van a sostener a lo largo del presente trabajo, tesis que, evidentemente, no podrán ser desarrolladas en estas páginas con la suficiente extensión. No obstante, para comenzar sí me parece imprescindible dedicar una cierta atención al problema de si las figuras del concurso ideal y del concurso real deben unificarse o, por el contrario, deben mantenerse diferenciadas, como ocurre en el Código Penal vigente y en el Borrador de 1990, pues esta alternativa condiciona toda la teoría del concurso.

2. UNIFICACION O DIFERENCIACION DE LOS CONCURSOS IDEAL Y REAL. LOS SISTEMAS DE «PENA GLOBAL» Y DE «PENA UNITARIA»

Desde sus orígenes, la distinción entre unidad y pluralidad de acciones y la correlativa entre concurso ideal y concurso real han estado sometidas a graves objeciones. En la ciencia penal alemana muchas voces se han manifestado a favor de la supresión de estos dos grupos de conceptos contrapuestos (2). Por lo general, esta corriente doctrinal coincide en que las dos modalidades concursales deben uni-

(2) Cfr. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logischen Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, 1979, p. 9, con indicaciones bibliográficas en nota 1.

ficarse y ser objeto de una misma consecuencia jurídica. Pero, al margen de este punto de vista coincidente, las discrepancias se plantean en el momento de elegir esa consecuencia jurídica unitaria. Por una parte, un sector doctrinal preconiza el sistema de la absorción o el de la combinación, es decir, la consecuencia jurídica que se ha aplicado o se aplica en Alemania al concurso ideal; Honig (3), Geerds (4), Jescheck (5), Schmitt (6), Jakobs (7) (8), y todos los Proyectos legislativos alemanes desde el de 1922 de Radbruch hasta el *Alternativ Entwurf* de 1966 —con la sola excepción del Proyecto oficial de 1962— (9), representan en Alemania a este sector, que defiende lo que se ha denominado sistema de «pena unitaria». También en España hay autores que, o bien se han mostrado favorables a la pena unitaria, como Cuello Contreras (10), o bien son partidarios de superar la distinción concurso real/concurso ideal, como Vives Antón (11), aunque en este último caso sin indicar el sistema que debería ocupar su lugar.

Por otro lado, ha existido un grupo doctrinal que también rechazaba las distintas consecuencias jurídicas dispuestas en el Derecho positivo para el concurso real y el concurso ideal, pero proponían su unificación mediante el sistema de penalidad previsto para el concurso real. Binding (12) y Coenders (13), entre otros (14), combatieron con gran acritud la regulación legal del concurso en el antiguo StGB alemán, proponiendo la extensión de la consecuencia jurídica del concurso real —pena global o acumulación, en ocasiones con límites— a los supues-

(3) Cfr. Honig, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, 1925, pp. 57 y ss.

(4) Cfr. Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 458 y ss.

(5) Cfr. Jescheck, «Die Konkurrenz», *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 542 y ss.

(6) Cfr. Schmitt, «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Gleichzeitig eine Besprechung von Geerds: Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht», *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 194 y ss.

(7) Cfr. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 713 y 734 y ss., si bien este autor está en contra de aplicar una sola pena para una «masa indiferenciada de injusto» (p. 713).

(8) Más indicaciones bibliográficas en Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 487/488, nota 327.

(9) Cfr. Geerds, *Zur Lehre*, cit., pp. 488 y ss., respecto a los Proyectos anteriores a 1961. Cfr. también Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194.

(10) Cfr. Cuello Contreras, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal», *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 49 y ss. y 74 y ss.

(11) Cfr. Vives Antón, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 42.

(12) Cfr. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 571 y nota 5.

(13) Cfr. Coenders, *Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz*, 1921, pp. 8 y 45 y ss.

(14) Cfr. más indicaciones bibliográficas en Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 9, nota 3; y en Geerds, *Zur Lehre*, cit., p. 488, nota 328.

tos del concurso ideal. Esta tendencia, que se suele designar con la expresión de «pena global», no ha tenido, sin embargo, continuidad actualmente en la República Federal. Hoy día nadie defiende que la infracción de dos o más leyes mediante una acción sea sancionada de la misma manera que el concurso real. Las objeciones que se dirigen contra los partidarios de la pena global pueden resumirse en las siguientes palabras de Jescheck: «La pretensión de asignar penas individuales para cada uno de los tipos que concurren idealmente conduciría a la ruptura de unidades de sentido que forman un conjunto y llevaría al extremo, de una forma tremendamente complicada y teórica, la simple consideración de las consecuencias del hecho punible» (15).

La aceptación generalizada de estas razones metodológicas y prácticas contra el sistema de pena global, ha convertido en predominante la tesis de la pena unitaria, expuesta en primer lugar. Es preciso subrayar en este sentido que el *Alternativ Entwurf*, suscrito por muy relevantes Profesores alemanes y suizos de Derecho Penal, abogó por la pena unitaria. Pero, sin embargo, y curiosamente, esta tesis no triunfó en la reforma definitiva del StGB alemán (16). En efecto, los actuales parágrafos 52 y siguientes del vigente StGB continúan plasmando la distinción entre concurso ideal y concurso real, que merecen tratamientos penales diferenciados.

A pesar de todo, se siguen produciendo propuestas *de lege ferenda* favorables a la pena unitaria. Ya he indicado que algunos autores españoles han efectuado manifestaciones en este sentido. Y también he expresado que, no obstante, el Borrador de 1990 mantiene la tradicional distinción entre las dos modalidades básicas concursales. Pero las manifestaciones del sector científico español —ciertamente minoritario— que rechazan esa distinción dan la impresión de que gran parte de los problemas concursales que hoy se suscitan se podrían resolver de un plumazo mediante el recurso de la pena unitaria. Además, si cualquier modalidad concursal es sancionada con una sola pena, se acortan las distancias entre la unidad de delito y el concurso de infracciones. Se dice, incluso, que la figura del delito continuado sería improcedente, pues ya no habría necesidad de eludir el sistema de la acumulación (17). Por todas estas razones pienso que es conveniente profundizar algo más en los postulados de esta tesis.

(15) Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 542; en sentido similar, cfr. las indicaciones bibliográficas ofrecidas por Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., 1979, p. 9, nota 5.

(16) Sobre la discusión en el seno de la Gran Comisión de Derecho Penal y el triunfo en ella del mantenimiento del *status quo* concursal (apoyado por los penalistas prácticos y rechazado por los teóricos), cfr. Geerds, *Zur Lehre*, cit., p. 492, y Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 195.

(17) En este sentido: Honig, *Studien*, cit., 1925, p. 65; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 498; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 181 y 184.

La técnica de la pena unitaria se presenta por sus partidarios como un modelo de sencillez: se trata de soslayar el desvío que suponen las penas individuales (18), evitando de este modo la «contabilidad formalista» que hoy impera en la teoría del concurso (19). La pena unitaria pretende acabar con las «matemáticas para el cálculo de la pena» que se precisan en el concurso real (20); hay quien dice que con el sistema de la pena unitaria «desaparecen además las penas individuales, que en la práctica son en gran parte ficticias, como presuntos “factores decisivos” de la pena global» (que, como sabemos, es el sistema propio del concurso real en el Derecho Penal alemán) (21). En cuanto a la concreta consecuencia jurídica que se propone para el sistema de pena unitaria, por lo general se apunta al criterio de la combinación. Este principio de combinación es presentado como el más adecuado para tener en cuenta todas las leyes penales infringidas y no sólo la más grave (22). Lo característico de la combinación es que establece un marco penal dentro del cual deberá imponerse la pena definitiva; el límite máximo de ese marco se determina eligiendo el límite máximo más elevado de las penas individuales; mientras que el límite mínimo del marco se obtiene de aquel límite inferior que sea el más elevado de todas las penas individuales (23). Además de esto, se propone una exasperación facultativa, conforme a la cual sea posible llegar hasta el doble de la pena más grave (24), o bien aumentarla en la mitad de su gravedad (25). Asimismo, junto a la pena definitiva a señalar dentro de ese marco, se indica la necesidad de imponer, obligatoria o facultativamente, penas accesorias o medidas de seguridad (26). En España, Cuello Contreras se ha manifestado también favorable a un modelo de combinación muy similar al que se acaba de señalar (27).

(18) Así Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 542/543.

(19) En este sentido, Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 75/76.

(20) La expresión «*Strafberechnungsmathematik*» procede de Eberhard Schmidt; cfr. al respecto Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 492.

(21) Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 498.

(22) Cfr. Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 458 y 495 y ss.

(23) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, IV, b, 4.

(24) En este sentido, Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 546; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 499-501.

(25) Así, Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194, con el argumento de que, a la vista de que los tribunales suelen imponer la pena definitiva en los márgenes inferiores del marco penal, no parece razonable proponer un marco penal muy elevado, que por lo general no sería utilizado.

(26) Así, Honig, *Studien*, cit., 1925, pp. 55/56; Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 547/548; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 502; Schmitt, *ZStW*, 1963, p. 194, donde se remite a la p. 186.

(27) Cfr. Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 79/80.

En lo que no se ponen de acuerdo los partidarios de la pena unitaria es si con este sistema debe desaparecer o no totalmente la distinción entre concurso real y concurso ideal. Los más radicales rechazan totalmente esa contraposición; según ellos, la ley no debe mencionar siquiera si las infracciones se han llevado a cabo con una o varias acciones (o hechos); desde esta perspectiva, se considera que no es posible definir en general ni la unidad ni la pluralidad, con lo que cae por su base la contraposición —que es la piedra angular de la teoría tradicional del concurso— entre unidad y pluralidad de acciones, y con ella las dos diferentes modalidades concursales: concurso ideal y concurso real (28). La postura más moderada sostiene, por el contrario, que la diferenciación entre concurso real y concurso ideal no se convierte en irrelevante, aunque se implante el sistema de pena unitaria; el que las infracciones se hayan cometido mediante una o varias acciones (o hechos), cumple un papel en la determinación de la pena definitiva, pues no es lo mismo que el autor realice los tipos mediante una sola acción que mediante varias; e igualmente la distinción sigue siendo necesaria para la resolución de los problemas procesales que se plantean en el concurso real con la denominada «formación posterior de la pena unitaria», esto es, cuando tras el enjuiciamiento de las infracciones que concurren realmente se descubre un hecho que podría haber sido visto en aquel enjuiciamiento (29). Según esta tesis, deben desaparecer los diferentes tratamientos que la ley otorga al concurso real y al concurso ideal, unificándose ambos en una misma consecuencia jurídica, pero hay que seguir manteniendo conceptualmente la contraposición concurso real/concurso ideal por los diferentes efectos de otro orden que cada modalidad concursal comporta. Por ello, los que así piensan reclaman que el tenor de la sentencia indique expresamente si los hechos se cometieron con unidad de acción o con pluralidad de acciones (30).

Al margen de estas discrepancias, los que abogan por la pena unitaria coinciden en resaltar las ventajas que este sistema conlleva. Veamos a continuación en qué consisten tales ventajas.

a) La ventaja metodológica

Desde un punto de vista metodológico, se argumenta que la distinción legal entre concurso real y concurso ideal representa un caso

(28) En este sentido: Coenders, *Über die Idealkonkurrenz*, cit., *passim* (aunque este autor opta por el sistema de la pena global); Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 423 y ss. y *passim*; en España, también así Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, p. 72 (aunque en p. 467, contradictoriamente, reconoce que los conceptos de unidad y pluralidad de acciones sí sirven para resolver el problema del llamado «concurso ideal homogéneo»).

(29) Esta postura moderada es sostenida por Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 545, y por Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 211 y ss.

(30) Así Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 545.

prototípico de la denostada «jurisprudencia de conceptos» (31). Según esta opinión, es un conceptualismo extremo el que impide tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la decisión de aceptar una u otra modalidad concursal, cuando en realidad es preciso que la decisión esté orientada ante todo por los efectos más convenientes para cada supuesto. Por ello se aboga por una consecuencia jurídica unitaria que prevea un amplio marco penal que permita su adaptación a los más diferentes supuestos concursales.

b) La ventaja práctica

Desde una perspectiva práctica, ya he indicado antes que se alega ante todo la facilidad con que la pena unitaria puede ser desarrollada. Si este sistema fuera más complicado que el vigente en Alemania o en España (cuyos ordenamientos optan por la diferenciación entre las dos modalidades concursales), no se entendería que la pena unitaria hubiera permanecido durante un período considerable de tiempo en países como Suiza o Austria (32). Los penalistas alemanes que la defienden destacan además que a la jurisprudencia germana nunca le ha resultado demasiado simpática la pena global que impera en el concurso real, debido a las dificultades técnicas que esta consecuencia jurídica entraña. Esta antipatía hacia el sistema de pena global ha dado lugar a dos importantes efectos. Por un lado, los tribunales alemanes han soslayado mediante un procedimiento *contra legem* el método prescrito de formación de la pena global; si la ley obligaba y obliga a determinar en primer lugar las penas individuales correspondientes a cada infracción para después configurar la pena global, el juez de aquel país tiende a formar en primer lugar la pena global y a partir de ellas determina las penas individuales, o bien sigue la pauta prevista en el StGB, pero encuentra la pena global demasiado elevada, por lo que la corrige mediante la reducción de las penas individuales (33). Por otro lado, la animadversión jurisprudencial hacia la consecuencia jurídica del concurso real, ha determinado un recorte del ámbito de la pluralidad de acciones y una consiguiente ampliación del concurso ideal e incluso de la unidad de delito; este segundo efecto, de capital importancia, ha sido puesto de relieve sobre todo por

(31) En este sentido: Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 482; Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, pp. 49 y 75.

(32) Cfr. en este sentido: Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 545; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194.

(33) Cfr. Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 532; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 472 y 477 y ss.; *Alternativ Entwurf. AT*, 1966, p. 117; *Entwurf*, 1962, p. 189; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 56.

Rudolf Schmitt (34). De estas dos realidades constatables en la praxis, los defensores de la pena unitaria extraen una enseñanza que salta a la vista: la única manera de evitar aplicaciones desviadas de preceptos que son contrarias al principio de legalidad y de impedir que se amplíen unos conceptos a costa de otros —desdibujándose así los contornos de ambos—, es acudir a la raíz del asunto y acabar con la fuente de todos los problemas, es decir, acabar con la pena global como consecuencia jurídica principal del concurso real. Por las anteriores razones prácticas la pena global debe dejar paso a la pena unitaria; la sencillez de ésta la hace preferible, frente a la complejidad —con tan funestas consecuencias— de aquélla.

c) Las ventajas materiales

A favor de la pena unitaria también se alegan argumentos de carácter material. Con el Derecho vigente son las circunstancias más casuales las que deciden sobre si hay que aplicar las reglas del concurso ideal o las del concurso real, y si la distinción se basa en la casualidad y no en razones de peso, es preciso superarla (35). Precisamente esa falta de fundamento de la distinción ha llevado a algunos autores a cuestionar su constitucionalidad; se indica en este sentido que los límites entre concurso ideal y concurso real son arbitrarios, lo que infringiría el principio constitucional de igualdad (36). Pero la objeción material más importante se dirige contra los diferentes marcos penales que se prevén legalmente para el concurso real y para el concurso ideal: el que el límite superior sea diferente en cada caso no se encuentra en absoluto justificado; expresado esto mismo con las palabras de Rudolf Schmitt: «Los que abogan por la pena unitaria no se cansarán de señalar que la coincidencia en una unidad de acción de varios tipos puede ser más merecedora de pena que la sucesión temporal de los mismos tipos. Por ello es incorrecto que en caso de pluralidad de acciones se pueda sobrepasar el marco penal del tipo más grave ([antiguo] § 74), y, sin embargo, en caso de unidad de acción, no ([antiguo] § 73). Se podrá aceptar como regla empírica el principio —que resulta básico en el Derecho concursal vigente— de que a más acciones, mayor merecimiento de pena; pero los casos excepcionales

(34) Cfr. Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 56-57; también así Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 540.

(35) Cfr. así Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 437 y s. También los que abogan por el sistema de «pena global» aducen el argumento de la causalidad, así Coenders, *Über die Idealkonkurrenz*, cit., 1921, p. 7.

(36) Así Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 440, nota 74 y p. 480; Jakobs, *AT*, cit., 1983, p. 735.

resaltados por los defensores de la pena unitaria no se pueden negar» (37). Frente a la postura tradicional, para la que la menor penalidad del concurso ideal se justifica en la menor culpabilidad por realizarse las infracciones con unidad de acción, son muchos —tanto partidarios de la pena unitaria como de la pena global— los que han resaltado que los supuestos incluidos en el concurso ideal pueden ser, aunque no necesariamente, más graves que los del concurso real (38). De ahí que se proponga la identidad de la consecuencia jurídica para las dos modalidades concursales en el sentido del principio de combinación: si no siempre está justificada una punición inferior del concurso ideal en relación al concurso real, entonces no hay ya motivos para mantener una disparidad de consecuencias jurídicas respecto a ambas modalidades concursales; el marco penal común deberá ser lo suficientemente amplio como para permitir que los casos de concurso ideal que lo merezcan sean tratados de igual forma que el concurso real.

d) Las ventajas político-criminales

En pro de la pena unitaria también se invocan razones político criminales. Normalmente los que militan en el bando de la pena unitaria se defienden de las acusaciones que se les dirige (39), especialmente la de que la pena unitaria implica un Derecho penal de autor, pero en ocasiones también hacen manifestaciones que destacan los argumentos favorables a su tesis. En este último sentido cabe resaltar la opinión de Jescheck, quien expresa que «cuando se está convencido de que toda culpabilidad tiene que ser entendida en último término como culpabilidad por la personalidad, es verdaderamente incorrecto fraccionar esta culpabilidad —que sólo se descubre ante una consideración global del proceso vital en todos sus aspectos— en distintas “culpabilidades individuales”, que sólo pueden ser partes a las que les falta una vinculación espiritual» (40). Para Jescheck las penas individuales, tal y como se determinan en el concurso real, sólo ofrecen una imagen deformada, ficticia y no exhaustiva del hecho aislado, que además no contiene los rasgos de la personalidad global del autor, y

(37) Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1962, pp. 186/187.

(38) Cfr. en este sentido: Binding, *Handbuch*, cit., 1885, pp. 575 y s.; Coenders, *Über die Idealkonkurrenz*, cit., 1921, p. 49; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 469 y 471; Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 542: «seguramente es correcto que una acumulación de tipos en una acción puede pesar más que una pluralidad de acciones punibles»; Jakobs, *AT*, cit., 1983, pp. 713 y 734 y s.

(39) Cfr., por ejemplo, Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 458; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, pp. 197-199; Cuello Contreras, *ADPCP*, t. 32, 1979, p. 77.

(40) Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 543/544.

por ello se hace precisa la corrección de las penas individuales mediante la pena global; por ello, concluye este autor, es en realidad la idea de la culpabilidad material la que habla a favor de un tratamiento equivalente de las dos modalidades concursales en la determinación de la pena (41). En definitiva, este argumento apunta al principio de que aunque los hechos a castigar sean muchos, la culpabilidad sólo puede ser única (42). Curiosamente, estas declaraciones sólo hacen referencia al principio de culpabilidad, y no mencionan la prevención especial, cuando ciertamente la pena unitaria puede, aunque no forzosamente, cumplir una función preventivo-especial (43). Y por ello no es de extrañar que el sistema de la pena unitaria lleve funcionando varias décadas, y al aparecer correctamente, en el ámbito del Derecho penal juvenil que existe en la República Federal de Alemania (44), puesto que este sector del campo punitivo persigue ante todo una finalidad educativa (45).

e) Otras ventajas

Todavía mencionan los defensores de la pena unitaria las ventajas procesales que su implantación conllevaría, en particular la reducción de los recursos por la apreciación de una u otra modalidad concursal (46).

Pero demos ya por concluidas las alegaciones en favor de este sistema. Es hora ya de someterlo a una consideración crítica.

3. CRITICA DEL SISTEMA DE «PENA UNITARIA»

Comencemos por el principio. Se dice que la distinción vigente entre concurso ideal y concurso real es fruto de un conceptualismo que hay que superar. Se demanda incluso una mayor flexibilidad en la estimación de una u otra modalidad, de manera que la decisión esté guiada más que nada por razones de justicia y de necesidad de pena.

(41) Cfr. Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, p. 544.

(42) Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, p. 459: «Pero, si bien es el hecho presupuesto de la punibilidad, sólo el hombre, es decir, el transgresor puede ser castigado»; en sentido similar, cfr. del mismo autor, *op. cit.*, pp. 440 y 475.

(43) En este sentido: Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., 1979, p. 10; Baumann/Weber, *Strafrecht. AT*, 9.ª ed., 1985, pp. 687 y s.; Sanz Morán, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 35.

(44) Cfr., por ejemplo, Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 194.

(45) Cfr. Maurach/Gössel, *Strafrecht. AT*, t. 2, 6.ª ed., 1984, pp. 422 y 431.

(46) Cfr. más extensamente, Jescheck, *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 550 y ss.; Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 517 y ss.; Schmitt, *ZStW*, t. 75, 1963, p. 203 y ss.

En esta línea se encuentra especialmente Cuello Contreras: «las disposiciones establecidas por el legislador sobre el concurso están ahí para posibilitar la solución de un problema interpretativo. Las normas del concurso no tienen la misión de llevar a cabo una tarea valorativa, no exigiéndose al intérprete, pues, la interpretación de lo que el legislador haya querido desvalorar en ellas. Por el contrario, las normas concursales se limitan a facilitar la determinación de la pena una vez resuelto el problema a que sus distintas modalidades (concurso de leyes, ideal y real de delitos) hacen referencia. Resuelto el problema interpretativo previo, podrá decidirse el recurso a la aplicación de uno u otro precepto concursal. En este sentido, es en el que queremos hablar del carácter *abierto* de la normativa concursal» (47).

Las palabras de Cuello suscitan la duda de si más que una superación de una jurisprudencia de conceptos, lo que se pretende es una simple creación libre del Derecho (48). Sea como fuere, coincido con la idea de que toda interpretación debe tener muy en cuenta los resultados que se alcanzan con las distintas tesis que se ofrecen antes de adoptar una decisión; pero también es cierto que las normas concursales contienen —además de una consecuencia jurídica— un supuesto de hecho que no se puede eludir a voluntad. En las normas concursales rigen asimismo los principios de legalidad y seguridad jurídica. Pues si la interpretación de las infracciones de la Parte Especial del Código ha de estar guiada por estos principios, no veo por qué razón deben estar ausentes en la interpretación de las normas que resuelven la confluencia de varias infracciones, es decir, de los preceptos concursales. La elección de una modalidad concursal no puede depender tan sólo de si el resultado que así se alcanza es justo o no: el supuesto de hecho, el «tipo concursal» en expresión de Mir Puig (49), también debe jugar un papel. De ahí que la crítica del conceptualismo dirigida contra la regulación hoy imperante carezca de vigor si lo que se persigue es sustituirla por una «tópica concursal».

Por otra parte, desde un punto de vista metodológico se niega la posibilidad lógica de definir la unidad y la pluralidad (50), con lo que a renglón seguido decaería también la posibilidad de distinguir el concurso ideal del concurso real. Pero esta objeción no es capaz de convencer: lo único se debe poder separar de lo plural, precisamente por

(47) Cuello Contreras, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito *sui generis*», *ADPCP*, t. 31, 1978, pp. 67-68.

(48) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., 1983, pp. 60-61, indica que esta concepción se caracteriza por la circunstancia de que «la voluntad de alcanzar una decisión previamente determinada dirige la elección de aquellos pasajes legales que fundamentan la decisión».

(49) Cfr. Mir Puig, «Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos», *ADPCP*, t. 40, 1987, p. 203 y ss.

(50) Así Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 431 y ss.

los dictados de la lógica y de las matemáticas. Contar delitos no es especialmente difícil, lo difícil es ponerse de acuerdo en relación a la perspectiva que hay que adoptar para determinar la unidad de delito. Pero la función de la normativa concursal —ya lo he indicado al comienzo de estas páginas— es ante todo contar, enumerar delitos (51), y después determinar las consecuencias jurídicas que les corresponden.

Sometamos ahora a examen las ventajas prácticas que supondría la pena unitaria. Se expresa que este sistema acaba con la absurda contabilidad que conlleva determinar las penas individuales correspondientes a cada una de las infracciones; para formar la pena unitaria no hay que partir, según esto, de las penas individuales; en este sentido Geerds llega a manifestar lo siguiente: «es en sí mismo indiferente que en la determinación de la pena unitaria se parta de las infracciones individuales o de la sanción definitiva que se debe imponer» (52). Pero esta declaración no se acaba de entender: si los partidarios de la pena unitaria proponen como consecuencia jurídica el criterio de la combinación, no tienen más remedio que comenzar por determinar las penas individuales. Pues para fijar el límite máximo del marco penal resultante de la combinación hay que saber cuál es la pena individual más grave, y para saber esto hace falta comparar previamente las penas individuales *ya determinadas*; e igualmente, la concreción del límite mínimo exige conocer cuál de las penas individuales cuenta con el tope inferior más elevado, con lo que nuevamente se requiere que las penas individuales hayan sido *determinadas*. El principio de la combinación exige, pues, en cualquier caso la determinación de la sanción que corresponde a cada una de las infracciones. Luego no es coherente criticar el formalismo aritmético de la regulación vigente del concurso real en Alemania y luego, para sustituirlo, disponer un criterio que está basado igualmente en un cierto «formalismo». Pero es que además, tal «formalismo» legal —la determinación previa de las penas individuales— no es soslayable de ninguna manera, porque constituye una garantía indeclinable de la teoría del concurso derivada del principio de la responsabilidad por el hecho; por muy engorroso que ello sea, cualquier consecuencia jurídica concursal debe partir de las penas individuales (53).

Como ya indiqué, la discusión sobre la pena unitaria comienza a suscitarse para evitar interpretaciones desviadas de la jurisprudencia alemana: ante las dificultades para formar la pena global, los tribunales siguen procedimientos poco ortodoxos para su desarrollo y preten-

(51) Cfr. en este sentido Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., pp. 11 y 312; Maurach/Gössel, *AT*, t. 2, 6.ª ed., 1984, pp. 358 y 360.

(52) Geerds, *Zur Lehre*, cit., 1961, pp. 512/513.

(53) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., VIII.

den eludir la regulación legal mediante una interpretación forzada de otros conceptos, como el concurso ideal o la unidad de delito; la institución del delito continuado encaja precisamente en esta tendencia. Resulta fundamental conocer estas orientaciones jurisprudenciales, porque arrojan una luz considerable sobre toda la problemática concursal. En la labor de interpretación jurídica suele ocurrir frecuentemente que se entiende el problema, pero no se alcanza a ver el origen del problema. Pues bien, esa «huida» del concurso real puede explicar el origen de muchas dificultades que se plantean en este ámbito. Lo que ya no está tan claro es que una interpretación *contra legem* sólo pueda ser atajada con una reforma legislativa encaminada a establecer la pena unitaria. Es cierto que, a veces, la única manera de contrarrestar opiniones jurisprudenciales que se estiman incorrectas, sólo puede venir de la mano del legislador, pues la independencia del Poder judicial no admite ninguna injerencia. Pero toda reforma legislativa requiere una legitimación y una justificación. Y aquí pueden faltar, porque lo que sí es posible exigir al juez, es que se vincule a la ley: ante una práctica que se aparta de la norma, debe reclamarse una correcta aplicación del Derecho. Por eso no encuentro todavía un fundamento que justifique la reforma de la teoría concursal en el sentido de la pena unitaria.

Quiero referirme ahora a la faceta político-criminal de la pena unitaria. Jescheck defiende este sistema con el argumento de que la culpabilidad es indivisible, de modo que no es susceptible de ser fraccionada en «culpabilidades individuales». Ahora bien, el Derecho penal está basado en el principio de la responsabilidad por el hecho, de lo que se deriva que cada realización de un tipo de injusto por un sujeto que es capaz de ser motivado por la norma origina una responsabilidad concreta e individual. El sistema seguido en España y Alemania, consistente en tipificar hechos punibles, obliga a recortar responsabilidades, por lo menos en lo que al Derecho penal de adultos se refiere. Luego no es cierto que la culpabilidad sea infraccionable, es que, por el contrario, la culpabilidad es por esencia fraccionable: a tantos tipos de injusto realizados por un sujeto culpable le corresponderán tantas responsabilidades, pudiendo ser distinta la culpabilidad respecto a cada tipo de injusto (54). Lo que obviamente es indivisible es el responsable, el sujeto infractor de la norma.

Se suele decir en contra de la pena unitaria que cae en un Derecho penal de autor, lo que resulta contrario a los principios jurídico-penales vigentes. Pero como ha resaltado Puppe esta crítica sólo

(54) Pues es perfectamente posible que un mismo sujeto realice diversos tipos de injusto y cada uno represente distinta culpabilidad: un hecho cometido con plena imputabilidad y conciencia de antijuridicidad, otro cometido bajo un trastorno mental transitorio incompleto, un tercero realizado con error de prohibición vencible, etc.

puede tener fuerza de convicción si el método de determinación de la pena unitaria no partiera de los hechos individuales y se sirviera de la síntesis de todos ellos para llegar a una sanción que se sintiera como justa y adecuada a la personalidad del autor; pero si la determinación de la pena unitaria se lleva a cabo mediante el criterio de la combinación, como ciertamente proponen sus partidarios, no se puede formular entonces la acusación de que se está derivando hacia un Derecho penal de autor (55). Efectivamente: cuando la pena unitaria es sólo el reflejo más o menos aproximado de una pluralidad de infracciones y no el resultado que se deriva de combinar las penas individuales, lo único que sintetiza esa pluralidad de infracciones es el responsable de las mismas, convirtiéndose su personalidad y su conducta de vida en el auténtico objeto de enjuiciamiento (56). Además, si las penas individuales no jugaran un papel fundamental en la determinación de la pena unitaria, se plantearía la dificultad de cómo llegar a una pena definitiva: «Actualmente no tenemos otro medio para medir la maldad o la enfermedad social del autor que la valoración de los hechos por él cometidos. Debemos descubrir al autor por sus frutos. Al ser humano le queda impedida la visión definitiva del alma ajena» (57).

Pero si la pena unitaria se concreta en el principio de combinación, las objeciones que se han expuesto carecen de contundencia. Pues en tal caso el juez está obligado a contar las realizaciones de tipos y a determinar las penas individuales que les corresponden. Es decir, que queda vinculado al principio de la responsabilidad por el hecho. En definitiva, la tesis de la pena unitaria se convierte en promotora no de una nueva y distinta consecuencia jurídica concursal, puesto que el principio de combinación ya es conocido, sino en un intento de unificar el tratamiento del concurso ideal y del concurso real. Lo novedoso del sistema de pena unitaria no es pues la consecuencia jurídica sino el supuesto de hecho de esa consecuencia jurídica —el tipo concursal—, esto es, la desaparición de las diferencias entre las dos modalidades concursales.

(55) Cfr. Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 13. En sentido similar Sanz Morán, *El concurso*, cit., 1986, p. 36.

(56) En este sentido Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 11. De forma semejante, *Entwurf*, 1962, p. 190; Jakobs, *AT*, 1983, p. 713 («Ciertamente un pena unitaria como pena para una masa indiferenciada de injusto contradice el principio del hecho»); Maurach/Gössel, *AT*, t. 2, 6.ª ed., 1984, p. 422 («cierta inseguridad en los factores que fundamentan irracionalmente la pena unitaria»); Sanz Morán, *El concurso*, cit., 1986, p. 35.

Incluso un partidario de la pena unitaria como es Schmitt, reconoce que el peligro de una consideración insuficiente de las acciones individuales y de su relación recíproca es mayor en la configuración de la pena unitaria que en la de las penas individuales.

(57) Baumann/Weber, *AT*, 9.ª ed., 1985, p. 688.

De todo lo anterior cabe extraer la conclusión de que las pretendidas ventajas metodológicas, prácticas o político-criminales de la pena unitaria no son tales si este sistema opta por el principio de la combinación. Pues la combinación es una consecuencia concursal más, que ya goza hoy en día de reconocimiento legal en Alemania al estar introducida en el § 52 del StGB. Pero queda por dilucidar si la pena unitaria, en el sentido de unificar los concursos real e ideal, está justificada. Y para ello se requiere otro tipo de argumentación: la de carácter material. Precisamente no he sometido a crítica los argumentos de esta naturaleza aducidos por los partidarios de la pena unitaria para deslindar problemas que merecen una consideración separada. El apartado siguiente estará dedicado al análisis de estos aspectos y especialmente a investigar si resulta justificada la identidad de las consecuencias jurídicas concursales para las dos especies concursales. Como conclusión del presente apartado basta con retener lo siguiente: el sistema de pena única, en cuanto precociza el criterio de la combinación, no es la panacea de todos los males concursales.

4. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y LA PROHIBICION DE LA DOBLE VALORACION DE UNAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO

a) **Planteamiento**

Debemos centrarnos ahora en la cuestión de si es posible unificar el tratamiento del concurso real y del concurso ideal. Pero para llegar hasta este punto resulta imprescindible indagar sobre el fundamento y naturaleza de las dos modalidades concursales. Si ambas responden a unos mismos criterios, no habrá obstáculos para abogar por su unificación; es más, caso de que prevaleciera esa hipótesis, se debería dar la razón a los partidarios de la pena unitaria y, de conformidad al principio de igualdad, otorgar un tratamiento uniforme a los dos institutos concursales. Pero si, por el contrario, el concurso ideal se basa en puntos de vista que no se corresponden a los del concurso real, no sólo será necesario mantener la distinción entre ambas figuras, sino que resultará obligada incluso una disparidad en la configuración de las consecuencias jurídicas que se prevean para el concurso real y para el concurso ideal.

Esta última hipótesis es la mantenida por Puppe. Según esta autora alemana, una de las razones que obligan a mantener separadas estas dos instituciones concursales, consiste en entender que el concurso ideal se fundamenta en la prohibición de la doble valoración de unas

mismas circunstancias de hecho (58). Ahora bien, para entender el concepto de que resulta vedada una doble o múltiple consideración de circunstancias fácticas en el ámbito del concurso ideal, previamente es preciso hacer referencia a un principio general del Derecho más amplio y que engloba aquel concepto: el *non bis in idem*. Aparentemente esto nos obliga a dar un amplio rodeo antes de entrar en el núcleo de la cuestión; pero sólo aparentemente. Pues, como habrá ocasión de comprobar, éste es realmente el núcleo de la cuestión. En mi opinión, la aplicación del *non bis in idem* a la teoría del concurso arroja una nueva luz a esta vieja cuestión del Derecho Penal.

b) Aproximación conceptual

Non bis in idem o *ne bis in idem* son expresiones modernizadas de la máxima *bis de eadem re ne sit actio*: «no tolera la buena fe que se exija dos veces lo mismo» (Gayo, 18 ed. D.50.17.57) (59). La traducción literal del principio general del Derecho *non bis in idem* dice poco acerca de su contenido: «no dos veces en la misma cosa». Pues eso no nos aclara qué es el *bis* ni qué es el *idem*. Lo único que resulta obvio es que se trata de una prohibición y que está formulada con tal grado de abstracción, que de entrada resulta aplicable a una amplia gama de posibilidades. Una primera aproximación conceptual al *non bis in idem* podría consistir en explicarlo como una regla de Derecho que pretende evitar una pluralidad de efectos jurídicos sobre un mismo sustrato real. Pero es difícil concretar algo más. Desgraciadamente, por lo que yo he podido comprobar, el principio en cuestión no ha sido estudiado científicamente de una forma global, por lo que no están analizados sus presupuestos, su ámbito de aplicación, ni sus límites. De lo que sí hay estudios doctrinales —en ocasiones, muy numerosos y con una profundidad considerable— es de algunas manifestaciones concretas de este principio, pero se echa en falta un análisis global del mismo. Por lo que respecta a las páginas que siguen, mi intención no es suplir completamente esa laguna investigadora sino simplemente tratar de extraer las consecuencias que de él se derivan para la teoría del concurso en Derecho Penal.

c) Antecedentes normativos

Con anterioridad a la Constitución, el principio *non bis in idem* no fue desconocido por nuestro ordenamiento jurídico, que reguló expresa

(58) Cfr. Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., pp. 19 y ss., 55 y 303.

(59) Cfr. García Garrido, voz *Ne bis in idem*, *Jurisprudencia romana*, 1982.

y positivamente instituciones vinculadas a él. Así, por ejemplo, la cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*), si bien no tan expresamente como sería de desear. En efecto, no deja de ser curioso que a pesar de la importancia del efecto de cosa juzgada material, éste no aparece mencionado en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tan sólo su Exposición de Motivos declara que rige sin excepción la máxima *non bis in idem*, añadiendo más adelante: «y teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver libremente sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho [...]» (60).

Es cierto, no obstante, que dicha Ley reconoce la cosa juzgada al disponer el momento procesal oportuno para hacer valer el efecto preclusivo o negativo de una sentencia (61) en el segundo juicio: bien como artículo de previo pronunciamiento (art. 666, 2.ª) bien en el juicio oral, cuando la cuestión previa hubiese sido desestimada (artículo 678). Si el Tribunal declarase haber lugar a la cuestión, sobreseerá libremente (art. 675).

En el ámbito civil, y por lo que respecta al efecto preclusivo o prejudicial, los artículos 362, 514 y 1804 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la suspensión del pleito civil o del recurso de revisión civil cuando se plantee una cuestión prejudicial penal, con efecto devolutivo de la misma a los Tribunales penales. De la misma manera, el artículo 4.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye de la competencia de esta jurisdicción las cuestiones prejudiciales de carácter penal, lo que parece indicar que tales cuestiones también tienen efecto devolutivo, debiendo ser resueltas por los Jueces y Tribunales del orden penal. Con posterioridad a la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha generalizado esta solución mediante su artículo 10.2: «No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.»

(60) Cfr. Cortés Domínguez, *La cosa juzgada penal*, 1975, pp. 114/115.

(61) Este efecto, admitido sin discusión tanto por la ciencia como por la jurisprudencia, supone que la acción penal ya está agotada, con lo que resulta prohibido un nuevo juicio sobre el mismo objeto e indirectamente una nueva condena por los mismos hechos. Mucho más discutido y discutible es el efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada, que pretende evitar dos resoluciones contradictorias sobre un objeto, con lo que el segundo Tribunal que conociera de ese mismo objeto quedaría vinculado a la decisión adoptada por el Tribunal anterior. La doctrina científica entiende unánimemente que en el ámbito del proceso penal no cabe reconocer el efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada. Cfr. en este sentido, Cortés Domínguez, *La cosa juzgada penal*, 1975, pp. 120 y ss., 132 y ss. y 142; Fenech, *El proceso penal*, 4.ª ed., 1982, p. 410 y s.; Aragonés Alonso, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 5.ª ed., 1984, p. 347.

Todos estos preceptos contienen disposiciones sobre las consecuencias de la cosa juzgada y, por tanto, indirectamente sobre el principio *non bis in idem* también. Pero ni una ni otro son mencionados expresamente.

Nuestro Derecho sí que impone de manera explícita la prohibición de que en relación a un mismo hecho se efectúen enjuiciamientos múltiples por distintos Estados o que se impongan penas por distintos Estados. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 30 de abril de 1970, declara en su artículo 14.7 que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito, por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». Resulta indudable que este precepto consagra la prohibición de doble enjuiciamiento y la prohibición de doble pena, aspectos ambos que se integran en el principio *non bis in idem* (62). Por otra parte, en el ámbito del Derecho de extradición ha regido históricamente y rige en la actualidad el principio *non bis in idem* (63), conforme al cual no se va a entregar al sujeto cuya extradición se solicita, cuando la jurisdicción española tiene competencia para juzgarle, le está juzgando o le ha absuelto o condenado por los mismos hechos que motivaron la solicitud de extradición.

d) El principio *non bis in idem* en la Constitución Española de 1978

La Constitución Española de 1978 no reconoció *expresamente* el principio. Sin embargo, otros textos constitucionales extranjeros sí mencionan alguna manifestación concreta del mismo; así, por ejemplo, el artículo 103 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone en su párrafo tercero que «nadie puede ser condenado varias veces por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales». Nuestra Constitución, sin embargo, no contiene siquiera esa mención que fundamentalmente hace referencia a la perspectiva procesal. Este silencio fue duramente criticado al poco tiempo de la promulgación del texto constitucional por Vives Antón, para quien, a pesar de ello resultaba posible deducir el principio en cuestión a partir de la idea de la «unidad de soberanía» (64).

(62) Vid. en este sentido Auto del TC 90/1985, de 6 de febrero.

(63) Vid. art. 9 del Convenio Europeo de Extradición, ratificado por España (BOE, de 8 de junio de 1982), y arts. 3.1 y 4, 5.º de la Ley de extradición pasiva de 21 de marzo de 1985.

(64) Cfr. Vives Antón, «Estado de Derecho y Derecho Penal», en *Comentarios a la legislación penal* (dirigidos por Cobo del Rosal), t. I, 1982, p. 48 y nota 139.

A pesar de la falta de reconocimiento constitucional explícito, el *non bis in idem* rige en el ordenamiento jurídico español sin ningún género de dudas. Ello ha sido posible gracias a una muy creativa jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha ido fundamentándolo y desarrollándolo —a veces con fluctuaciones— progresivamente. En su momento, García de Enterría llamó la atención sobre la sentencia de 30 de enero de 1981 que inauguró esta doctrina constitucional, a la que este administrativista calificó «de primera importancia para nuestro Derecho público» (65). Con posterioridad a esta primera sentencia sobre el tema, otras resoluciones del Tribunal Constitucional han ido perfilando el contenido del *non bis in idem*, destacando especialmente en este aspecto la sentencia 77/1983, de 3 de octubre, cuyo ponente fue el Magistrado Luis Díez-Picazo.

Este reconocimiento del principio efectuado por el «intérprete supremo» de la Constitución, aunque no está exento de dificultades, tiene efectos favorables. Así, cabe destacar que la jurisprudencia constitucional ha integrado en la Norma fundamental el *non bis in idem*, cosa que no hizo el Constituyente con carácter expreso. Y además, aunque por diversas vías, el Tribunal Constitucional ha atribuido al principio la naturaleza de derecho fundamental, incluido en la Sección primera del Capítulo II del Primer Título de la Constitución; esto significa que su tutela puede llevarse a cabo tanto por los Tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional en vía de amparo (artículo 53.2 de la Constitución) (66). Seguramente el *favor libertatis* o la *preferred position* (67), que imperan en materia de derechos y libertades, han llevado al convencimiento de los Magistrados constitucionales de que su enumeración en el texto de la Norma Fundamental no sigue un estricto sistema de *numerus clausus* o por lo menos que, con algunas condiciones, existen derechos implícitamente reconocidos por la Constitución. Por otro lado, al estimarse que el *non bis*

(65) García de Enterría, «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *REDA*, n.º 29, 1981, p. 360; el mismo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., 1982, p. 244. Cfr. también sobre esta resolución Cano/de la Sala/Peña, *Doctrina penal del Tribunal Constitucional*, t. 1, 1986, pp. 19-23, y Quintana López, «El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», *REDA*, n.º 52, 1986, p. 586.

(66) Cfr. críticamente Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria de la Administración*, 1985, pp. 137 y s. y 257 y s., para quien la actitud del TC al abrir la vía de amparo en estos casos resulta forzada por la necesidad de resolver el caso buscando la justicia concreta. Sin embargo, Arroyo Zapatero: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC*, n.º 8, 1983, pp. 19/20, se muestra a favor de la consideración del *non bis in idem* como derecho fundamental.

(67) Sobre esta «posición preferente» de las libertades fundamentales cfr. García de Enterría, *La Constitución como norma*, cit., 1982, pp. 145-151.

in idem forma parte de la Constitución con el rango de derecho fundamental, vincula a todos los poderes públicos (arts. 53.1 y 9.1 de la Constitución), de forma que *no sólo el legislador debe respetarlo en su actividad normativa, sino que también la Administración y los Tribunales están obligados a acatarlo* (68).

No es éste el lugar adecuado para ocuparme de las diversas manifestaciones que la jurisprudencia constitucional ha integrado en el principio del *non bis in idem* ni tampoco de las dificultades que su origen, propio de una interpretación subjetiva, puede provocar (69). Sí puede ser interesante destacar cómo ha llegado el Tribunal Constitucional al reconocimiento del principio. Este órgano jurisdiccional se apoyó en los precedentes de las discusiones parlamentarias sobre la redacción de la Constitución. La sentencia 2/1981, de 30 de enero, que como se ha indicado es la pionera en este asunto, indica en su fundamento jurídico 4 que el *non bis in idem* «si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución» (70).

El precedente mencionado es correcto. El «Borrador del texto constitucional», publicado en la prensa diaria el 25 de noviembre de 1977 (71), incluía en el párrafo segundo del artículo 13 como princi-

(68) Cfr. García de Enterría, *REDA*, n.º 29, 1981, p. 360; el mismo, *La Constitución como norma*, cit., 1982, p. 244.

(69) Sin ánimo de exhaustividad se pueden citar las siguientes: inseguridad en su contenido y límites, lo que se ve reflejado en la jurisprudencia del TC; necesidad de determinar de qué otro derecho fundamental reconocido explícitamente por la Constitución se deriva, puesto que el recurso de amparo exige indicar el derecho constitucional violado (art. 44.1 y 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); el *non bis in idem* se ha planteado, sobre todo, en recursos de amparo, y no tanto en cuestiones, autocuestiones o recursos de inconstitucionalidad, lo que impide revisar procesos penales o contencioso-administrativos concluidos con sentencia con fuerza de cosa juzgada a tenor del art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; se plantea también la cuestión de si las sentencias del TC que reconocen el *non bis in idem* tienen efectos *erga omnes* o sólo en relación al caso particular resuelto, y si esos efectos son *ex tunc* o *ex nunc*; etc.

(70) La jurisprudencia constitucional posterior reitera esta idea, vid. SSTC, 77/1983, de 3 de octubre; 159/85, de 27 de noviembre; 23/86, de 14 de febrero; 66/86, de 23 de mayo, y 94/86, de 8 de julio.

(71) Vid. este texto en *Documentación Administrativa*, n.º 180 extraordinario (*La Constitución española de 1978*), 1978, pp. 59 y ss.

pio reconocido «el de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos». Con idéntica expresión aparecía incluido este principio en el artículo 9.3 del Anteproyecto de Constitución (72). El Informe de la Ponencia sobre las enmiendas presentadas al Anteproyecto (73) no varió ni la numeración del precepto que contenía el principio ni la redacción del mismo.

Sin embargo, en los debates de la comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se sometió a discusión el tema. El Diputado de UCD, Sr. Meilán Gil, propuso que el principio de la exclusión de la doble sanción por unos mismos hechos fuera suprimido del artículo 9.3 y que fuera tratado dentro del artículo 24 (actual artículo 25) del Proyecto. Meilán explicó que no estaba en contra del principio y que resultaba justificada su inclusión en la Constitución para evitar la imposición conjunta de pena y sanciones administrativas de heterotutela; pero si se incluía el *non bis in idem* en el artículo 9.3, se le daba tal carácter de generalidad, que quedaría vedada la posibilidad de imponer penas y sanciones administrativas de autotutela (por ejemplo, las disciplinarias), prohibición ésta que el Diputado de UCD no estimaba correcta; para Meilán debía prohibirse la imposición de dos penas o de una pena y una sanción de protección del orden general, pero entendía que no era conveniente prohibir la imposición de una pena y una sanción de naturaleza disciplinaria; por ello, propuso que el principio fuera incluido en el artículo 24 (actual 25), con el objeto de que quedara más matizada esta materia (74).

El Sr. Peces-Barba, en su condición de Diputado del PSOE, se opuso a que se retirase el principio del marco del artículo 9.3. A su entender, la prohibición de la doble sanción por unos mismos hechos no excluía ni las sanciones disciplinarias a los funcionarios por conductas que no fueran al mismo tiempo constitutivas de delito, ni la posibilidad de imponer pena y sanción disciplinaria por unos mismos hechos, añadiendo en relación a esto último que «una ley que estableciese esa posibilidad no sería anticonstitucional»; no obstante, Peces-Barba declaró que estaba abierto a una propuesta *in voce* para conciliar la no exclusión del principio y las acotaciones propuestas por el Sr. Meilán (75).

En una nueva intervención el Sr. Meilán Gil se mostró favorable a esta propuesta conciliadora. Tras una pausa, el también Diputado de UCD Sr. Pérez-Llorca leyó *in voce* lo acordado en la Ponencia, acuer-

(72) Publicado en el BOC de 5 de enero de 1978.

(73) BOC de 17 de abril de 1978.

(74) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 68, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión n.º 6, celebrada el martes 16 de mayo de 1978, pp. 2384-2386.

(75) Vid. el mismo *Diario*, cit., p. 2387.

do que excluía el *non bis in idem* del artículo 9.3, expresándose en los siguientes términos: «Por tanto, se propone el principio de la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos (y que esta manifestación de la Ponencia conste en acta), en el artículo 24 [actual 25], donde quedará consagrado como tal principio y podrá ser regulado con la amplitud necesaria para no incidir en los posibles determinados efectos negativos de una mera definición omnicomprendiva general y no matizada» (76).

El texto del 9.3 fue aprobado en la Comisión sin la mención del principio de exclusión de la doble sanción por unos mismos hechos. En el turno de explicación del voto el Sr. Roca Junyent del Grupo Minoría Catalana manifestó que se había abstenido porque «no conociendo el tenor exacto que va a incorporarse en el artículo 24, no podía pronunciarse favorablemente a la exclusión de este inciso»; por su parte, el Diputado Sr. Martín Toval del Grupo Socialistas de Cataluña intervino para dejar constancia de «que el principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos ha sido reconocido por esta Comisión y así consta en acta. Sin embargo, lo que se deja para mejor desarrollo es la posibilidad de matizar en aquellos supuestos en que, efectivamente, coincidimos, es preciso matizar la aplicación discriminada [*sic*], por tanto, de este derecho, de esta limitación» (77).

En la siguiente sesión de la Comisión, el Grupo de Unión de Centro Democrático, a través del Diputado Sr. Pérez-Llorca, presentó una enmienda *in voce* que proponía, en relación a lo acordado respecto al *non bis in idem*, la inclusión en el artículo 24.3 *in fine* del Proyecto la siguiente frase: «Las sanciones administrativas, salvo las derivadas de una relación de sujeción especial, son incompatibles con las sanciones penales» (78). Sin embargo, en la siguiente sesión Pérez-Llorca retiró la propuesta, posiblemente por las críticas que se vertieron contra el sistema de presentación de enmiendas *in voce* (79). De esta manera se perdió la oportunidad de constitucionalizar expresamente una manifestación del principio *non bis in idem*. Posiblemente los parlamentarios lo entendieron implícitamente reconocido (80). Pero lo cierto es

(76) Vid. el mismo *Diario*, cit., p. 2389.

(77) Vid. el mismo *Diario*, cit., p. 2390.

(78) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 71, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión n.º 10, celebrada el lunes, 22 de mayo de 1978, pp. 2581-2582.

(79) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 72, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión n.º 11, celebrada el martes, 23 de mayo de 1978, pp. 2592-2593.

(80) En este sentido García de Enterría, *REDA*, n.º 29, 1981, p. 361; Prieto Sanchís, «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho», *REDC*, n.º 4, 1982, p. 115. Pero otros autores parecen acercarse a la opinión de que la falta de mención se debió simplemente a un olvido; cfr. en

que a partir del Dictamen de la Comisión (81) y en los siguientes trámites parlamentarios desapareció toda referencia a la «exclusión de la doble sanción por los mismos hechos».

e) Fundamento del principio

El Tribunal Constitucional, en la primera sentencia relativa al principio (que trataba del problema de la compatibilidad entre pena y sanción administrativa), declaró que el *non bis in idem* está «íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución» (82). Las posteriores resoluciones o bien reiteran esta doble fundamentación en los principios de legalidad y tipicidad (83), o bien mencionan exclusivamente el de legalidad (84). En lo que sí parece haber unanimidad en la jurisprudencia de este Tribunal es en la alegación del artículo 25 —en ocasiones se menciona más concretamente el 25.1— de la Constitución como precepto que sirve de apoyo al principio. En un fallo se declara con carácter expreso que no se puede basar el *non bis in idem* en el artículo 17.1 de la Constitución (85). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha explicado en qué consiste esa vinculación del *non bis in idem* al principio de legalidad y, en su caso, al de tipicidad, resultando por consiguiente la fundamentación un tanto escueta y escasa. Por otra parte, sí ha señalado en la resolución que inició esta doctrina jurisprudencial «que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia», aunque sin aludir a disposiciones concretas (86).

García de Enterría ha apoyado esta fundamentación del *non bis in idem* con un argumento literal basado en la redacción del artículo 25.1 de la Constitución; según este autor «la inclusión del *non bis in idem* en los principios de tipicidad y legalidad de los delitos, faltas o

este sentido: Cobo del Rosal/Boix Reig, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, 1982, p. 214, y Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 127.

(81) BOC de 1 de julio de 1978.

(82) STC 2/81, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 4.

(83) En este sentido SSTC 159/85, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 3; 94/86, de 8 de julio, Fundamento Jurídico 4; 21/87, de 19 de febrero, Fundamento Jurídico 1.

(84) En este sentido SSTC 77/83, de 3 de octubre, Fundamento Jurídico 3; 23/86, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico 1; 66/86, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 2.

(85) Vid. STC 2/81, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 7, d).

(86) STC 2/81, de 30 de enero, Fundamento Jurídico 4.

“infracción administrativa” que se enuncia en el artículo 25 parece clara. La conjunción disyuntiva “o” empleada por el precepto así impone concluirlo, utilizando el método literal de interpretación más simple; una determinada actuación activa u omisiva, podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de esas figuras a la vez. El texto del artículo 25 impone esta conclusión elemental» (87).

En mi opinión, sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional adolece en este punto de un defecto que se ha introducido en la argumentación de forma tal vez inconsciente. Puede ser cierto que la prohibición de imponer pena y sanción administrativa conjuntamente infrinja el principio de legalidad, pero no lo es que *todo* el principio *non bis in idem* repose en la idea del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Creo que se ha operado aquí una especie de sinécdoque interpretativa, esto es, un tomar la parte por el todo, atribuyendo al género lo que es propio y sustancial de la especie. En el primer fallo del Tribunal Constitucional que aborda el *non bis in idem*, se planteaba efectivamente la cuestión de la compatibilidad de pena y sanción administrativa, y desde esta concreta perspectiva, el Tribunal llega a fundamentar el *non bis in idem* en el principio de legalidad, lo que puede ser válido para esta específica manifestación del *non bis in idem*. Pero curiosamente, las posteriores resoluciones que versan sobre el tema no vuelven a replantear el fundamento del *non bis in idem*, aunque se sirven de otras manifestaciones de éste distintas a la prohibición de imponer conjuntamente pena y sanción administrativa por unos mismos hechos. Por poner un ejemplo: resulta obvio que la cosa juzgada en el ámbito penal no puede ser explicada partiendo del principio de legalidad (88), pues el principio de legalidad podría compatibilizarse perfectamente con la inexistencia de la cosa juzgada, en un hipotético ordenamiento jurídico que así lo estableciera; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha estimado que la cosa juzgada es una institución basada en el *non bis in idem*.

Por ello creo que tienen razón aquellos autores que rechazan la fundamentación del *non bis in idem* en los principios de legalidad y tipicidad, como Arroyo Zapatero y Sanz Gandasegui. Arroyo entiende que la doble sanción no afecta a la división de poderes implícita en el principio de legalidad (89), mientras que Sanz Gandasegui considera el *non bis in idem* como un principio general del Derecho indepen-

(87) García de Enterría, REDA, n.º 29, 1981, pp. 361/362; el mismo, *La Constitución como norma*, cit., 1982, pp. 246/247.

(88) En el mismo sentido, Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 135 nota 9; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1987, p. 58.

(89) Cfr. Arroyo Zapatero, REDC, n.º 8, 1983, p. 19.

diente y autónomo, e incluso como un principio de Justicia (90). Ahora bien, si se está estudiando la prohibición de imponer pena y sanción administrativa, como una concreta manifestación del *non bis in idem*, no puede criticarse, por lo menos de entrada, el recurso al principio de legalidad (91). Lo que no tiene ningún sentido es aludir al principio de tipicidad como fundamento del *non bis in idem* o de la prohibición de imponer conjuntamente pena y sanción administrativa por unos mismos hechos. El denominado «principio de tipicidad» — que en rigor debería designarse como principio de determinación o de certeza— no impide ni una duplicidad de sanciones ni en general una duplicidad de efectos jurídicos, siempre que tales sanciones o efectos estén regulados taxativamente (92). Quizá por esta razón, algunas resoluciones del Tribunal Constitucional hayan abandonado la mención del principio de tipicidad, que en verdad no tiene mucho que ver con el *non bis in idem*.

Si el *non bis in idem* abarca una pluralidad de subprincipios (prohibición de imponer pena y sanción administrativa, salvo en casos especiales; cosa juzgada; prohibición de doble enjuiciamiento o doble penalidad por distintos Estados, etc.), parece lógico que el primero tenga un carácter más abstracto y un fundamento también más amplio que los segundos. El *non bis in idem* consiste, como ya manifesté, en prohibir una duplicidad o pluralidad de efectos jurídicos (el *bis*) sobre un mismo sustrato real (el *idem*). Aunque la prohibición se presenta con toda su intensidad cuando los efectos son de carácter perjudicial para el afectado, nada impide la aplicación del principio a efectos beneficiosos. Estoy pensando, por ejemplo, en la imposibilidad de que una misma persona disfrute de dos o más becas, cláusula ésta que aparece en muchas convocatorias oficiales y a la que los universitarios estamos acostumbrados. En el fondo, también en este supuesto se puede encontrar una aplicación concreta del *non bis in idem*. ¿Qué es pues lo que impide que el Derecho intervenga —con carácter perjudicial, beneficioso o incluso neutro— dos o más veces? Creo que Arroyo es el que con más acierto ha respondido a esta pregunta, al entender que «el *ne bis in idem* encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3» de la Constitución (93). Por mi parte, sólo altero esta idea en la denominación: prefiero hablar del principio de *proporcionalidad* como fundamento del *non bis in*

(90) Cfr. Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 129.

(91) Así ocurre en los estudios de García de Enterría, *REDA*, n.º 29, 1981, pp. 359 y ss.; el mismo, *La constitución como norma*, cit., 1982, pp. 243 y ss., y Cobo del Rosal/Boix Reig, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, 1982, pp. 212 y ss.

(92) Cfr. en este sentido Arroyo Zapatero, *REDC*, n.º 8, 1983, p. 19.

(93) Arroyo Zapatero, *REDC*, n.º 8, 1983, p. 19.

idem. Porque, efectivamente, lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad, que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de Justicia. Si un sector del ordenamiento ya regula de forma global un supuesto de hecho, ¿qué necesidad hay de volver a imponer otras consecuencias jurídicas adicionales distintas? Resulta desproporcionado realizar dos enjuiciamientos del mismo hecho, o imponer dos penas por un mismo hecho o imponer pena y sanción administrativa... Y en definitiva lo desproporcionado va en contra del derecho a la igualdad, pues éste exige tratar de igual forma lo igual y desigual forma lo desigual. Si un padre castiga a uno de sus hijos con mayor intensidad que a otro, habiendo realizado ambos la misma acción, diremos que el castigo es desproporcionado y que ese padre no trata de manera justa a sus hijos; lo mismo ocurrirá si en el ejemplo sustituimos el castigo por el premio; pero aún estimaríamos mayor desproporción e injusticia el hecho de que el padre castigara dos veces a un hijo por la misma acción.

El apoyo constitucional del principio de proporcionalidad es indudable. En primer término se puede mencionar el artículo 14 de la Constitución que proscribe toda discriminación. También es posible recurrir, con Arroyo, a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada por la Constitución en su artículo 9.3, pues es evidente que toda desproporcionalidad es arbitraria, provenga ésta del legislador, de la Administración o de los órganos jurisdiccionales. E incluso se puede acudir a la idea de Justicia, que expresa o implícitamente está contenida en los artículos 1 y 10.1 de la Constitución (94).

f) Consecuencias para la teoría del concurso

La generalidad y abstracción del *non bis in idem* se demuestra también en las consecuencias que se derivan de este principio. La expresión latina sólo pone de relieve una negación y, por consiguiente, una prohibición. Pero el problema básico consiste en saber cuál de los *bis* debe prevalecer, es decir, cuál de los posibles efectos jurídicos ha de ser aplicado. El principio, en su escueta formulación, no resuelve el problema. Y aquí es, por tanto, donde resulta más importante la

(94) Sobre el principio de proporcionalidad cfr. Bacigalupo, «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», *La Ley*, 1982, t. 2, p. 941 (su tesis de fundamentarlo en el art. 15 de la Constitución ha sido rechazada por la STC 65/86, de 22 de mayo, Fundamento Jurídico 4); Jaén Vallejo, «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», *RGD*, n.º 507, 1986, p. 4935 y s.; Cobo del Rosal/Vives Anton, *PG*, 2.ª ed., 1987, p. 63.

labor de la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) y de la dogmática cuando falte una solución expresa del legislador. Habrá, pues, que buscar criterios de preferencia de uno u otro efecto jurídico y consecuentemente de una u otra norma que los impone. Si se medita detenidamente acerca de este planteamiento, cabe llegar a la conclusión de que nos encontramos con la misma situación que se suscita en la teoría del concurso de leyes en Derecho Penal: varias normas que se muestran incompatibles entre sí y que requieren un criterio de preferencia para resolver el conflicto. Verdaderamente no es extraño que fuera un penalista quien buscara una solución concursal para una concreta manifestación del *non bis in idem*: Octavio de Toledo propugnó resolver el problema de la incompatibilidad de pena y sanción administrativa, dando preferencia a la primera mediante el recurso de acudir al artículo 68 del Código Penal (95). Esta propuesta ha sido acogida favorablemente por la doctrina (96).

Por mi parte, creo que la aplicación de las reglas concursales puede extenderse no sólo al problema pena/sanción administrativa sino también a algunas otras manifestaciones del *non bis in idem*. De esta manera, es posible construir una *macroteoría del concurso*, es decir, un sistema de diversos criterios para resolver los supuestos de contradicción entre normas o antinomias jurídicas. Las tradicionales reglas cronológicas, jerárquicas o de especialidad (97), podrían ser completadas con otros criterios concursales (por ejemplo, subsidiariedad, consunción, alternatividad, etc.) que en conjunto darían lugar a esa macroteoría del concurso.

Si el *non bis in idem* puede ejercer la importante función de justificar una macroteoría del concurso, parece lógico que también pueda fundamentar una microteoría o teoría clásica del concurso en Derecho Penal. Tanto la doctrina (98) como la jurisprudencia ordinaria (99) han reconocido que el llamado concurso aparente de leyes encuentra

(95) Cfr. Octavio de Toledo, *La prevaricación del funcionario público*, 1980, pp. 277-278, 283, 288 y 292, pero admitiendo en algunos casos la posibilidad de un «concurso ideal» (*op. cit.*, pp. 282 y 296).

(96) Cfr. García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 2, 2.ª ed., 4.ª reimpresión, 1986, p. 172; Prieto Sanchís, *REDC*, n.º 4, 1982, p. 116; Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria*, cit., 1985, p. 142, nota 14.

También Rodríguez Devesa, *Derecho Penal español. Parte General*, 10.ª ed., 1986, p. 19, se sirve de preceptos concursales penales, pero parece estar a favor en todos los casos de que pena y sanción administrativa sean imponentes conjuntamente por constituir un «concurso ideal».

(97) Cfr. Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, 2.ª ed., 1987, p. 119, quienes se remiten a Ross y a Bobbio.

(98) Cfr., por ejemplo, Maurach/Gössel, *AT*, t. 2, 6.ª ed., 1984, pp. 358 y s.; Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, 2.ª ed., 1987, p. 57; Garcías Planas, «Consecuencias del principio "non bis in idem" en Derecho Penal», *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 121.

(99) Vid., por ejemplo SSTS, 25-11-1982 (A. 7201); 27-10-1988 (A. 8106).

su fundamento en el *non bis in idem*, aunque quizá fuera preferible concretar aún más y entender que esta modalidad concursal se basa en la prohibición de imponer duplicidad de penas por una misma realización de un tipo de injusto, como manifestación concreta del *non bis in idem*. La sentencia del Tribunal Constitucional 154/90, de 15 de octubre (BOE, de 8 de noviembre de 1990) ha ratificado esta interpretación declarando que «este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos diversos. El principio *non bis in idem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de las que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como “autosuficiente” desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido» (Fundamento Jurídico 3). Al margen de la corrección o incorrección de la aplicación de esta doctrina al concreto supuesto subyacente al recurso de amparo, lo cierto es que esta resolución fundamenta el concurso de leyes en el principio *non bis in idem*, y en consecuencia le confiere el rango de derivación de un derecho fundamental. Esta consecuencia es importante no sólo para los destinatarios de las normas penales sino también para el legislador. Para los primeros, porque obtienen así una garantía suplementaria frente a las duplicidades punitivas, abriéndoseles la posibilidad de un recurso de amparo. Y para el legislador, porque cualquier norma que atente contra la doctrina sentada en la resolución transcrita será claramente inconstitucional.

A la vista de estas consideraciones podemos replantear la cuestión suscitada al comienzo de este apartado: ¿sería conforme con la Cons-

titución el sistema de pena unitaria que aboga por la unificación de los concursos real e ideal? O, por el contrario, ¿es contrario a la Constitución el sistema de pena unitaria y por consiguiente deben mantenerse diversificados los tratamientos de estas dos modalidades concursales? Mi respuesta es la siguiente: el sistema de pena unitaria (e incluso el de pena global) es contrario a la Constitución al ser incompatible con el principio *non bis in idem*. Para ello parto de que el concurso ideal representa siempre y por definición un menor contenido de injusto que el concurso real (100), en cuanto que una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto y en consecuencia no puede ser valorado varias veces en la determinación de la pena, porque lo impide el *non bis in idem* y el principio de proporcionalidad. De ello se deriva que la consecuencia jurídica que se prevea para el concurso ideal —sea cual sea ésta— ha de ser necesariamente de inferior gravedad a la que se determine para el concurso real —sea cual sea ésta—. Y, por tanto, los tratamientos de ambos concursos no pueden ni deben coincidir nunca. Comparto pues la tesis expresada por Puppe de que la prohibición de la doble valoración de unas mismas circunstancias de hecho exige el mantenimiento del concurso ideal con un régimen penológico más benigno que el del concurso real. Si un único disparo provoca un aborto y el homicidio de la mujer embarazada, no es posible con el Derecho vigente aplicar el sistema de la acumulación, porque ello supondría valorar la acción de disparar doblemente: una vez para el homicidio y otra vez para el aborto, y tendría como consecuencia una penalidad desproporcionada, como si hubiera habido dos acciones (dos disparos) independientes. Es posible que la circunstancia de que el sujeto realice varios tipos de injusto con una o varias acciones obedezca a factores casuales, pero de todas formas el sujeto debe responder por lo que hace, y si lo hace mediante una sola acción o hecho, el injusto es menor.

Desde la perspectiva constitucional aquí adoptada podría plantearse incluso si el propio concepto del concurso ideal es conforme al principio *non bis in idem*; en efecto, esta modalidad concursal se caracteriza por la circunstancia de que un solo hecho constituye dos o más delitos, lo que coincide con la estructura del principio constitucional: un *idem*, es decir el hecho, que representa varias infracciones, el *bis*. Pero que las estructuras coincidan no implica que la propia figura del concurso ideal sea contraria al *non bis in idem*. La infracción del principio sólo se produciría si se sometiera a una doble valoración el *idem*, considerando el hecho doblemente, como elemento de injusto independiente en dos realizaciones de tipos. Por tanto, el prin-

(100) La culpabilidad no es relevante a estos efectos, puesto que no añade nada, sino que en todo caso resta, a la realización de un tipo de injusto.

cipio *nos bis in idem* no impide el propio concepto del concurso ideal sino que simplemente impone una determinada consecuencia jurídica para él: una que no suponga la doble valoración del hecho. De esta manera el principio *non bis in idem* exige que el legislador, en el momento de optar por una consecuencia jurídica para el concurso ideal, se tenga que mover necesariamente entre dos extremos: puede ser superior a la pena prevista para la unidad de delito y debe ser inferior al sistema de penalidad regulado para el concurso real.

De la estructura mencionada del concurso ideal se deriva que éste constituye un *supertipo*, en un sentido similar al expresado por Mir (101). Este supertipo se caracteriza porque contiene elementos de injusto que son comunes a diferentes realizaciones de tipos y elementos de injusto que son diversos (102). Es decir, que el concurso ideal se construye sobre la base de otros tipos, adoptando una configuración más compleja. Y esto es perfectamente posible: de la misma manera que el legislador prevé figuras que representan un «déficit» frente a la figura delictiva «normal», como ocurre en la tentativa y en la frustración a las que les falta el resultado, también puede disponer una institución que represente un «superávit», en cuanto que contiene un mayor número de elementos de injusto que los «normales». Dentro de este supertipo que es el concurso ideal queda por dilucidar si sus elementos de injusto son meramente derivados de los tipos más simples que abarca, o bien contiene además otros elementos suplementarios propios del «tipo de concurso», como propone Mir (103).

g) Conclusiones

Tras este largo rodeo para averiguar si existen argumentos materiales contra el sistema de la pena unitaria, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1.^a La previsión de un sistema de pena unitaria en el futuro Código Penal sería inconstitucional, por oponerse al principio *non bis in idem*.

2.^a Lo anterior conlleva la necesidad de que el concurso real y el concurso ideal cuenten con consecuencias jurídicas distintas.

3.^a Para que no infrinja el *non bis in idem*, el concurso ideal, configurado como un supertipo, debe estar sancionado con una consecuencia jurídica que puede ser superior a la unidad de delito y que debe ser inferior a la penalidad del concurso real.

(101) Cfr. Mir Puig, *ADPCP*, t. 40, 1987, p. 208.

(102) Si todos los elementos de injusto fueran idénticos, nos hallaríamos ante un concurso aparente de leyes.

(103) Mir Puig, *ibidem*.

5. EL CONCURSO REAL Y EL PRINCIPIO DE ACUMULACION

Como en el Código Penal vigente, el Borrador prevé el sistema de acumulación para el concurso real, con la alternativa de cumplimiento simultáneo (art. 71) o cumplimiento sucesivo (art. 73). En el artículo 71 se utiliza el término «responsable» por coherencia con otros preceptos, en vez del actual término «culpable». En el artículo 73 no se menciona la posibilidad de extinción de alguna de las penas por indulto o por cumplimiento de la condena, tal vez por entenderse como algo obvio, ni tampoco se ofrece una escala jerarquizada de penas, quizá porque la escala del Código Penal vigente no agota todas las posibilidades y resulta insuficiente (104), o quizá porque se entiende que el elenco de penas previstas por el Borrador es mucho más sencillo y no planteará problemas ordenar las penas individuales conforme a su respectiva gravedad. No obstante, creo que si se opta por mantener este precepto, sería conveniente ofrecer una escala.

No se entiende que estos dos preceptos no figuren uno a continuación del otro, intercalándose entre ambos la figura del delito continuado (art. 72). Aunque esta sistemática es una constante que permanece en el Código Penal vigente, así como en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983, lo lógico es que estas dos disposiciones se sucedan. En caso contrario, podría plantearse la hipótesis de que el delito continuado (en cuanto excepciona sólo el artículo anterior) únicamente sea aplicable cuando las penas individuales sean susceptibles de cumplimiento simultáneo, lo que carece de todo sentido y justificación.

Pero el defecto más grave del Borrador en este ámbito es que siga anclado todavía en el principio de acumulación de penas, criterio que también se siguió en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983. Pero la acumulación origina una serie de gravísimos inconvenientes que menciono brevemente a continuación (105):

* El sistema acumulativo es inconstitucional respecto a las penas privativas de libertad.

El artículo 25.2 de la Constitución expresa que las penas privativas de libertad «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Este objetivo preventivo-especial sólo puede alcanzarse en el

(104) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., I, a), 3.

(105) Para lo que sigue cfr., con más extensión, Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., I, b).

ámbito de las penas individuales previstas para cada infracción. Pero como de la acumulación no se deriva una nueva pena equivalente a la suma de todas ellas, sino que cada pena ya determinada mantiene su individualidad, el juez no puede volver a tener en cuenta los fines preventivo-especiales respecto a la penalidad acumulada. Se produce así un *efecto distorsionador* de los fines de la pena, pues la suma de sanciones tiene que alterar necesariamente los efectos preventivos buscados con cada pena individual. Puesto que el sistema acumulativo hace *imposible* alcanzar un objetivo de rango constitucional, debe ser rechazado por inconstitucional.

* El sistema acumulativo origina nuevas sanciones no previstas en el Borrador.

La acumulación permite la creación de sanciones desconocidas en nuestro Derecho, así por ejemplo, la «cadena perpetua» en el caso de que las penas privativas de libertad no se impongan en unidad de enjuiciamiento. Esta posibilidad queda abierta en el Borrador, aún más que en el Derecho vigente, puesto que se restringen las posibilidades de conexión entre infracciones; en efecto, en las «Decisiones legislativas conexas» se prevé la derogación del artículo 17, 5.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (conexión por analogía o relación entre los hechos) y la revisión del artículo 988 de la misma Ley.

Esta posibilidad de la cadena perpetua no desaparece con la «decisión legislativa conexas» número 2, que podría atentar lisa y llanamente contra la garantía ejecutiva comprendida en el principio de legalidad, en cuanto que otorga la iniciativa y la capacidad de proponer substitutivos de la penas privativas de libertad a la Administración penitenciaria.

Por tanto, la acumulación debe desaparecer como consecuencia jurídica concursal en sentido estricto. Ahora bien, la acumulación sí debe cumplir la función de constituir el límite máximo de todas las consecuencias jurídicas concursales. Ni por razones de injusto ni por razones de culpabilidad está justificado que el autor de varias infracciones vea aumentada su penalidad debido a razones preventivas, por encima de la suma de las penas individuales. Esta conclusión es todavía más defendible a la vista de que el Borrador hace desaparecer la agravante de reincidencia: pues si en el Derecho vigente esa agravante no permite desbordar por arriba el marco penal abstracto, tampoco será posible desbordarlo cuando ni siquiera hay condena ejecutiva por otros hechos.

Se propone pues para el concurso real un sistema de exasperación obligatoria, esto es, la previsión de una pena superior a la más grave de las penas individuales, que dé lugar a un marco penal en el que se tengan en cuenta los fines preventivos. El grado de exasperación

deberá estar en función del número y gravedad de las infracciones concurrentes (105 bis).

Se propone asimismo la introducción de un nuevo precepto entre las «reglas especiales para la aplicación de las penas», que supone a la extensión a toda la teoría del concurso del límite previsto para los concursos ideal y medial, con el siguiente tenor:

«La pena determinada de conformidad a cualquiera de los artículos de esta sección no podrá exceder de lo que correspondería en caso de imponer todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.»

6. LOS LIMITES A LA ACUMULACION

Como en el Código Penal vigente, también el Borrador pretende salvar la mala conciencia por haber dispuesto la acumulación, mediante un sistema de límites (art. 74). En mi opinión, los límites no son sino un mal parche para un gran descosido, como es la acumulación. Si se elimina la acumulación del concurso real, como yo propongo, no habría necesidad de mitigar la acumulación.

Por otra parte, las limitaciones contempladas en el Borrador representan un considerable endurecimiento respecto al Código Penal vigente, al Proyecto de 1980 y a la Propuesta de 1983 (106). Parecen haber pesado aquí varias declaraciones públicas de diversos representantes de partidos políticos que han propugnado que los delincuentes, y especialmente los terroristas y narcotraficantes, cumplan *todas* las penas.

Incluso dentro de la lógica de los límites, éstos dan lugar a una serie de efectos que no son asumibles. Resumidamente cabe resaltar los siguientes (107):

* Excluyen de su radio de acción a las penas susceptibles de cumplimiento simultáneo, puesto que el artículo 74 sólo excepciona el artículo anterior, relativo a las penas susceptibles de cumplimiento sucesivo. Lo que pone de relieve que los límites sólo pretenden un objetivo de eficacia. Pero resulta injustificado que no haya límites

(105 bis) Vid a este respecto las concretas propuestas que efectúan Mir Puig, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, de Jescheck, vol. 2, 1981, pp. 1032-1033, y Sanz Morán, *El concurso de delitos*, cit., p. 258.

(106) Cfr. en el mismo sentido Cerezo Mir, «Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal, de octubre de 1990», *Actualidad penal*, n.º 20, 1991, p. 273.

(107) Cfr. con más detenimiento Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., II, c).

para el cumplimiento, por ejemplo, de una pena de prisión y otra de inhabilitación.

* Puesto que al aplicar estos límites las penas no pierden su individualidad, resulta posible que se impongan fracciones de penas ya determinadas. Estas fracciones de penas hacen que la determinación judicial de cada pena individual pierda todo su sentido. Los fines preventivos son nuevamente sacrificados en aras de la eficacia.

* Los límites facilitan la delincuencia «al por mayor», como pone de relieve el origen jurisprudencial de la figura del delito masa, que surge para contrarrestar dicho efecto.

* En relación al número de infracciones que son necesarias para que entren en juego los límites, se producen desigualdades que no son fácilmente explicables: mientras que el límite absoluto ordinario (veinte años) exige como mínimo dos infracciones, el límite relativo (triplo del tiempo de la pena más grave) exige como mínimo cuatro.

* Por lo que respecta al límite relativo, produce unos efectos totalmente aleatorios, ya que —como demostró Mir Puig (108)— beneficia cuando las penas individuales son de idéntica gravedad y perjudica cuando las penas presentan diferente gravedad.

* En cuanto a los límites absolutos excepcionales dispuestos en el artículo 74.1 únicamente para penas de prisión, es preciso decir, en primer lugar, que asusta su extensión desmedida, en cuanto que supone un avance de las penas que pueden figurar en el Libro II y que cuando se escriben estas líneas todavía son desconocidas. La intención de evitar penas privativas de libertad que produzcan efectos desocializadores, que parece fundamentar la regla del artículo 34.1 del Borrador de que la pena de prisión tendrá una duración máxima de veinte años, resulta pervertida por las excepciones que se derivan de este artículo 74.1. Ni el Proyecto de 1980 ni la Propuesta de 1983 llegaron tan lejos como el presente Borrador de 1990. Cerezo Mir, en esta misma línea crítica, llega a sostener que «una pena de prisión de treinta o treinta y cinco años podría ser considerada, por ello, como una pena inhumana o degradante, prohibida en el art. 15 de la Constitución» (109).

El artículo 74.2 sigue exigiendo conexión procesal para aplicar los límites en el caso de hechos enjuiciados en distintos procesos. Además de restringirse enormemente el concepto de conexión si prospera la «decisión legislativa conexa» primera, se mantiene esta cláusula de la conexión que ha sido duramente criticada por la doctrina, dado que la aplicación o no de los límites se hace depender de circunstancias

(108) Cfr. Mir Puig, *Adiciones de Derecho español al Tratado*, de Jescheck, vol. 2, 1981, p. 1032.

(109) Cerezo Mir, *AP*, n.º 20, 1991, p. 273.

que están normalmente fuera del alcance del responsable de un concurso real (110).

7. DELITO CONTINUADO Y DELITO MASA

Probablemente, si el criterio de la acumulación de penas desapareciera, no sería necesaria la figura del delito continuado. Y probablemente también, si desaparecieran las limitaciones a la acumulación, carecería de sentido el delito masa. Pero el Borrador, de la misma manera que los Proyectos anteriores y el Código Penal vigente, mantiene las figuras del delito continuado y del delito masa. En este mantenimiento ha debido pesar de forma decisiva la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que fue la que dio origen a ambas instituciones, y que ha visto confirmada su propia creación mediante la positivación en el Derecho vigente (art. 69 *bis* del Código Penal) a partir de 1983.

En el caso de que se opte por mantener estas figuras en el Borrador, su emplazamiento debe ser alterado. El precepto que las regula es el artículo 72, que da comienzo excepcionando el artículo anterior, relativo éste a la acumulación de penas susceptibles de cumplimiento simultáneo. Pero nadie duda de que el delito continuado es también aplicable cuando las penas individuales, si se acumularan, tuvieran que cumplirse sucesivamente. Luego los artículos 71, 73 y 74, que regulan todos ellos el concurso real, deberían ordenarse uno tras otro, y a continuación incluir, si es que así se desea, la regulación del delito continuado y del delito masa.

Lo dispuesto en el artículo 72 del Borrador se asemeja más a lo previsto sobre el mismo tema en la Propuesta de 1983 que a la regulación del Código Penal vigente, aunque ciertamente las variaciones entre unos y otros textos son mínimas. El artículo 72.1 del Borrador emplea correctamente la conjunción disyuntiva y no la copulativa al exigir una pluralidad de acciones «u» omisiones. No es correcta, sin embargo, la atribución del delito continuado a un «autor», siendo preferible la más genérica de «responsable» del Código Penal vigente, pues también los partícipes pueden obrar en continuidad delictiva. La exigencia de que el Juez o Tribunal motive la exasperación de la pena en el delito masa (tercer inciso del 72.1), carece totalmente de fundamento, puesto que tal exasperación es obligatoria y no facultativa, de modo que ¿qué sentido tiene motivar algo que se impone por ministerio de la Ley? La exigencia de motivación sí que debería establecerse para la exasperación facultativa del delito continuado (primer inciso del 72.1).

(110) Cfr. especialmente Sanz Morán, *El concurso de delitos*, cit., pp. 230 y ss., quien propone además una regulación del llamado «concurso posterior» (*op. cit.*, pp. 166 y ss., 256 y sobre todo 259).

Pero el problema fundamental que origina el artículo 72.1 del Borrador es el del sistema de determinación de la pena en las infracciones contra el patrimonio conforme al perjuicio total causado (segundo inciso del 72.1) (111). El precepto en cuestión, de larguísima redacción (por lo que sería conveniente una mejor distribución en párrafos numerados), acoge dos instituciones: una expresamente, el delito continuado, y otra implícitamente, el delito masa. Pero prevé tres consecuencias jurídicas distintas: absorción con exasperación facultativa (primer inciso), pena conforme al perjuicio total causado (segundo inciso) y exasperación obligatoria (tercer inciso). En mi opinión, el criterio del perjuicio total causado es rechazable y debe desaparecer de un futuro Código Penal por las siguientes razones:

* La redacción del Código Penal vigente y del Borrador dan pie a la duda de si el criterio del perjuicio total pertenece al delito continuado, al delito masa o a ambos. A mi juicio, pertenece exclusivamente al delito masa. Pero esta duda ya es un primer motivo para abogar por su desaparición.

* El criterio otorga una relevancia inusitada al desvalor del resultado, lo que contrasta con la pérdida de importancia que el desvalor del resultado ha experimentado en las infracciones patrimoniales a partir de 1983.

* Es imposible realizar la suma de perjuicios respecto a las infracciones patrimoniales que no han alcanzado el grado de consumación y en las que ni siquiera hay una mera detentación física del objeto material.

* Provoca el efecto de «salto de tipo», bien convirtiendo varios tipos básicos en uno cualificado por el valor del perjuicio, bien convirtiendo varias faltas en un delito, lo que está en contra del principio enunciado más arriba de que la acumulación ha de ser el límite máximo de todas las consecuencias jurídicas concursales.

* Impide la subsunción en un tipo cuando las infracciones no son homogéneas, por ejemplo, varias básicas y varias cualificadas.

* No adopta como punto de partida las penas individuales (sino los perjuicios individuales) de cada infracción, y en consecuencia atenta contra principios básicos de la teoría del concurso.

* Sigue produciendo efectos aleatorios, que a veces benefician y a veces perjudican al sujeto responsable.

Por todos estos motivos, propongo la desaparición del segundo inciso del artículo 72.1. Para conseguir una mayor punición de los fraudes colectivos bastaría con mantener el tercer inciso en los casos

(111) Cfr. para lo que sigue Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, III, c) y d).

de pluralidad de acciones y prever cualificaciones para los delitos de estafa y apropiación indebida en los casos de unidad de acción.

Por lo que respecta al número 2 de este artículo 72, que exceptiona de la continuidad delictiva las ofensas a bienes eminentemente personales, algún autor ha censurado la indeterminación que supone la circunstancia de que no estén precisadas las infracciones contra el honor y la libertad sexual que si admitirían la continuidad (112). Por otra parte creo que debería replantearse la cuestión de si la excepción respecto a los bienes eminentemente personales debería circunscribirse a supuestos en que dichos bienes pertenecen a diversos sujetos pasivos, tal y como ha propugnado desde siempre la doctrina (113). Este replanteamiento vendría motivado por el hecho de que alguna sentencia del Tribunal Supremo ha sorteado la excepción mediante una ampliación desmesurada de la unidad de delito, en el caso de violaciones consecutivas por un mismo sujeto contra una misma víctima (114). De esta manera —mediante la unidad de delito— ni siquiera cabe la exasperación facultativa que permite el primer inciso del 72.1, lo que resulta a todas luces injusto. Sin embargo, la mayoría de las sentencias han apreciado delito continuado en supuestos de violaciones consecutivas (115), lo que infringe claramente el párrafo segundo del artículo 69 bis del Código Penal vigente.

8. EL CONCURSO IDEAL Y EL CONCURSO MEDIAL

La regulación de los concursos ideal y medial contenida en el artículo 75 del Borrador (que procede en su mayor parte de la Propuesta de 1983) mejora en algunos aspectos la del Código Penal vigente, mientras que en otros resulta claramente empeorada.

Como ocurre en el delito continuado, el tratamiento penológico contenido en el artículo 75 no es únicamente una excepción al sistema de acumulación de penas que exigen un cumplimiento sucesivo, sino también una excepción a la acumulación de penas susceptibles de cumplimiento simultáneo. Luego en el artículo 75.1 debe mencionarse no sólo el artículo 73 sino también el 71, excepcionando ambos.

Me parece correcto que el 75.1 emplee la expresión «infracciones» en lugar de la de «delitos», solventando así la disputa en torno a

(112) En este sentido Cerezo Mir, *AP*, n.º 20, 1991, p. 273.

(113) Vid. las referencias bibliográficas en Castiñeira Palou: *El delito continuado*, 1977, p. 82, nota 141 (respecto a la ciencia alemana) y pp. 162/163, nota 270 (respecto a la ciencia española).

(114) Vid. STS 31-1-1986 (A. 211).

(115) Vid. SSTS: 7-3-1988 (A. 1585); 27-5-1988 (A. 3850); 18-6-1988 (A. 5043); 6-10-1988 (A. 7676); 13-12-1988 (A. 9504); 24-1-1989 (A. 1322); 5-5-1989 (A. 4949).

si cabe concurso ideal entre delitos y falta o entre faltas. Con el término «infracciones» no cabe duda de que son admisibles todas esas hipótesis en el concurso ideal, lo cual a mi juicio es acertado. No tan acertado es, sin embargo, que en los números 2 y 3 de este artículo 75 se habla de «penar separadamente los delitos», pues en rigor esta expresión no aparece explicada por ninguna parte; sería preferible emplear términos ya conocidos, como los de «imposición de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones».

La complejidad de la consecuencia jurídica concursal de la absorción agravada y subsidiariamente la de la acumulación ha sido resaltada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (116). Es posible incluso que esta complejidad haya determinado que la jurisprudencia española tienda a restringir el ámbito del concurso ideal y aumente correlativamente el del concurso real, cuya consecuencia jurídica es mucho más fácil de ejecutar. Pero, a pesar de ello, creo que esta complejidad está perfectamente justificada, pues el legislador expresa mediante la acumulación subsidiaria que éste es un límite que no se puede sobrepasar. Ya he expresado anteriormente mi propuesta de que tal límite se extienda a todas las modalidades concursales.

Ello no obstante, opino que la consecuencia jurídica de la absorción agravada impuesta en el artículo 75.2 —es decir: pena correspondiente a la infracción más grave aplicada en su mitad superior— es demasiado benigna, puesto que coincide con el tratamiento que merece la existencia de una sola agravante en un solo delito (art. 63, 3.^a), y en el concurso ideal no hay uno sino varios delitos. Esta benignidad ha sido sentida también por los redactores del Borrador, puesto que del régimen del concurso ideal se ha excepcionado en el número 4 del artículo 75 el caso de que un solo hecho origine dolosamente varias muertes o lesiones. El concurso ideal abarca una pluralidad de supuestos de diferente gravedad: concurso ideal homogéneo y heterogéneo; identidad total e identidad parcial del hecho, con lo que los elementos de injusto comunes pueden ser muchos o pocos; efecto abrazadera, etc. Esto obliga a ampliar el marco penal, de modo que pueda ser adecuado a la mayor o menor gravedad de cada supuesto. Por ello propongo una distinta consecuencia jurídica para el concurso ideal consistente en una absorción agravada obligatoria (es decir: como en el Borrador), pero añadiendo una exasperación facultativa. Siempre, claro está, que no se exceda lo que correspondería por acumulación, como límite general. La redacción podría ser la siguiente:

«En estos casos se impondrá en su mitad superior la pena correspondiente a la infracción más grave, que podrá ser aumentada, motivadamente, hasta la mitad de su límite máximo.»

(116) Cfr. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., IV, b), 3.

El número cuatro del artículo 75 del Borrador se merece un pleno rechazo por las siguientes razones:

* Porque demuestra la «mala conciencia» por la excesiva benignidad del tratamiento del concurso ideal. Se produce así un fenómeno paralelo al que tiene lugar entre la acumulación y los límites a la misma, sólo que en el concurso ideal las restricciones a la absorción agravada no son para beneficiar sino para perjudicar. Pero más lógico parece agravar el régimen general que andar poniendo «parches».

* Porque infringe plenamente el principio *non bis in idem*, pues la existencia de un solo hecho común a varias muertes o a varias lesiones (supuestos específicos de concurso ideal homogéneo) obliga en mi opinión a incluirlos en el ámbito del concurso ideal e imposibilita su tratamiento con la consecuencia jurídica del concurso real. Si perviviera esta disposición, adolecería del defecto de inconstitucionalidad (117).

* Porque no está justificado que otros supuestos de concurso ideal homogéneo comprensivo de infracciones tan graves como homicidio doloso o lesiones dolosas, pero de distinta naturaleza, queden, sin embargo, sometidos al benigno régimen de la absorción agravada.

* Porque deja sin resolver la cuestión de qué consecuencia jurídica habría que aplicar en los casos, relativamente frecuentes, en que de un mismo hecho se derivan no sólo homicidio o lesiones dolosas, sino además otros resultados distintos dolosos o imprudentes. Así, por ejemplo, ¿cómo hay que sancionar un concurso ideal de dos homicidios dolosos, un homicidio imprudente y unos daños dolosos?

* Porque nuevamente se otorga un papel predominante al desvalor del resultado en casos en que el desvalor de la acción es único («un solo hecho»).

Comentario aparte merece el tratamiento que el Borrador otorga al llamado concurso medial, y que es el que tradicionalmente le han otorgado los Códigos históricos y el vigente, así como el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983. Se ha explicado el origen de esta figura en la tesis de los autores de la escuela clásica italiana de que la relación de medio a fin justifica únicamente la agravación por el delito más grave (118). Junto a esta razón, hay que indicar que en los Códigos de 1848 y 1850 se previó en el artículo 10 la agravante 11.^a de «ejecutar el delito como medio de perpetrar otro», que daba lugar a ciertas similitudes con el concurso me-

(117) Vid. *supra* 4, f).

(118) Cfr. Guinarte Cabada, «El concurso medial de delitos», en *Estudios penales y criminológicos*, t. XIII, 1990, p. 159, con referencias bibliográficas.

dial (119). Seguramente las dificultades de conciliar la agravación y el concurso medial determinaron la desaparición de la primera en los textos posteriores. Pero pervivió el tratamiento de los concursos ideal y medial idéntico al de la existencia de una sola agravante, identidad de tratamientos que desapareció en la reforma de 1983, y que vuelve a reaparecer nuevamente en el Borrador, como ya se ha expresado.

La naturaleza del concurso medial es discutida: mientras que la mayoría de la doctrina estima que es un auténtico concurso real y, por tanto, debe someterse al régimen que se prevea para éste (120), un sector más reducido de la ciencia penal española estima que es un concurso ideal y, por tanto, debe mantenerse la regulación del Código Penal vigente (121). Por mi parte, estimo que hay que distinguir dos grupos de supuestos: si a pesar de la relación medial no hay identidad siquiera parcial del hecho, no estamos ante un caso de concurso ideal que, en virtud del *non bis in idem*, requiera un tratamiento distinto al del concurso real; pues en tales casos el único elemento unificador entre el delito medio y el delito fin es de carácter subjetivo (la finalidad de servirse de un delito para cometer otro) y ello por sí solo no justifica un *idem*, que obligue a una consecuencia jurídica más benigna: tales casos son pues de concurso real. Por otro lado, puede existir relación medial junto con identidad al menos parcial del hecho; en esta hipótesis rige plenamente el *non bis in idem*, y por consiguiente estamos ante un concurso ideal. De conformidad a esta tesis, lo más lógico sería suprimir el segundo inciso del artículo 75.1 del Borrador, para aplicar a cada grupo de supuestos el régimen que el corresponda, si bien, en caso de aceptarse esta propuesta, es posible que la jurisprudencia se mostrara vacilante.

9. EL CONCURSO DE LEYES

De la misma manera que en el Proyecto de 1980 y que en la Propuesta de 1983, el Borrador de 1990 regala en su artículo 7 lo que se

(119) Aunque también diferencias, pues la agravante sólo afectaba al delito medio, mientras que el concurso medial suponía la sanción tanto del delito medio como del delito fin. Además el concurso medial exigía la necesidad del delito medio, exigencia que no aparecía en la agravante.

(120) Cfr. las referencias bibliográficas ofrecidas por Guinate Cabada, *op. cit.*, p. 161 y nota 21. Se adscriben también a la doctrina dominante: Bacigalupo, «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal», *RFDUC*, monográfico, n.º 6, pp. 60-61, y Cerezo Mir, *AP*, n.º 20, 1991, p. 273.

(121) Cfr. las referencias de Guinate Cabada, *op. cit.*, p. 160. Este autor, aunque parece sumarse a la doctrina mayoritaria (*op. cit.*, p. 162 y ss.) manifiesta que si se mantiene el régimen actual de la teoría del concurso, prefiere someter el concurso medial a la consecuencia jurídica del concurso ideal (*op. cit.*, p. 204 y s.), mientras que *de lege ferenda* es favorable a la tesis de la pena unitaria (*op. cit.*, p. 205 y s.).

suele denominar concurso aparente de leyes o de normas o también —por influencia de la doctrina germana— unidad de ley. Como es sabido, la doctrina no acogió con simpatía las regulaciones de los Proyectos anteriores sobre esta materia, abogando algunos autores por su supresión, con el argumento de que no existe acuerdo en torno a las modalidades de concurso de leyes (122).

Por mi parte, estimo correcto que el Borrador incluya una disposición de estas características, por los siguientes argumentos:

* Porque relegar esta cuestión al parecer de la doctrina y de la jurisprudencia supone una dejación en las responsabilidades del legislador.

* Porque la inexistencia de tal disposición genera inseguridad jurídica y origina fluctuaciones en la jurisprudencia.

* Porque la situación del Código Penal vigente resulta ya insostenible, en cuanto que el artículo 68 debe ser inaplicado, frente a su concluyente tenor literal, en los supuestos de especialidad de leyes privilegiadas.

En líneas generales, estoy de acuerdo con los criterios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad incluidos en el artículo 7, pero con matizaciones. Así, creo que los términos «se castigarán» del primer inciso deben ser sustituidos por los menos retributivos de «se penarán» o «se sancionarán». Por lo que respecta a los criterios, hay que observar desde un plano dogmático que conducen a diferentes consecuencias jurídicas concursales, la mayoría de las veces a la absorción simple y en ocasiones al principio de la preferencia de la sanción más benigna (así en el caso de ley privilegiada especial). Por ello tiene razón Gimbernat al indicar que «cuando un hecho es subsumible en dos o más preceptos, y éstos figuran en un concurso de leyes distinto del de la alternatividad, una vez resuelta la modalidad concursal aplicable, está resuelto también cuál es el tipo prevalente, pues el

(122) Cfr. en este sentido, Mir Puig, «Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de Código Penal», *RFDUC*, n.º monográfico 3, 1980, p. 45; López-Rey y Arrojo, «Análisis político-criminal del Proyecto oficial de Código Penal Español», *ADPCP*, 1980, p. 320; Sanz Morán, *El concurso de delitos*, cit., pp. 252-253; Bacigalupo, «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal», *RFDUC*, n.º monográfico 6, 1983, p. 51.

Sin embargo, no llegan a rechazar de plano estos preceptos: Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte General*, reedición de la 12.ª ed., 1989, p. 203; Cobo del Rosal/Vives Antón, *PG*, 3.ª ed., 1990, p. 135 y ss.

La STS 10-5-1985 (A. 2470) aprueba que el criterio de la preferencia del precepto penal más grave esté previsto en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 sólo en defecto de la restantes criterios interpretativos.

enunciado no sólo describe la relación concursal, sino también su solución» (123).

Sin embargo, el artículo 7 no agota todas las hipótesis de concurso de leyes, existiendo supuestos que no son encajables en ninguna de las que menciona. Me refiero al concurso entre un delito privilegiado y un delito cualificado (124), entre dos delitos cualificados (125), o entre dos privilegiados (126), siempre que no haya relación de especialidad entre ellos. Estos supuestos constituyen una auténtica laguna en la teoría del concurso, por lo que para evitar soluciones casuísticas, sería conveniente una regulación general (127). En consecuencia, se propone añadir las siguientes reglas al artículo 7:

«3.^a bis a). Si un precepto es cualificado y el otro privilegiado y además no es aplicable la regla primera, se impondrá la pena superior en un grado a la del delito menos grave. Cuando la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor gravedad en su mitad superior.»

«3.^a bis b). Si los dos preceptos son cualificados respecto a otro básico y además no es aplicable la regla primera, se impondrá la pena del delito más grave en su mitad superior.»

«3.^a bis c). Si los dos preceptos son privilegiados respecto a otro tipo básico y además no es aplicable la regla primera, se impondrá la pena superior en un grado a la del delito menos grave. Cuando la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor gravedad en su mitad superior.»

(123) Gimbernat Ordeig, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, t. 43, 1990, p. 438.

(124) Por ejemplo, el particular que realiza una detención ilegal pide rescate (art. 481, 1.º del Código Penal vigente), pero libera al encerrado o detenido antes de que transcurran tres días desde su privación de libertad, sin haber conseguido su objetivo ni haber comenzado el procedimiento (art. 480, último párrafo del Código Penal vigente).

(125) Por ejemplo, matar al ascendiente, descendiente o cónyuge (art. 405 del Código Penal vigente), con alguna de las circunstancias del asesinato (art. 406 del Código Penal vigente); o realizar una detención que dura más de quince días (art. 481, 2.º del Código Penal vigente) habiéndola ejecutado con simulación de funciones públicas (art. 481, 3.º del Código Penal vigente).

(126) Es más difícil, aunque no imposible, imaginar hipótesis de esta modalidad; por ejemplo, particular que fuera de los casos permitidos por la Ley aprehende a una persona para presentarla a la autoridad (artículo 482 del Código Penal vigente), siendo tal detención inferior a tres días, sin haber conseguido el objeto que se propusiese el culpable ni haber dado comienzo al procedimiento (artículo 480, último párrafo del Código Penal vigente), si es que son compatibles estos dos preceptos.

(127) Cfr. con más detalle Cuerda Riezu, *Concurso de delitos*, cit., VII, b) y c).

Por otro lado, estimo que la existencia de este artículo 7 no es incompatible con la existencia de otras reglas concursales específicas a incluir en la Parte Especial del Código. Pues a pesar del carácter de generalidad del artículo 7, puede ser conveniente especificar o excepcionar ese régimen general. Si se acepta esta forma de pensar, tales reglas específicas deberían cumplir las siguientes condiciones:

* Utilizar términos idénticos siempre que quieran referirse a la misma modalidad de concurso.

* Dejar clara la modalidad concursal que están regulando, utilizando para ello las mismas expresiones que aparecen en los preceptos concursales del Libro Primero; por ejemplo, si se trata de un concurso aparente de leyes: «si este hecho fuera susceptible de ser calificado con arreglo al artículo...».

* Especificar si quedan excluidas o no las restantes posibilidades genéricas de concurso; por ejemplo: «no obstante lo dispuesto en los artículos 71 a 75 ...», o bien: «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 71 a 75...».

Debo referirme por último a lo dispuesto en el artículo 12.4 que en sentido amplio también representa una regla concursal. Este precepto resuelve el problema que se plantea cuando a una infracción le corresponde pena que es simultáneamente grave y menos grave, determinando que el delito se considerará en todo caso como grave. Pues bien la misma cuestión puede suscitarse entre las penas graves o menos graves por un lado y las leves, por otro, lo que no está previsto en el Borrador. Pero esta posibilidad podría producirse frecuentemente, sobre todo, porque el artículo 68.1 permite muy correctamente que un delito sea sancionado con pena leve por las reglas de determinación de la pena. Por ello, al artículo 12.4 debería ser ampliado a esta posibilidad siguiéndose el mismo criterio que el ya previsto, pudiendo quedar redactado de la siguiente manera:

«4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez en dos o más categorías de este artículo, la infracción será calificada con arreglo a la categoría de mayor gravedad.»

10. EL CONCURSO DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Sobre las relaciones entre penas y medidas de seguridad, el Borrador adopta tres modelos: el principal es el «vicarial», contenido en el artículo 89, que determina la consecuencia jurídica en caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, que consiste en el cumplimiento en primer lugar de la medida y la absorción parcial (el «abono») del correspondiente tiempo de pena, siendo posible la suspensión del resto de la pena; pero también prevé el siste-

ma de la «doble vía», es decir la acumulación de pena y medida, aunque únicamente en el caso de los delincuentes habituales de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículo de motor (art. 102.2) (128); por último, sigue el sistema de la «sustitución» de la pena por la medida, lo que significa que la medida absorbe totalmente a la pena, en dos ocasiones: respecto al resto de la pena cuando se ha seguido el sistema viarial (art. 89) y respecto a los extranjeros condenados por delito a pena privativa de libertad inferior a seis años (art. 84.1). Pero al margen de estos casos, el Borrador no contiene más indicaciones sobre el concurso de penas y medidas, especialmente cuando una o ambas categorías de sanciones no son privativas de libertad. Debería introducirse una regla para estos casos, previéndose bien la absorción de la pena por la medida, bien la acumulación de ambas, indicándose en tal hipótesis si el cumplimiento de las dos sanciones ha de ser simultáneo (129) o sucesivo (130).

11. EL CONCURSO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Tampoco determina el Borrador cómo hay que resolver el concurso de medidas de seguridad. El artículo 114.2, relativo al término de la prescripción de las medidas, parece prever la posibilidad de un cumplimiento sucesivo de las mismas. Y el artículo 104.1 permite, respecto al extranjero, la sustitución de otras medidas por la de expulsión del territorio nacional. Rodríguez Devesa sugirió en referencia a este tema, al que calificó «de enorme trascendencia práctica», dar preferencia a las medidas curativas sobre las de tipo reeducativo o de otra índole que no sean compatibles con ellas, basándose en la regulación del Código Penal italiano; pero cuando la peligrosidad no requiere una medida curativa, según este autor lo más razonable es un sistema de «combinación de medidas» como el que establece el § 72 del StGB alemán (131). Este precepto prescribe lo siguiente:

«§ 72. Combinación de medidas de seguridad. (1) Si se cumplen los presupuestos de varias medidas de seguridad, pero la finalidad perseguida se puede alcanzar con una de ellas, sólo se

(128) En este caso, y aunque el precepto no lo indique, parece evidente que el cumplimiento ha de ser sucesivo, comenzándose por la pena y continuando con la medida, pues la privación de libertad implica ya la imposibilidad de ejercer el derecho a conducir vehículos de motor.

(129) Por ejemplo, cuando las penas no son privativas de libertad, pues si la pena es de prisión la medida carecería de sentido.

(130) Este será el caso normal entre penas privativas de libertad y medidas de seguridad no privativas de libertad.

(131) Cfr. Rodríguez Devesa, *PG*, reedición de la 12.ª ed., 1989, p. 1017.

impondrá ésta. En el caso de que varias medidas de seguridad sean adecuadas, se dará preferencia a aquélla que sea menos perjudicial para el autor.

(2) En los restantes casos, las medidas de seguridad se impondrán conjuntamente, si la Ley no determina otra cosa.

(3) Si se imponen varias medidas de seguridad privativas de libertad, el Tribunal determinará el orden sucesivo de su cumplimiento. En todo caso, antes de finalizar el cumplimiento de una medida de seguridad el Tribunal ordenará el cumplimiento de la siguiente, si su finalidad todavía exige el internamiento. Asimismo debe ser aplicado el § 67 c), párrafo 2, incisos 4 y 5.»

12. EL CONCURSO DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Lo primero que llama la atención sobre estas nuevas (132) consecuencias jurídicas es que están ausentes de todas las garantías derivadas del principio de legalidad. Por mucho que estas consecuencias jurídicas no sean propiamente ni penas ni medidas, afectan gravemente a *intereses patrimoniales*, por lo que no está de más incluirlas en el artículo 1 y siguientes del Borrador. Sobre todo a la vista de que las infracciones y sanciones administrativas están sometidas al principio de legalidad, de conformidad al artículo 25.1 de la Constitución, y con mayor razón habrán de estarlo estas consecuencias accesorias de una infracción penal.

Por otro lado, la relación de consecuencias accesorias que ofrece el artículo 108.1 respecto a personas jurídicas adolece del defecto de que en cada caso se mencionan distintos supuestos de tales personas jurídicas (en un supuesto se hace referencia sólo a la «empresa», en otro a la «sociedad, asociación o fundación», en el tercero aparecen la «sociedad, empresa, fundación o asociación», mientras que en el último no se determina nada), lo que puede favorecer lagunas, así como disfunciones entre unas y otras consecuencias, especialmente de cara al concurso. Por ello sería preferible que se emplearan términos omni-comprendivos, como el de «entidad» o los de «persona jurídica».

Por lo que respecta al comiso, éste no plantea problemas en cuanto a su acumulación con las restantes consecuencias accesorias, siendo tal acumulación susceptible de cumplimiento simultáneo.

En cuanto a las consecuencias accesorias imponibles a personas jurídicas, el artículo 108.1 indica que «el Juez o Tribunal podrá establecer en la sentencia alguna o algunas» de ellas. Esta indetermina-

(132) Pero sólo relativamente nuevas, pues la Propuesta de 1983 ya las incluyó en su articulado (arts. 136 a 138).

ción («alguna o algunas») puede infringir el mandato de certeza, en especial porque tampoco se expresa si el cumplimiento de estas consecuencias ha de ser simultáneo o sucesivo. Es más, la mayoría de estas consecuencias han de cumplirse por su propia esencia y naturaleza de forma sucesiva, lo que alarga considerablemente la privación de los derechos afectados. Incluso alguna de ellas, como la disolución por su carácter definitivo, es incompatible con las demás. El Borrador requiere, pues, en este Título VI una mayor concreción y claridad.

13. EL ARTICULO 76 DEL BORRADOR

Tal vez porque el propio concepto de pena accesoria está en crisis debido a las dificultades que determina para la reinserción social (133), el Borrador —como la Propuesta de 1983— ha reducido sustancialmente el catálogo de penas accesorias respecto al Código Penal vigente.

El artículo 76 está incluido en la sección rubricada «Reglas especiales para la aplicación de las penas»; sección destinada a regular la mayoría de los preceptos concursales. Pero el lugar que corresponde a la disposición contenida en el artículo 76 no es el que tiene en el Borrador:

* Porque esa disposición no es una regla especial para la aplicación de las penas, sino una regla general.

* Porque esa disposición no es una disposición concursal, a pesar de que algún autor como Silvela entendiera que la acumulación era apreciable cuando una pena accesoria acompaña a otra principal (134). La acumulación de penas presupone la pluralidad de infracciones, mientras que el concepto de pena accesoria presupone la unidad de infracción, por lo que es ajena a la teoría del concurso.

* Porque esa disposición es un efecto de la garantía judicial integrada en el principio de legalidad, y, por tanto, tiene un carácter no sólo procesal sino también y ante todo material (135).

Por consiguiente, propongo que el texto del artículo 76 sea llevado al ámbito del artículo 2.1 del Borrador, que es donde se recoge la garantía judicial. Ahora bien, la garantía resultaría incompleta si sólo se obligara a la imposición expresa de las penas que acompañan a otras por disposición de la Ley. El fallo de la sentencia ha de imponer expresamente no sólo las penas principales y accesorias, sino también en su caso las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias que correspondan.

(133) Cfr. con matizaciones Casabo Ruiz, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, 1976, p. 191, quien pone de manifiesto que el *Alternativ Entwurf* prescindió de las penas accesorias.

(134) Cfr. Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte 2.ª, 2.ª ed., 1903, p. 294 y ss.

(135) Cfr. al respecto Córdoba Roda, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, 1976, p. 375 y ss.