

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

EL CONCURSO DE NORMAS
Y EL CONCURSO DE DELITOS
EN EL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS UTILIZADAS	7
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	9
1. LA MODULACIÓN DE LA PARTE GENERAL EN LA PARTE ESPECIAL. LÍMITES	10
2. EN PARTICULAR, LA TÉCNICA DE LAS REGLAS CONCURSALES EXPRESAS EN LA PARTE ESPECIAL	14
2.1. ¿Criterios de selección y de regulación?.....	20
2.2. Reglas del concurso aparente.....	22
2.3. La predilección por el concurso de delitos	24
CAPÍTULO II. TÉCNICAS DE SOLUCIÓN CONCURSAL ESPECÍFICAS	29
1. CONSIDERACIONES GENERALES	29
2. PORMENORES.....	32
2.1. Las múltiples facetas de la subsidiariedad. Residualidad y subsidiariedad	33
2.1.1. Residualidad.....	33
2.1.2. Subsidiariedad-alternatividad	43
2.1.3. La alternatividad expresa	50

	Pág.
2.2. La cláusula «sin perjuicio de» y similares	53
2.2.1. Los supuestos de concurso de delitos expreso.....	57
2.2.2. Análisis casuístico residual	62
CAPÍTULO III. GRUPOS DE SUPUESTOS HOMOGÉNEOS ...	71
1. EL EMPLEO DE VIOLENCIA Y SUS CONSECUENCIAS...	71
2. LA CONFLUENCIA DE RIESGO Y DE RESULTADO LE- SIVO	78
3. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES EN PARTICULAR	93
3.1. Concurso entre el empleo de violencia y el resultado de la violencia en los delitos contra la libertad e indem- nidad sexuales	94
3.2. Determinación a la prostitución / corrupción de menores y ulteriores agresiones o abusos sexuales	101
3.2.1. Determinación a inimputables	103
3.2.2. Determinación a imputables.....	107
3.3. EXCURSO: la asechanza telemática a menores de die- ciséis años y ulteriores delitos (necesariamente) preten- didos	111
3.3.1. Fundamento de punición. ¿Bien jurídico distin- to a la libertad e indemnidad sexuales?.....	113
3.3.2. Fase del <i>iter criminis</i> y delitos pretendidos	121
3.3.3. Aspectos concretos de la imbricación con otras figuras delictivas	125
3.3.4. Relación concursal	128
CAPÍTULO IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	151

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

La obra que el lector tiene en sus manos se ocupa de aspectos centrales en las relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal: la legitimidad y conveniencia de establecer reglas concursales específicas en determinados supuestos de encuentro, o posibilidad de aplicación simultánea, de varios tipos delictivos de la Parte Especial, como ¿concreción? de las reglas concursales generales establecidas en la Parte General.

El estudio de los numerosos factores implicados en estas dos cuestiones ha de comenzar planteándose la legitimidad en abstracto de las especificaciones y excepciones de la Parte Especial, debate en que pronto se manifestará la especificidad de la materia concursal en este contexto, especificidad (obtenida *por vía deductiva*) que puede obstar a la legitimidad de las excepciones en el ámbito concursal. El siguiente paso tiene que ver con la conveniencia de adoptar esta técnica, lo que se derivará de la competencia en abstracto y en concreto puesta de manifiesto por el legislador al servirse de ella. Para ello, operando *por vía inductiva*, se aborda el «estudio de campo», las manifestaciones del fenómeno en la ley penal, es decir, el análisis de las técnicas específicas de solución concursal expresa utilizadas por el legislador, en busca de la eventualidad de sesgos en la elección de dichas técnicas, profundizando en el tratamiento de grupos de supuestos que presentan cierta homogeneidad estructural. Sin alcanzar reglas generales a partir de las manifestaciones particulares

de un fenómeno, el estudio no pasaría de una descripción casuística. Pues bien, de los hitos que se han ido estableciendo, se concluye extrayendo conclusiones contrarias tanto a la legitimidad como a la competencia técnica de la actuación del legislador en este ámbito y se formulan propuestas *de lege ferenda*.

De tales conclusiones se deriva, pues, ante todo un llamamiento para que el legislador del futuro abandone la técnica de las reglas concursales expresas e incluso suprima los numerosos ejemplos existentes. Pero también se desprende un serie de líneas interpretativas que pueden resultar útiles al práctico del Derecho a fin de poner coto a la exacerbación del rigor punitivo que comportan las excepciones que el Derecho positivo contempla, contradiciendo sus propias reglas generales.

1. LA MODULACIÓN DE LA PARTE GENERAL EN LA PARTE ESPECIAL. LÍMITES

Junto a su principal cometido, la descripción de los tipos de hechos prohibidos y su conminación penal, forma asimismo parte de las misiones de la denominada Parte Especial del Derecho penal el ajuste o *adaptación* para con algunos de ellos de los principios de la Parte General, en razón de las peculiaridades en la configuración de determinadas figuras delictivas. Tal es el caso p. ej. de la concreción del alcance de ciertas causas de justificación para algunos tipos o grupos de tipos, como el consentimiento en las lesiones o los supuestos de aborto despenalizado.

Aparte de las peculiaridades de determinados tipos, cabe encontrar diversos motivos más por los que los principios generales deben recibir matizaciones, e, incluso más allá, sufrir *excepciones*, en la Parte Especial. Así, en ocasiones razones de política criminal impulsan al legislador a exceptuar en la Parte Especial reglas generales, en materia de las fases del delito, de las formas de intervención o de las circunstancias modificativas.

En el caso de las excepciones a las reglas del *iter criminis*, resulta frecuente anticipar la punición, al tipificar como figuras delictivas autónomas acciones sustancialmente de tentativa, e incluso de preparación, especialmente reveladoras (ej.: art. 400, que describe conductas de fabricación, recepción, tenencia, etc., de objetos con los que realizar falsificaciones, o el art. 264, en idéntico sentido para

la realización de daños informáticos); o el castigo de la tentativa para algunas figuras con un marco penal específico, que se sustrae a las reglas generales, agravándolo (art. 485.3¹, tentativa de homicidio del Rey o determinadas personas de la Casa real). En sentido inverso, por ausencia de necesidad de pena, en ocasiones se regula específicamente el «arrepentimiento» activo posterior a la consumación, sobre todo cuando se trata de incentivar la colaboración con la Administración de Justicia o con el Fisco, comportamiento que puede alcanzar eficacia sumamente atenuante o incluso absolutoria (p. ej., en los delitos contra las relaciones familiares, contra el honor, delitos contra la Hacienda Pública, falso testimonio, rebelión y sedición, terrorismo, organizaciones criminales...).

Tampoco es infrecuente que en la Parte Especial se prevean excepciones puntuales a las reglas generales sobre participación, nivelando las intervenciones de todos los partícipes (tráfico de drogas, tráfico de órganos)², o tipificando con carácter autónomo formas de participación (p. ej., inducción y cooperación al suicidio del art. 143), con penalidad especial distinta a la que le correspondería de aplicarse las reglas generales. O que se potencie para tipos concretos el efecto de determinadas circunstancias modificativas, ya sea agravatorio (alevosía o ensañamiento, con respecto al homicidio, art. 139) o atenuatorio (atenuante extraordinaria de reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, art. 340)³.

¹ Además, en este caso, desde la reforma de 2015, la atenuación de la pena por la tentativa se prevé con carácter no obligatorio, como establece la regla general del art. 62, en relación con el 16 (PG) y como estaba hasta entonces previsto para estas mismas figuras, sino solo facultativo (PE). A ello se añade que en estas figuras, singularmente en el regicidio, se allana la diferencia entre homicidio y asesinato, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro sujeto pasivo.

Salvo indicación en contrario, los artículos citados se entienden referidos al Código Penal español.

² Cfr. críticamente al respecto HASSEMER (*Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Muñoz Conde y Díaz Pita, 1999, pp. 59 s., con bibliografía), que interpreta esta nivelación, difuminadora de distinciones racionalmente controlables, como uno de los costos del «moderno Derecho penal», que trata de prescindir de los tradicionales presupuestos de la imputación jurídico-penal en tanto que obstáculos para la eficacia de la política criminal.

³ Si bien la distorsión que supone la excepción a la regla general suele ponerse tarde o temprano de manifiesto con consecuencias probablemente no tenidas en cuenta por la ley, como en el caso del art. 340 CP, donde al prever la pena inferior en

Globalmente considerada, la técnica de exceptuar puntualmente en la Parte Especial el régimen general de los presupuestos de la imputación penal establecido en el Libro I CP no resulta inadecuada por sí misma, ya que determinadas especificidades de los tipos, o razones político-criminales, pueden legitimar el apartarse de la regla general en ciertas figuras de conductas prohibidas. Pero ese apartarse, en primer lugar, debe estar suficientemente fundamentado: tal es el caso del muy citado ejemplo de las figuras delictivas, como la rebelión, en que la protección adecuada del bien jurídico requiere anticipar la protección a fases anteriores a la tentativa, momento en que quizá ya fuera demasiado tarde para el bien jurídico. Y, en segundo lugar, debe estar firmemente asentado y articulado desde una perspectiva sistemática, si se quiere eludir la sospecha de arbitrariedad en la selección de supuestos.

En efecto, la Parte Especial, al desplegar su vocación de dar respuesta a las necesidades de regulación concretas, no debe reducir tanto su foco que pierda la visión de conjunto, sistemática; en definitiva, el enfoque de la Parte General. Debe, pues, sin dejar de considerar la materia concreta regulable, en una contemplación por así decirlo estrábica, elevar el punto de observación lo suficiente como para permitir mirar alrededor y poder ubicarla en la estructura del sistema. Y no, obviamente, solo por preservar la pulcritud, la estética de la construcción sistemática, sino para evitar la incoherencia, la incongruencia, las contradicciones, en suma la falta de previsibilidad y seguridad jurídica en el seno de una misma rama del ordenamiento.

Lamentablemente, esta pauta no se sigue allí donde la razón por la que merecen tratamiento en la Parte Especial aspectos ya regulados genéricamente en la Parte General reside en el empeño del legislador en anticiparse a eventuales dudas interpretativas. En estos casos, sin dejar margen a doctrina y jurisprudencia para que elabore jurídicamente la materia, pretende zanjarlas expresamente⁴. Pero entonces el

grado, si bien por una parte se dispone una atenuación extraordinaria al sobrepasarse por debajo los marcos penales de partida, por otra parece así cerrarse el paso a la aplicación de la pena inferior en dos grados, si se la considerara la atenuante como muy cualificada.

⁴ Al margen de las relaciones entre Parte General y Parte Especial, este mismo prurito de anticiparse a eventuales dudas, y por circunscribirnos al ámbito de las insolencias punibles, resulta encomiable que ante conductas estimadas merecedoras de punición y que a duras penas encajan en los tipos tradicionales, incorpore el legislador

beneficio en términos de seguridad jurídica y de previsibilidad del régimen jurídico que ofrece el criterio de interpretación auténtica frente a la posibilidad abstracta de decisiones judiciales contradictorias, entra en tensión con los demás criterios interpretativos, singularmente con el sistemático, que se deriva tanto de los principios generales de la materia como de la ubicación de los distintos tipos.

Pero el propósito que suele guiar este proceder, sobre todo en las últimas reformas, no es tanto el de despejar posibles dudas como el de imponer interpretaciones en realidad basadas en el denominado populismo punitivo, so capa de una vaga alusión, no fundamentada, a las demandas o inquietudes sociales, o a la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades sociales para garantizarles una respuesta penal adecuada, o con la coartada del cumplimiento de «compromisos internacionales» que, analizados objetivamente, resultan no comprometer a tanto.

Por otra parte, la técnica de resolución expresa de determinados elementos de la imputación y la responsabilidad penal, además de perturbadora, no siempre justifica estrictamente su necesidad, pues en ocasiones se llega a simplemente parafrasear reglas generales en supuestos en que su aplicación resultaría de todos modos evidente. Tal es el caso, por ejemplo, en el delito de concurso fraudulento del art. 260, hasta la reforma de 2015, cuando se tipificaba la realización de la causación o agravamiento de la insolvencia por el deudor o «persona que actúe en su nombre», incorporando expresamente la regla de la actuación en nombre de otro del art. 31, que de todos modos sería aplicable, pero lo hace puntualmente y no con carácter general para todas las insolvencias punibles, a las que no por eso dejaba de serles aplicable el contenido regulatorio del art. 31.

Anticipando la impresión general que surge del examen de conjunto, cabe señalar lo siguiente: la selección arbitraria de un solo tipo, o de únicamente algunos de entre los que forman parte de un grupo de delitos con características comunes, para someterlos a una

tipos específicos, como ocurre con los de alzamiento de bienes de los arts. 257.1.2.º y 257.2; o bien zanje debates doctrinales expresamente, como al establecer la irrelevancia del carácter público o privado de las deudas en el mismo delito de alzamiento de bienes en el art. 257.3. Sin embargo, en estos casos la voluntad del legislador se expresa legítimamente, por cuanto que se trata solo de delimitar descriptivamente con mayor precisión el ámbito de lo prohibido, lo que sí forma parte de su misión.

regla específica, constituye una de las prácticas viciadas más extendidas en la Parte Especial. Este modo de proceder, de dudosa competencia del legislador, dista de estar exento de riesgos. En efecto, al dirimir una cuestión interpretativa planteada por preceptos con su propio contenido regulador, el legislador asume el papel de intérprete y, suplantando las reglas de la lógica jurídica — eminentemente técnicas — por la voluntad ordenadora, se expone al riesgo de contradecir injustificadamente en el caso concreto reglas de ámbito más general; es decir, de infringir las reglas establecidas por él mismo.

Tal es precisamente la situación en las cuestiones concursales expresamente resueltas en la ley, cuyo inventario ha aumentado desmesuradamente en las tres decenas de reformas experimentadas por el CP de 1995, como tendremos oportunidad de comprobar.

2. EN PARTICULAR, LA TÉCNICA DE LAS REGLAS CONCURSALES EXPRESAS EN LA PARTE ESPECIAL

En ocasiones, no obstante las reglas generales del Libro I CP al respecto, en relación con determinados tipos delictivos la ley impone en concreto cómo deben contarse las eventuales figuras delictivas concurrentes, previendo en particular si los tipos en principio llamados a aplicarse deben computarse como otros tantos delitos, o si solo uno de entre ellos será de aplicación, desplazando al resto; decisiones concretas que no siempre se atienen a las reglas generales y que obviamente dan lugar a muy distintas consecuencias en materia de determinación de la pena.

Hemos comprobado cómo no está vedado con carácter general establecer excepciones a reglas generales en la Parte Especial, sino que puede resultar legítimo modular, especificar e incluso prever excepciones, como ocurre, p. ej., con las reglas de pluralidad de sujetos intervinientes o de punibilidad de las distintas fases del delito, donde las normas específicas complementan las genéricas en orden a precisar el alcance de los hechos prohibidos, dada la eventual especificidad de algunos de ellos.

Sin embargo, en la materia concursal en seguida aparecen razones para cuestionar, ya de entrada, la legitimidad del ajuste de precisión en la Parte Especial. En efecto, las normas de cómputo de tipos y determinación de la relación consiguiente entre sus respectivos

marcos penales constituyen no normas de ulterior especificación de las que delimitan los tipos, sino normas sobre normas, que establecen y disciplinan las posibles relaciones entre ellas.

Así, en los supuestos específicamente regulados de concurso, a diferencia de en los de interpretación auténtica en sentido estricto, ya no se trata simplemente de delimitar con más precisión el alcance de los tipos y sus elementos, de declarar y aclarar la verdadera voluntad del legislador-hablante cuando se sirve de cierto término típico; en suma, no se trata de perfilar más precisamente el contenido de lo prescrito, en ejercicio de su soberanía; sino que, una vez que ha descrito los distintos hechos humanos no deseados, en ellos la ley se arroga la función *técnica* de establecer cómo se interrelacionan ontológicamente estos, algo que ya no forma parte de la materia propia de la *prescripción* (*deber ser*), sino solo de investigar la respectiva *descripción* (*ser*)⁵.

Quizá quepa ayudar a la captación plástica de esta idea con un símil. Imaginemos que la descripción de los tipos de delito equivale al acotamiento de diversas regiones geográficas, la relación entre las cuales puede consistir, ora en la inclusión completa en una de ellas, en la intersección parcial entre varias, en la contigüidad o en la ausencia de contacto. Pues bien, una vez que se han enumerado estas formas abstractamente posibles de interrelacionarse los espacios (lo que equivaldría a las reglas concursales de la Parte General), y una vez que se han descrito los distintos espacios existentes, tomando como referencia, p. ej., accidentes geográficos reconocibles (delimitación de los tipos de la Parte Especial), carece de sentido indicar a continuación cómo se relacionan algunos, y solo algunos, de esos espacios entre sí. Porque, al aplicar en concreto alguna de las reglas abstractas, o bien se tratará de un recordatorio innecesario (puesto que la descripción de cada espacio concreto ya habrá reflejado perfectamente su perímetro), si la regla se aplica bien; o bien se incurrirá en contradicción con las reglas generales, si se aplican mal (p. ej., señalando que entre dos regiones no se produce solapamiento, cuando realmente de la acotación previa de una y otra se deduce que una está totalmente incluida en la otra).

⁵ Descripciones típicas que obviamente no solo constarán de elementos descriptivos, sino también normativos.