

EL CONCURSO APARENTE DE LEYES

Por el Lic. Salvador ROCHA DIAZ

LA DOCTRINA ALEMANA era, hasta hace muy poco tiempo, la única que se ocupaba del estudio de este problema, el cual empezó a estudiarse en el *Tratado de Derecho Penal* de Adolfo Merkel. En Italia, Grispigni nos dice que este tema era casi ignorado por la teoría italiana y que estaba especialmente confundido con el concurso formal o ideal de delitos; pero después de la primera edición de su libro *Derecho Penal Italiano*, este tema fue especialmente tratado por Frozalli, Ranieri y Spiezia. En España y luego en Argentina fue estudiado en primer lugar por el maestro español Luis Jiménez de Asúa; después lo han estudiado los profesores argentinos Sebastián Soler, en su *Tratado de Derecho Penal*, y Gavier, en una admirable monografía.

TERMINOLOGÍA

Ha recibido diferentes nombres entre los que es conveniente citar: relaciones de las figuras entre sí (Soler), concurso aparente de disposiciones penales coexistentes (Grispigni), concurso aparente de leyes (Cuello Calón, Jiménez de Asúa, y muchos otros autores), concurso impropio de leyes, concurso aparente de tipos, concurso aparente de normas, concurso aparente de delitos, concurso ficticio de leyes, etc., Jiménez de Asúa también lo denomina conflicto aparente de disposiciones penales.

Grispigni no está de acuerdo con la terminología acostumbrada, inclusive la usada por él, ya que dice que no se trata de un concurso aparente de leyes, sino de una concurrencia de dos disposiciones que se encuentran en contra, en tanto que cada disposición se presenta como capaz de aplicarse al caso concreto exclusivamente. Justifica su terminología diciendo que esta denominación, *gesetzkonkurrenz*, se ha difundido desde hace mucho tiempo y desde la doctrina hasta la práctica penal, particularmente en Alemania por la obra de Merkel que usa ese término y que cam-

biarla traería más confusión a este problema de la ya existente, la cual es enorme.

Cuello Calón también critica la terminología diciendo que los casos de concurso de leyes propiamente no lo son, ya que más bien se trata de una ley que es excluida por otra.

Grispigni nos dice que la palabra "aparente" tiene dentro de la denominación del problema una importancia muy grande, ya que el problema es calificado así porque el ordenamiento, explícita o implícitamente, ofrece los criterios para la determinación de cuál será la norma aplicable al caso concreto; es decir, que el conflicto existiría realmente solamente que el mismo ordenamiento no lo resolviese.

LOCALIZACIÓN DEL PROBLEMA EN LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO PENAL

Este punto es fundamental en el planteamiento de cualquier problema, ya que de su ubicación en la sistemática de su ciencia dependerá la premisa menor a priori que adoptemos para llegar a la conclusión, siendo la premisa mayor el problema en sí.

Se han cometido muchos errores a este respecto y en dos partes de la sistemática del Derecho Penal se ha querido inmiscuir este problema: la teoría del delito y la teoría de ley, correspondiendo a esta última el estudio del concurso aparente de leyes, como lo veremos a continuación. Es fundamental para la correcta localización del problema que me ocupa, hacer la distinción entre el concurso aparente de leyes y el concurso ideal de delitos, pero aquí lo omitiré por desarrollarlo en el final de este estudio.

Los escritores alemanes que habían desarrollado el tema antes de escribir el jurista italiano Filippo Grispigni su libro *Curso de Derecho Penal*, no obstante de haber hecho correctamente la distinción entre el concurso aparente de leyes y el concurso ideal de delitos, habían desarrollado el concurso de leyes en la teoría del delito. Estos autores que son, fundamentalmente, Binding, Mayer, Hippel, Mezger, Liszt-Schmidt, y especialmente Lent, Baumgarten y Honig, son criticados por Grispigni, diciendo que el desarrollo del tema donde ellos lo hicieron es impropio, ya que a todas luces el problema pertenece a la teoría de la ley y más concretamente a la teoría de la aplicación de la ley, donde él lo trata; así lo reconoció Liszt-Schmidt. Grispigni lo trata en su capítulo V, denominado "Normas sobre la aplicabilidad del Derecho Penal", capítulo en que

lo desarrolla en una parte especial. Esta impropiedad criticada por la mayoría de los autores no alcanza a Binding, el cual estudia la alternatividad, la subsidiaridad y la consunción, como principios para resolver este problema, donde expone la ley penal y en el capítulo rubricado: "La relación recíproca de las leyes penales coexistentes".

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, SUS HIPÓTESIS Y ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS
QUE LA DOCTRINA HA CONSAGRADO PARA RESOLVERLO

Jiménez de Asúa nos dice que el problema se presenta en el proceso de subsunción, en el que hay que estudiar por lo tanto, cómo se relacionan y jerarquizan entre sí las diversas figuras penales y hasta las variadas disposiciones de orden general.

El planteamiento del problema es similar en la mayoría de los autores. Nos dicen: las normas que constituyen el ordenamiento jurídico penal se caracterizan por la unidad del sistema, siendo algunas independientes y otras coordinándose, integrándose y excluyéndose recíprocamente. En la mayor parte de los casos es fácil resolver si dos normas de un mismo ordenamiento, simultáneamente vigentes en un mismo lugar, concurren o se excluyen entre sí. Sin embargo, algunas veces la resolución presenta problemas, siendo dudoso si la aplicación de una disposición permite o excluye la contemporánea o subsiguiente aplicación de otra disposición. Es conveniente en llegando a este punto hacer especial aclaración de que se trata de normas vigentes al mismo tiempo y en el mismo lugar, para distinguir este problema de un problema de derecho penal internacional que se presenta cuando un hecho cae bajo diferentes ordenamientos jurídicos, y de otro de sucesión de leyes, cuando un hecho cae bajo normas vigentes en épocas diversas.

Este es el problema en sí: Dictaminar cuál norma es aplicable de entre dos o más que concurren al hecho concreto. Las hipótesis que se pueden presentar son dos: 1.—Concurso de normas pertenecientes a dos leyes diversas; y 2.—Concurso de normas pertenecientes a una misma ley; en esta última hipótesis se pueden presentar los siguientes casos: conflicto entre normas de la parte especial de la ley, entre normas de la parte general y conflicto entre normas de la parte especial y la parte general. Señala Grispigni al respecto que el concurso aparente de normas se produce no sólo respecto de normas que describen tipos particulares de delito, sino también respecto de las normas de la parte general, sea que

éstas tengan por objeto un elemento del delito o una circunstancia agravante o atenuante.

No todos los autores están de acuerdo en recibir todos los principios que desarrollaré, ni en adoptar el criterio de los efectos que producen. Grisogni trata de especialidad, subsidiaridad y consunción; Soler, de exclusividad, especialidad y subsidiaridad; Gavier, de exclusividad, especialidad y neutralidad, desdoblando este último, con cierta contradicción, en subsidiaridad y consunción; Beling, de exclusividad, especialidad y neutralidad; y, finalmente, Hipper, de especialidad y subsidiaridad. Desarrollaré los fundamentales y su aplicación.

Los cuatro principios fundamentales dentro de los cuales quedan subsumidos los demás son:

1.—*Principios de especialidad*: Puede formularse diciendo que en el caso de que una misma materia sea regulada por dos leyes, de las cuales una es especial y la otra es general, la ley especial deroga a la ley general; lo mismo que si se trata de disposiciones de una misma ley. Enunciado clásicamente el principio de especialidad pregona: “*Lex specialis derogat legi generali*”.

Para efecto de la aplicación del principio de la especialidad es necesario notar cuál ley es considerada como general y cuál como especial. Ley general es la que configura el delito de modo genérico sin individualizar sus elementos constitutivos. Ley especial es la que contiene todos los caracteres de la ley general y además otros determinados caracteres específicos que individualizan los elementos integrantes del delito. Grisogni dice: “si dos disposiciones están en relación de general y especial, cuando los requisitos del delito-tipo general están todos contenidos en la especial, que tiene además uno o varios requisitos específicos propios, es lógico, en consideración a los requisitos específicos que la ley especial goce de preferencia en la aplicación”. Y sigue diciendo que es natural que se aplique la ley especial, ya que de no ser así, ¿para qué se establecería la ley especial?

Lent, Honig y Mezger ponen de relieve que entre el principio de especialidad y los otros principios hay una notable diferencia: Mientras que el primero da preferencia a una norma sobre otra, las cuales regulan un mismo hecho, con un fundamento lógico que se deduce de la comparación de los dos delitos-tipo abstractos, los otros dan preferencia a una apoyándose en un juicio axiológico de las dos disposiciones, de modo que la preferencia no puede basarse en la simple comparación de las

dos figuras delictivas, sino que requiere un examen del delito concreto, debiendo deducirse, en consecuencia, “contacto jurídico”, según la feliz expresión de Mayer.

2.—*Principio de consunción*: A este principio Grispigni lo denomina de inclusión. Se enuncia así: cuando un hecho previsto por una norma está comprendido en el hecho previsto por otra norma de más amplio alcance, se aplica esta última. Clásicamente se enuncia diciendo: “Lex consumens derogat legi consuetae”.

La mayor amplitud de la norma puede resultar de la naturaleza del bien jurídico tutelado, el cual comprende también el tutelado por la otra norma (ej.: homicidio y lesión personal), o de la naturaleza de la materia y de los medios empleados o de los efectos producidos, o bien de que describa como elemento constitutivo o circunstancia el hecho previsto por la otra norma.

Aunque Hippel considera que el principio de consunción no tiene substantividad propia y distinta del de especialidad y subsidiaridad, porque los casos que se hacen entrar en aquél pueden todos encuadrarse en uno u otro de estos criterios. Los autores y especialmente Ranieri y Grispigni, suelen distinguir dos especies de consunción: el delito progresivo y el delito complejo.

Delito progresivo existe cuando el agente, realizando un acto único de voluntad, una conducta inicial, pasa en la misma acción a una actividad ulterior que realiza una forma de delito más grave, que incluye entre sus elementos constitutivos al delito más simple o menos grave. El ejemplo clásico que citan los autores es el de la persona que infiere unas lesiones que después causan homicidio. Este caso de que el autor cause unas lesiones a una persona que después muere, sólo hay homicidio y no lesiones y muerte; es lo que se llama forma progresiva “minus-plus”.

El delito complejo o compuesto es aquél en el cual dos o más delitos previstos por otras normas, son encarados como elementos constitutivos de él, o bien uno como elemento constitutivo y otro como circunstancia agravante. Por ejemplo, el uso de armas de fuego, agravado por lesión corporal.

3.—*Principio de subsidiaridad*: Este principio consigna que cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquélla. Clásicamente se enuncia: “Lex primariae derogat legi subsidiariae”. No podemos deducir

la subsidiaridad de la neutralidad como lo ha hecho Gavier, porque lo que se relaciona e influye no es neutral.

Una ley tiene carácter subsidiario respecto a otra principal, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorto por ésta. Mayer, Lent y Honig niegan que el principio de subsidiaridad se refiera propiamente al concurso aparente de leyes, y lo estiman como concurso real impropio, porque las dos leyes o disposiciones legales presuponen dos hechos distintos. Ciertamente que a veces la subsidiaridad se refiere a esta hipótesis, pero a menudo resuelve también la subsunción de un mismo hecho. En el caso más frecuente de subsidiaridad, en que una disposición sólo debe aplicarse cuando el hecho no constituya un delito más grave, aparece paladino que el mismo hecho ha sido previsto por dos disposiciones. Y puesto que se aplica de ordinario la ley principal, sólo rige la subsidiaria cuando el hecho está previsto exclusivamente por ésta.

Las más importantes disposiciones subsidiarias, nos dice Jiménez de Asúa, son las referentes a la tentativa, que sólo es punible como tal manifestación del delito, cuando éste no se ha consumado; y a la complicidad, puesto que sólo es punible por este título, el sujeto que no perpetró actos de autoría.

4.—*Principio de Alternatividad*: Filippo Grispigni señala que algunos escritores alemanes agregan el principio de alternatividad, el cual es entendido de diversas maneras. Para Binding (*Handbuch*, 351) existe alternatividad cuando “dos contenidos de delito, que tutelan un bien jurídico, se excluyen recíprocamente, en cuanto exigen caracteres contradictorios”. A esta afirmación la critica Grispigni y Mayer diciendo que cómo es posible que en esa hipótesis pueda hablarse de concurso de normas: si los requisitos del delito están en contradicción entre sí, significa que las dos normas no pueden aplicarse a un mismo hecho.

Según Honig existirá alternatividad cuando dos disposiciones se comportan, respecto a la tutela de un mismo bien jurídico, como medios diferentes para un mismo fin. A la diversidad de medios corresponde la inconciliabilidad de aplicación de las normas. Se puede producir respecto a un mismo hecho o en cuanto a varios; en este último caso, resulta la impunidad del hecho posterior. Le parece a Grispigni que estos casos están incluidos en la subsidiaridad. Grispigni considera que la referencia de la conducta a los tipos, como dos círculos secantes es constitutiva de

concurso formal de delitos, y que, en cambio, en el concurso aparente de leyes, los dos círculos son coincidentes y "siempre el uno está por entero comprendido en el otro". Con esta doctrina ha dado Grispigni un golpe de muerte a la alternatividad, de la que lógicamente prescinde.

Honig ha puesto de relieve, lo que constituye para él un mérito indiscutible, que es erróneo considerar los criterios o principios para la resolución del aparente concurso de leyes como subespecies de éste, siendo que aquéllos regulan un campo más vasto, del cual el concurso de leyes no representa más que una figura.

Grispigni divide los casos en los que deben ser aplicados los principios señalados para la resolución del problema de aplicación de tal o cual norma, en dos grupos, según que las disposiciones de cuya concurrencia o exclusión se duda, se refieran a una única hipótesis concreta o a una pluralidad de delitos. No vuelvo a estudiar aquí las hipótesis que presenta Grispigni por haberlas desarrollado al hacer el estudio de los principios.

Los Códigos penales no suelen prever el llamado concurso aparente de leyes, y solamente como excepción pueden citarse el Código Penal Italiano de 1930 que en su artículo 15 dispone que cuando varias leyes o varias disposiciones de la misma ley regulen la misma materia, la ley o la disposición de la ley especial deroga la ley o disposición de la ley general, a menos que se disponga lo contrario. Aquí se adopta el llamado principio de la especialidad.

También el Código penal español vigente ha regulado el concurso aparente de leyes, por primera vez en la legislación española. En su artículo 68 declara que "los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos". Sigue por tanto, el Código español el principio del predominio de la ley principal, de la ley que establece pena mayor sobre la que señala pena menor. El mismo texto legal en otras disposiciones, aunque con menos frecuencia que los códigos anteriores, adopta también el criterio de predominio de la ley que establece la pena más grave. Sin embargo, la jurisprudencia en algún fallo anterior a la promulgación del Código actual, se ha inspirado a la vez en el aludido principio, en el principio de la especialidad (Marzo de 1940). Requiere el artículo citado que se trate de un solo hecho al que sean aplicables dos o más preceptos del Código, por tanto, no será aplicable a hechos diversos cometidos por el mismo reo aunque fueren delitos conexos (Marzo de 1946). El texto legal no prevé el caso de con-