



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Matus A., Jean Pierre

La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el
presente (segunda parte)

Ius et Praxis, vol. 7, núm. 2, julio-agosto, 2001, pp. 237-400
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19770216>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

La Teoría del Concurso (Aparente) de Leyes en la Dogmática Alemana, desde sus Orígenes hasta el Presente
(Segunda Parte)

Jean Pierre Matus A. (*)

(*) Abogado P.U.C. de Chile, Dr. y Mg. en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho penal en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Este artículo, así como su primera parte, están extraídos de mi tesis doctoral: *Concurso (aparente) de leyes y concurso entre especies de un mismo género en el nuevo código penal español de 1995. Aproximación histórica y analítica*, Barcelona, 1996 (Apto cum laudem).

1. INTRODUCCIÓN

La presente exposición es la continuación del trabajo que bajo el mismo título publicase esta Revista en el N° 2 de su año 6, pp. 295-371. Allí se anticipó que, conforme la distinción propuesta por Abels (1991:19. 23), existen dos formas de abordar el problema del concurso (aparente) de leyes penales: la del sistema clásico, que considera que dentro del concurso (aparente) de leyes se reúnen diferentes situaciones que requieren, por tanto, diferentes principios que den cuenta de las mismas (y cuyo análisis histórico se presentó en la primera parte de este trabajo); y la de los sistemas monistas, que, en cambio, abordan la materia entendiendo que hay en ella una única naturaleza común que permitiría explicar sus casos y las soluciones que se proponen para ellos¹. En esta oportunidad, nuestra exposición se centrará precisamente en los autores de la variante monista, entre las cuales se cuentan, principalmente, los aportes clásicos de Beling (1906) y Klug (1956), y también los recientes, de Jakobs (1991) y Puppe (1979).

2. LOS PRECURSORES: KÖHLER, HÖPFNER Y BELING

2.1. Köhler, la "especialidad en sentido amplio" y el principio ne bis in idem

Köhler publica en 1900 su monografía Los límites entre el concurso ideal y el concurso de leyes, en la cual trata el concurso (aparente) de leyes desde un punto de vista diferente del sistema clásico dominante a partir de la obra de Binding. Los puntos básicos de este sistema monista son la atribución de un carácter concursal al instituto, su limitación a los supuestos de unidad de hecho y la reducción de los principios de solución del sistema clásico -especialidad, subsidiariedad y consunción- a una sola idea matriz: la "unidad de culpa" o "motivación" presente en todo suceso subsumible en

leyes que se encuentran en relación de ley general y ley especial, en términos del autor: relación entre un supuesto de hecho más extenso y otro más estricto. La doble valoración de esta "unidad de culpa" presente en tales casos supondría, según Köhler, la infracción al principio *ne bis in idem*, cuya aplicación justificaría excluirlos de la regulación concursal común (§§73ss).

El carácter concursal de la institución viene dado porque, según Köhler (1900:8s), en derecho penal pueden haber concursos ("reunión o existencia simultánea") de muchas especies, p. ej., "de penas, de leyes violadas, de conceptos de delitos, de concretos supuestos de hecho, de acciones o de resultados", pues "en la medida que el sujeto del concurso cambia, entonces también puede entenderse como distinta la clase y forma del concurso"; luego, "si un concreto supuesto de hecho cumple con los requisitos que literalmente exigen tanto el §242 [hurto] como el §370 N° 5 Cp alemán [hurto famélico], entonces concurren esos dos párrafos", "pero no concurren en la aplicación [de la pena], sino solamente en la infracción formal [de la ley]". En tales casos, no existiría para el autor "una concurrencia de delitos", "sino más bien solamente una concurrencia formal de las correspondientes leyes"².

Según Köhler (1900:40s), formalmente, "los conceptos de concurso de delitos [en general] y concurso de leyes sólo tienen en común que un suceso puede remitirse a la literalidad de varios supuestos de hecho legales (= conceptos de delito). En tanto que la posibilidad de esta plural remisión está dada por la presencia de una pluralidad de acciones independientes, existe concurso real; por contra, el concurso ideal y el concurso de leyes tienen en común la propiedad de que la plural remisión del suceso a los supuestos de hecho legales sólo tiene por común fundamento una acción". Además, existiría una diferencia formal general entre el concurso de leyes, por una parte, y el ideal y el real por la otra, la cual radicaría -según Köhler (1900:42s)- en que mientras en el primero "los varios supuestos de hecho no son aplicables simultáneamente, pues existen circunstancias en virtud de las cuales se concluye que la aplicabilidad de uno de los supuestos de hecho debe excluir la del o los restantes supuestos de hecho"; en cambio, en los segundos, "no existe ninguna circunstancia que lleve a la conclusión de que determinado suceso no deba subsumirse bajo los varios supuestos de hecho simultáneamente (uno junto al otro)", por lo cual aparece como obligatoria "la simultánea aplicación de los conceptos de delito", quedando como una cuestión diferente y posterior la forma en que consistiría tal aplicación conjunta, esto es, si se aplica un criterio de absorción, como disponía el entonces vigente §73 para los casos de concurso ideal, o uno de acumulación jurídica, como lo hacía el §74 para los de concurso real. De esta diferenciación formal resulta que mientras respecto al concurso real, el límite con el de leyes se remite a la determinación o no de una "pluralidad de acciones independientes", con respecto al ideal dicho límite se encontraría al "determinar cuáles circunstancias justifican estimar que dos supuestos de hecho legales no deben aplicarse simultáneamente uno junto al otro a una acción y, a la inversa, cuáles ofrecen un criterio para [estimar] concurso ideal". Tal "circunstancia" o diferencia material entre el concurso ideal y el de leyes radicaría, según Köhler (1900:62) en que el autor se representara o no "los varios resultados jurídicos (en sentido amplio)" que provoca el suceso y de los cuales puede ser declarado culpable³.

Esta "pluralidad de culpas" no existiría en los casos de concurso de leyes, esto es, cuando concurre un supuesto de hecho más extenso (esto es, "que posea un ámbito de aplicación mayor o comprenda menos elementos típicos") con uno más estricto (esto es,

"que posea un alcance más restringido o comprenda más elementos típicos"), pues la sola representación del resultado jurídico (en sentido amplio) descrito en el supuesto de hecho más estricto contendría la del descrito en el supuesto de hecho más extenso - principio de especialidad-, o presupondría que éste no se presentaría in concreto - principio de subsidiariedad-4. Según Köhler (1900:60), en estos casos, "la razón por la cual no se aplican simultáneamente ambos supuestos de hecho, el más extenso y el más estricto, es el principio de que un mismo supuesto de hecho legal no debe aplicarse dos veces a un mismo suceso histórico, es decir, primero como parte del supuesto de hecho más estricto y luego como el supuesto de hecho más extenso e independiente. Esta es agrega Köhler sólo una consecuencia material del principio ne bis in idem".

Pero el hecho de que mencione Köhler como dos principios más o menos independientes los de especialidad y subsidiariedad, no significa que en su concepto efectivamente lo sean, pues no sólo los remite a una misma justificación para excluirlos del régimen concursal común, sino que, además, no ve Köhler (1900:63) entre ellos otra delimitación que la del punto de vista que se adopte: "se puede decir que el homicidio es aquella lesión de la cual resulta dolosa o culposamente la muerte de un hombre (homicidio y lesiones se contemplan entonces desde el punto de vista de la especialidad); o decir: quien maltrata por las vías de hecho a otro o daña su salud sin causarle dolosa o culposamente la muerte, es culpable de un delito de lesiones (en este caso, las lesiones son vistas en relación al homicidio desde la perspectiva de la subsidiariedad)". En verdad, para Köhler (1900:60), "consideradas en sus principios, especialidad y subsidiariedad significan más o menos lo mismo: cuando existe un supuesto de hecho más extenso y otro más estricto, éstos no pueden ser aplicados al mismo tiempo, sino más bien [sucede que] por la aplicación del supuesto de hecho legal más estricto (esto es, del que comprenda más elementos típicos, o posea un alcance más restringido) se excluye la del supuesto de hecho legal más extenso (esto es, del que posea un ámbito de aplicación mayor, o comprenda menos elementos típicos)".

De este modo, el sistema de Köhler parece constituir una "puesta al día" de la formulación original de Merkel, basada en la relación entre ley general y ley particular como excepción al régimen concursal común, esto es, un sistema monista basado en la idea de la especialidad (para casos en unidad de hecho). Sin embargo, el sistema de Köhler quiebra con esta idea monista en dos puntos importantes: primero al extender el concepto de relación entre un supuesto de hecho más extenso y otro más estricto más allá de los límites que la lógica impone a la relación de especialidad, y segundo, al intentar reagrupar bajo el concepto de subsidiariedad la mayor parte de los casos de concurso de leyes que formaban parte de los principios del sistema clásico de Binding.

En efecto, por una parte, según Köhler (1900:60s), para entender que un supuesto de hecho más estricto comprende otro más extenso, no sería imprescindible que tal comprensión fuese "lógicamente necesaria", sino que "sería más bien suficiente, que la ley, al establecer un supuesto de hecho legal, no quiera tener en cuenta el caso del desacuerdo del más extenso con el más estricto cuando [este desacuerdo es] apenas existente, irrelevante o insignificante", como sucedería en caso que "las penas entre dos leyes penales [fuesen] muy diferentes", pues en tales casos "no querría el legislador que se estimasen dos o más delitos independientes", como sucedería si alguien mata a su víctima con un disparo y le destroza la ropa, o intenta hacer circular dinero falso reconocible a primera vista, casos en los cuales le parece a Köhler (1900:61) que estimar concurso ideal entre homicidio y daños o entre falsificación y estafa no sería

adecuado, pues "iría contra el sentido práctico, [entender] que el legislador al formular el §73 Cp alemán debió haber pensado en una pluralidad de leyes violadas, aún cuando ellas generalmente no se considerarían como tales". Y por otra, admite Köhler, aparte de los casos de especialidad⁵ y subsidiariedad expresa⁶, los de subsidiariedad tácita, y entre ellos no sólo todos aquéllos que admitía la doctrina que seguía el sistema clásico⁷, sino también la mayoría de los que esta misma doctrina estimaba en consunción⁸ o en alternatividad, en el sentido de Binding⁹.

Con estos antecedentes, no es de extrañar que 17 años después el propio Köhler en su Derecho penal alemán abandonase el sistema monista que propuso en 1900, sin mencionar siquiera el principio *ne bis in idem*, y admitiendo los cuatro principios del sistema clásico con sus respectivas e independientes definiciones y ámbitos de aplicación¹⁰.

2.2. Höpfner, Beling y las relaciones lógicas entre supuestos de hecho

2.2.1. Höpfner

A pesar de que en su trabajo titulado Unidad y pluralidad de delitos Höpfner (1901:182, y nota 31) declara que el estudio de los casos de concurso aparente de leyes, como prefiere denominarlo¹¹, correspondería propiamente al de la interpretación de los tipos legales en particular, y no a la materia que él aborda, remitiendo expresamente su análisis detallado al trabajo de Köhler, Höpfner (1901:173ss) ofrece el primer acercamiento al mismo desde el punto de vista de las relaciones lógicas existentes entre distintos supuestos de hecho legales -los cuales "representan las condiciones [de aplicación] de cada amenaza penal"- con el objetivo de descubrir las razones que justifiquen el que la pena de un supuesto de hecho legal decaiga cuando un supuesto de hecho concreto -una acción o suceso real- es subsumible en él, pero también en otro supuesto de hecho legal cuya amenaza penal resulta aplicable y preferente.

Según Höpfner (1901:174), en caso de concurrir varios supuestos de hecho legales en la regulación de un mismo supuesto de hecho concreto, "podemos distinguir según si la acción que produce el supuesto de hecho [concreto] representa la violación de una o de varias normas"¹²: Si se lesionan "una sola norma", "los supuestos de hecho legales pueden relacionarse entre sí, o bien de modo que uno de ellos se encuentre completa y lógicamente comprendido en el otro (así p. ej., las lesiones y las lesiones cometidas con un instrumento peligroso) -relación de subordinación, en términos del autor¹³-, o bien de modo que no siendo el caso anterior, tampoco lo sea el de que uno de ellos excluya lógicamente al otro (p. ej., hurto en lugares de culto y hurto con armas:en ambos casos sólo se trasgrede la prohibición de hurtar)". Si dicha acción infringiese varias normas, los supuestos de hecho legales podrían encontrarse en una relación consistente en que "ambos se realizan regularmente [uno junto al otro]", como sucedería, p. ej., entre el "incesto y el adulterio", pues cuando se realiza el supuesto de hecho del incesto, regularmente se realizaría también el del adulterio¹⁴.

Sin embargo, la introducción del factor "unidad o pluralidad de normas infringidas" oscurece muchas de las claras conclusiones a que podría llegar el autor de considerar las relaciones entre supuestos de hechos legales con independencia de si éstas tienen como sustrato la violación de una o varias "normas". En efecto, aunque Höpfner ve claramente una relación de "subordinación" entre el supuesto de hecho legal que "comprende total y lógicamente a otro" y este otro supuesto de hecho legal, no se explica del todo claramente por qué considera también existe la misma relación entre

los supuestos de hecho de un delito complejo y los de los delitos que lo componen, ya que él mismo considera en tales casos habrían, por lo menos, dos "normas" a infringir - las de los delitos que se reúnen en el complejo-15. Y a la inversa, si admite Höpfner (1901:178) que "el homicidio es imposible sin la lesión de la integridad física" y que "el supuesto de hecho de aquella norma [prohibición de matar] está en relación de species a genus con el supuesto de hecho de la infracción de esta norma [prohibición de lesionar]", la resistencia a estimar entre tales supuestos de hecho una relación de subordinación, como la que declara existente entre los delitos complejos y los simples que los componen, no se explica del todo con sólo afirmar que aquí sí habrían "varias normas lesionadas".

2.2.2. Beling

Un par de años más tarde retoma Beling en su Teoría del delito la tarea emprendida anteriormente por Höpfner de establecer las relaciones existentes entre distintos supuestos de hecho, en la terminología de Beling, tipos o tipos de delito¹⁶. Según Beling (1906:303), las teorías del concurso ideal y del de leyes "padecerían" de una "insuficiente" atención a las "relaciones lógicas de los tipos y de las amenazas penales", en vez de las cuales se preferiría construirlas tomando "elementos extraños" a las mismas. En particular, este sería el error que les atribuye Beling a las construcciones recién analizadas de Höpfner y Köhler, las cuales fijarían la existencia o no de un concurso ideal o de uno aparente, básicamente por el número de normas violadas (antijuridicidad, en la terminología de Beling) o por el de culpas implicadas en el hecho. Según Beling (1906:303s) la "doble antijuridicidad", entendida como una "infracción de dos o más normas", no puede afirmarse, pues para él la «antijuridicidad», aparte de no ser un elemento del tipo, sería respecto a cada acción "única": "una acción es o no es antijurídica", pudiéndose establecer el grado de tal antijuridicidad, pero no el número de la misma. Para Beling este error procede de una errada metodología, la cual, basada en la teoría de las normas de Binding, haría depender el número de delitos del número de normas violadas, en la forma "delito=acción antijurídica" (contraria a una norma), cuando el proceder adecuado sería establecer primero el número de acciones y luego si éstas son o no antijurídicas. Este es el error que le atribuye Beling (1906:303 nota 1 y 304 nota 1) a las construcciones de Höpfner y Köhler, aunque en propiedad, el error de este último, desde la perspectiva de la teoría de Beling no consistiría tanto en contar delitos por el número de normas violadas, sino por el número de "culpas" involucradas, teoría que "naufraga -afirma Beling (1906:309 nota 1)- en la imposibilidad de sustantivizar y contar la culpa", por no ser ésta un elemento del tipo.

Según Beling (1906:304s) los tipos sólo pueden estar entre sí en relaciones de exclusividad, especialidad o neutralidad, a cada una de las cuales correspondería una diferente relación entre las amenazas penales asociadas a dichos tipos (y con ellas las leyes penales -disposición legal que reúne tipo y la amenaza penal-, a saber, alternatividad o subsidiariedad (de la amenaza penal o de la ley penal, según el caso)¹⁷.

En relación de exclusividad se encuentran dos tipos cuando "la afirmación de uno de los tipos significa al mismo tiempo el rechazo del otro y viceversa", como sucedería entre hurto y apropiación indebida, pues según la interpretación de los mismos entonces aceptada "hurto es siempre sustracción; [en cambio], apropiación indebida es siempre apropiación sin hurto"¹⁸, entre sus ámbitos de aplicación existiría una relación aut-aut. "Exclusividad de los tipos implica alternatividad de las amenazas penales": "quien

aplica la ley debe decidirse en el caso concreto por uno u otro tipo (...): si se decide por el tipo a, entonces es la amenaza penal ad a la aplicable; si lo hace por el tipo b, entonces lo es la amenaza penal ad b. Entre las amenazas penales es impensable cualquier concurrencia"¹⁹.

En relación de especialidad o de subordinación se encuentran dos tipos cuando "afirmar uno de los tipos significa al mismo tiempo y necesariamente la afirmación del otro", tal como sucedería entre los tipos privilegiados o calificados y los tipos sencillos²⁰. "La relación de especialidad de un tipo respecto de otro conduce a la subsidiariedad de la amenaza penal asociada al tipo superior [subordinante]: ella sólo es aplicable cuando el tipo inferior [subordinado] con su amenaza penal no entran en consideración". Esta subsidiariedad -en el sentido de "aplicabilidad condicionada"- de la amenaza penal del tipo superior sería en estos casos "total e ilimitada", "esto es, la admisión del tipo especial elimina totalmente el tipo superior y su amenaza penal", con independencia de si al final se aplica o no la pena asociada al tipo especial por cualquier razón ajena a la tipicidad, "pues en el tipo inferior está incluido el tipo superior"²¹.

Por último, en relación de neutralidad se encontrarían dos tipos cuando "la afirmación de un tipo no implica ni la afirmación ni el rechazo del otro": "ellos son entre sí diferentes, pero no contrapuestos", como sucedería entre "daños en las cosas y lesiones" y entre "injurias y amenazas", en la existente entre "varios tipos inferiores [subordinados o especiales] de un mismo tipo superior [subordinante o general]", o en aquélla en que "un tipo parece como de segundo rango frente al otro" -"relación valorativa" de plus-minus-, tal como sucedería "cuando se tipifican independientemente (haciéndolos delicta sui generis) meros actos preparatorios o accesorios"²². En virtud de la relación de neutralidad entre tipos "sería lógicamente pensable la acumulación [de las amenazas penales]", aunque según Beling (1906:306) "tal posibilidad es rechazada decididamente por el derecho positivo", "consecuentemente, sólo una amenaza penal es aplicable: los casos estarán entonces en concurso ideal o en concurso de leyes", y en ambos supuestos una de las amenaza penales tendrá un carácter "subsidiario", pues su aplicabilidad estaría "negativamente condicionada por la de la otra"²³. La diferencia entre concurso de leyes y concurso ideal radicaría entonces, según Beling (1906:306s) en que mientras en el primero "la ley quiere que no sólo la amenaza penal sino también el tipo mismo no se consideren: la ley penal como un todo es subsidiaria", "el hecho es castigado exclusivamente desde la perspectiva de la ley penal primaria", pues a esa condición -efectiva aplicabilidad de la amenaza penal primaria- quedarían sujetos tanto la amenaza penal como el supuesto de hecho; en cambio, en el concurso ideal "sólo la amenaza penal es dejada de lado" mientras "el hecho es valorado desde su doble tipicidad", esto es, "la acción como tal es subsumible en dos tipos", sólo que "la amenaza penal primaria asume las funciones de la subsidiaria"²⁴. Sin embargo, esta diferencia es sólo relativa a los efectos que tendría una u otra figura, pero no ofrece criterio alguno para determinar cuándo estaríamos ante un concurso de leyes y cuándo ante uno ideal. A esta cuestión responde Beling (1906:307) de la siguiente manera: "la exclusión de una ley penal como un todo, sólo puede tener sentido cuando ignorar el tipo que a ella pertenece está directamente ordenado (cfr. §49a Cp alemán) o sino cuando ello se desprende claramente de la voluntad de la ley [...] In dubio debe estimarse siempre concurso ideal²⁵".

En definitiva, para Beling (1906:310) la subsidiariedad -"aplicabilidad condicionada"²⁶- de una amenaza penal o de una ley penal como un todo (tipo y

amenaza penal) puede presentarse de tres formas²⁷: a) "subsidiariedad sólo de la amenaza penal (<<absorción>>) conservando la doble tipicidad: concurso ideal"; b) "subsidiariedad de la amenaza penal y del tipo para el caso de realizarse el tipo primario: especialidad"; y c) "subsidiariedad de la amenaza penal y del tipo para el caso de la punibilidad [del hecho] por el tipo primario: concurso de leyes entre tipos neutrales, que [también] puede denominarse correctamente <<consunción>>". El diferente tratamiento que según este esquema recibiría la especialidad respecto a los supuestos de concurso de leyes, esto es, hacer depender la exclusión de la amenaza penal subsidiaria de la sola realización del tipo principal (especial) y no de la efectiva aplicación de su amenaza penal, lo justifica Beling (1906:310s) afirmando que "en los casos de especialidad el typus specialis abarca completamente al typus generalis", luego sólo de él ha de hacerse depender la punibilidad o no del autor; en cambio, en los casos de concurso de leyes, al presentarse los tipos en relación de neutralidad "la afirmación del primario no es siempre, conceptual y necesariamente, también la afirmación del otro, sino que depende de las circunstancias del caso concreto": la punibilidad o no del autor no depende sólo de la del tipo primario, sino también de que se haya realizado o no el subsidiario.

Sin embargo, la empresa de reconducir el estudio de la concurrencia entre leyes penales a las relaciones lógicas existentes entre éstas no tuvo en la doctrina de principios de siglo la acogida que quizás esperase Beling. En efecto, ésta parecen sólo recogerla quienes intentan trasladar la problemática del concurso (aparente) de leyes al derecho civil²⁸, mientras los penalistas contemporáneos -entre los cuales dominaba sin contrapeso el sistema clásico de Binding- no se interesan en ella o si lo hacen, es sólo para criticarla²⁹. Incluso el propio Beling intentaría después, en las sucesivas ediciones de sus Fundamentos de derecho penal, reformular su teoría³⁰. De estos intentos surgiría el concepto de consunción, entendido como "total absorción del desvalor de injusto y culpabilidad del hecho"³¹, el cual sería adoptado primero por Honig, reduciéndolo eso sí a la consunción entendida como un principio más dentro de los cuatro reguladores del sistema clásico (cfr. Supra 2.2.3); y posteriormente, convertido en la definición misma de concurso (aparente) de leyes por una parte significativa de quienes pueden considerarse dentro del sistema clásico del mismo (cfr. Supra 2.1 y 3.1).

3. DE NUEVO SOBRE LAS RELACIONES LÓGICAS EXISTENTES ENTRE SUPUESTOS DE HECHO LEGALES: LA TESIS DE KLUG

En su artículo "Sobre el concepto del concurso de leyes", Klug (1956:399) pone de manifiesto "la gran divergencia de opiniones acerca del significado del concepto del llamado concurso de leyes o unidad de ley, como algunos la designan, y acerca de las consecuencias prácticas que resultan de su aplicación", preguntándose enseguida "si, a través de un análisis de las estructuras lógico-conceptuales subyacentes, no es posible lograr una aclaración y solución de las contradicciones que suelen producirse, sin que por ello se descuiden los puntos de vista teleológicos, que tanta importancia tienen en este contexto".

Como Beling, parece entender Klug (1956:403) los supuestos de hecho penales como una determinada clase de conceptos, respecto de los que cabría preguntarse "cuáles son las posibilidades básicamente concebibles de relaciones" entre ellos. Para el autor, tales posibilidades se reducen conceptualmente a un numerus clausus, no siendo otras que las

de identidad, heterogeneidad, subordinación e interferencia. Como veremos enseguida, salvo la relación de identidad, las restantes se corresponden más o menos exactamente, según la denominación de Beling, con las de exclusividad, subordinación y neutralidad, respectivamente.

Según Klug (1956:404), "estamos frente a la identidad (igualdad, coincidencia) de dos conceptos cuando cada objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y viceversa", aunque tal relación carecería de importancia en este contexto -no así en el derecho penal internacional o interlocal, y en materia de extradición-, pues para el autor "naturalmente, dentro de un sistema jurídico-penal no se dan supuestos de hecho idénticos (coincidentes, equipolentes)"³².

Relación de heterogeneidad existiría según Klug (1956:403), "cuando un objeto que cae bajo el concepto A nunca lo hace bajo el concepto B, y viceversa". Entre dos supuestos de hecho penales, esta relación existiría "cuando ningún hecho puede ser simultáneamente subsumido bajo ambos", lo cual ejemplifica Klug con la relación que entonces se entendía existía entre hurto (§242) y apropiación indebida (§246). En la terminología de Beling, esta relación corresponde a la de exclusividad.

Relación de subordinación (inclusión) existe para Klug (1956:404) "cuando cada objeto que cae bajo el concepto A también cae bajo el concepto B, sin que valga lo inverso". En tales casos, considera la tradición lógica al concepto A como el subordinado (incluido), y al concepto B como el subordinante o superior, incluyente, general o dominante. Según Klug, tal es la relación existente entre el asesinato del §211 y el homicidio del §212, "pues todo acto que cae bajo el concepto de asesinato puede subsumirse simultáneamente en el concepto de homicidio, mientras que lo inverso no vale. El homicidio, por consiguiente, es el concepto más general".

Por último, relación de interferencia (intersección, cruce) existiría, según Klug (1956:404s), cuando "por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A no cae al mismo tiempo bajo el concepto B" y viceversa. Según el autor, "es fácil comprender que, por ejemplo, dos supuestos de hecho legales, los cuales no son entre sí heterogéneos, idénticos ni subordinados, necesariamente deben ser supuestos de hecho interiores", tal como sucedería entre los supuestos de hecho de estafa del §263 y perjurio del §154. Según la terminología de Beling, este sería el caso de la relación de neutralidad.

Una vez establecidas las posibles relaciones lógicas existentes entre normas penales, se plantea Klug la pregunta acerca de cuál de dichas relaciones subyace a cada uno de los cuatro principios de solución del sistema clásico del concurso (aparente) de leyes, en relación a los cuales tampoco llega el autor a conclusiones muy diferentes a las de Beling.

Según Klug (1956:405s), "la estructura lógico-conceptual de la especialidad es, como sin dificultad se puede discernir, la subordinación", agregando que "no hay nada que impida que un concepto se encuentre en relación de subordinación con más de un concepto". Luego, "si al concepto jurídico penal de la especialidad subyace la estructura lógica de la subordinación, entonces de lo dicho se infiere la posibilidad de que un mismo supuesto de hecho pueda encontrarse en relación de especialidad con dos o más

supuestos de hecho", ejemplo de lo cual serían las relaciones entre el robo simple y el hurto, por una parte, y entre el robo simple y las coacciones, por otra".

En cuanto a la llamada subsidiariedad, para Klug(1956:406), parece "relativamente simple" su análisis: "Hay interferencia ya que manifiestamente coinciden el tipo de captación y el otro tipo que en cada caso está en juego"³³.

Por lo que respecta al principio de consunción donde considera incorporado los llamados actos posteriores impunes, toma Klug(1956:407) para su análisis la perspectiva de Maurach, y descubre en ella que la mayoría de los casos de consunción tendrían en común "el hecho de que parecen ser similares a los casos de especialidad, pero no caben exactamente en el esquema de la especialidad", clásico ejemplo de lo cual sería el hurto con fractura (§243 n 2 Cp alemán) en relación con el daño en las cosas (§303 Cp alemán). Aquí faltarían los presupuestos de la especialidad. En consecuencia, según Klug (1956:407), "la estructura lógico-conceptual subyacente no es la subordinación sino la interferencia". Además, descarta Klug (1956:407s) que la consunción sea "un caso especial de especialidad", en virtud del cual sea posible argumentar, por ejemplo, que el contenido de injusto del hurto con fractura incluya en sí mismo el de los daños porque sea típico, normal o habitual, que, salvo raras excepciones, siempre que se consuma el hurto con fractura se consuman los daños, por cuanto ni subyacería a tales casos la relación de subordinación, ni la normalidad o habitualidad permitiría presuponer "una limitación del ámbito conceptual de un supuesto de hecho con respecto al cual el legislador no ha formulado ninguna autorización expresa"³⁴.

En consecuencia, según Klug (1956:408), la única posibilidad de admitir en los casos de consunción un concurso (aparente) de leyes, rechazando el ideal, sería reconducir éstos al principio de subsidiariedad, basado precisamente en la relación de interferencia.

El problema que surge de remitir tanto el principio de consunción al de subsidiariedad es que tanto éste como el llamado concurso ideal compartirían la misma relación lógica subyacente, esto es, la de interferencia, por lo cual estimar esta solución concursal y no aquéllas resultaría, al decir del propio Klug (1956:409) "inobjetable desde el punto de vista lógico formal".

Por último, en lo que respecta a la llamada alternatividad, rechaza Klug (1956:410) que esta pueda fundarse en una relación de heterogeneidad, como sería si se la entiende en el sentido de Liszt, pues "una alternatividad de este tipo, que por lo demás coincide exactamente con el concepto lógicoformal de la alternatividad, no puede ser un subcaso del concurso de leyes", al faltar la concurrencia típica en que se basaría la teoría³⁵. Pero no tiene mejor suerte en el análisis de Klug (1956:410) el concepto de alternatividad propuesto por Binding, ya que sólo podría corresponder a las relaciones de interferencia o subordinación, descartadas por el autor las posibilidades de identidad y heterogeneidad. Pero si se tratase de una relación de interferencia, entonces no habría ninguna diferencia con la subsidiariedad (o el concurso ideal). De allí que, para Klug (1956:411) "al concepto jurídico-penal de la alternatividad, en tanto caso especial del concurso de leyes, subyace la relación lógicoconceptual de la subordinación. La diferencia con la especialidad no consiste en la estructura lógica subyacente sino en las diferentes consecuencias que en la aplicación de la ley se sacan de la misma constelación de conceptos", esto es, aplicación en todo caso de la ley más grave en vez de la especial. Sin embargo, dado el estado de la legislación en el momento de redactar

Klug su artículo, tal principio resultaba innecesario, pues ya se habían corregido los "errores" legislativos que lo habían originado³⁶.

Pero, como bien afirma Klug (1956:412), con la determinación de la relación lógica subyacente a los casos de concurso (aparente) de leyes, reducidas a las de subordinación e interferencia, "no se ha dicho nada definitivo acerca del número de posibles consecuencias para la aplicación de la ley en este tipo de constelaciones conceptuales". En efecto, "sólo cuando se dispone de directivas adicionales [vgr., el principio *lex specialis*], puede inferirse cuáles son las consecuencias que tiene para la aplicación de la ley la averiguación de la relación lógica existente entre los supuestos de hecho" y, básicamente, determinar cuándo se ha de estimar concurso ideal y cuándo concurso (aparente) de leyes si la relación subyacente es la de interferencia.

En definitiva, el esquema de Klug quedaría como sigue: 1) se excluyen como casos de concurso (aparente) de leyes aquéllos en que subyace una relación lógica de identidad o heterogeneidad. Por tanto, queda excluida la alternatividad en el sentido de Liszt; 2) a la relación lógica de subordinación corresponderían los casos de la llamada especialidad. En cuanto a la directiva que regula su tratamiento penal, ésta no sería otra que la regla *lex specialis*: "en la especialidad -sostiene Klug (1956:414)-, el respectivo sentido teleológico es siempre tan inequívocamente reconocible que no necesita ninguna referencia especial del legislador con respecto al efecto derogante del tipo especial"; 3) a la relación lógica de interferencia corresponderían tanto los casos de subsidiariedad como los de concurso ideal. Luego, puesto que según Klug (1956:414), en la relación de interferencia hay que partir "del hecho de que están dados los presupuestos del concurso ideal", para estimar concurso (aparente) de leyes por subsidiariedad, salvo en los casos de subsidiariedad expresa, "se requiere una fundamentación teleológica inequívoca que, apartándose del principio ya mencionado, justifique la suposición de que el legislador, en lugar del concurso ideal, ha presupuesto tácitamente la subsidiariedad". Así, también como Beling, parece preferir Klug para el caso de duda entre concurso (aparente) de leyes e ideal a este último; y 4) En cuanto a la consunción y a la alternatividad, ambos principios resultarían superfluos pues, según Klug (1956:415), pueden reconducirse sus supuestos a los de subsidiariedad y especialidad, respectivamente.

Mientras la clara distinción entre relación lógica y consecuencia penal es el principal aporte del replanteamiento que hace Klug de la teoría de Beling, su principal problema es que no parece avanzar mucho más allá de la propuesta de este autor para distinguir entre casos de concurso ideal y casos de concurso (aparente) de leyes si la relación subyacente es la de interferencia. En efecto, a la hora de fijar las "directivas adicionales" que permitan determinar las consecuencias penales en los casos de interferencia o subordinación, remite Klug (1956:412) a los "principios teleológicos" que "hay que derivar de la obra legislativa", donde se encontrarían expresa o tácitamente reconocidos, remisión que no se diferencia mucho de la simple propuesta de Beling de encontrar esta diferencia en la voluntad expresa o tácita de la ley.

3.1.1. El impacto de la teoría de Klug: Hruschka y Gössel

La reformulación por parte de Klug del problema del concurso (aparente) de leyes desde el punto de vista de las relaciones lógicas subyacentes entre los supuestos de hecho en juego, ha tenido sin duda mucha mayor fortuna que las de Höpfner y Beling, al punto de no sólo crear una significativa corriente doctrinaria que lo adopta más o menos íntegramente³⁷, sino también de influir, aunque fuese de manera casi testimonial, en la

formulación que algunos autores partícipes del sistema clásico hacen de ciertos principios de solución, en particular, del de especialidad³⁸.

Sin embargo, es mayoritaria la opinión entre quienes asumen más o menos íntegramente los postulados de Klug, de reducir el sistema y las categorías por él reintroducidas a los supuestos en que cabría afirmar una unidad de hecho -en cualquiera de los sentidos que ésta se entienda-, reservando para los casos de concurrencia en pluralidad de hecho, y en particular para los llamados actos posteriores copenados un tratamiento diferenciado basado en otras razones ajenas al planteamiento de Klug, quien los entendía incorporados más bien dentro del principio de subsidiariedad³⁹.

Así, para Hruschka (1988:394) en supuestos de pluralidad de hecho sería "inadecuado" hablar de "concurso de leyes", pues éstos se diferenciarían de aquéllos de forma significativa: "concurso de leyes qua especialidad y qua subsidiariedad presupone - afirma Hruschka-, si con estos términos debiera expresarse un concepto claro y preciso, la realización simultánea de dos (o más) supuestos de hecho delictivos a través de un idéntico acto". Cuando tal identidad de acto no existe, prefiere Hruschka hablar de "concurso real impropio" en el cual "el autor no es condenado por un hecho, a pesar de que el mismo cumple todas las condiciones del concepto de hecho punible, y ello por cuanto dicho hecho se entiende copenado por medio del castigo en virtud de otro hecho distinto". Según Hruschka (1988:394s), tres serían los casos en que estaríamos ante un "concurso real impropio": el de los actos anteriores copenados, el de los actos posteriores copenados y el de los actos acompañantes copenados, donde a pesar de existir simultaneidad entre los actos en cuestión, no habría en cambio la identidad que requeriría el concurso de leyes. Sin embargo, no ofrece Hruschka criterios particulares para determinar cuándo se está ante uno de esos actos copenados y cuándo ante un "concurso real propio", remitiendo para ello a la doctrina y jurisprudencia tradicionales.

En similar sentido se pronuncia Gössel (1989:56/5, 41), para quien mientras los aportes de Klug importarían una "nueva ordenación de las teorías del concurso ideal y del concurso de leyes", cuyo presupuesto común sería la unidad de hecho; los llamados actos copenados estarían en relación de pluralidad de hechos, pero sin que le sean aplicables los efectos del concurso real⁴⁰. Pero al contrario de Hruschka, Gössel (1988:56/17, 25ss) no escatima esfuerzos en ofrecer los presupuestos de los actos copenado, abordando con más detalle los de los actos posteriores, pues los estima de una importancia práctica superior. Tales presupuestos serían los siguientes: 1) para los actos anteriores copenados: a) tratándose de la tentativa anterior al delito que se consuma, que ésta se haya dirigido al mismo objeto de ataque y que entre ambos estadios exista una «unidad» conformada por una especie de "dolo continuado"; y b) que el acto anterior sea un acto preparatorio especialmente punible, como sucede con la tenencia de instrumentos para la falsificación y la falsificación propiamente tal (§§149, 146 Cp alemán); y 2) para los actos posteriores copenados: a) que el autor del acto anterior sea también autor o al menos partícipe del posterior; y b) que el objeto de ataque del acto posterior sea el mismo o al menos uno de menor valor que el del acto anterior (un delito que represente el ataque a un bien jurídico colectivo no puede ser copenado con la sanción de uno que sólo suponga la lesión de un bien jurídico individual; un crimen posterior no puede ser copenado en la sanción de un simple delito anterior), pero sin que sea teóricamente necesaria la identidad del bien jurídico lesionado en ambos hechos (en la práctica sin embargo, los actos posteriores estarían limitados a los

delitos contra la propiedad), aunque sí la del "portador" de los bienes jurídicos lesionados⁴¹.

3.1.1.1. La variante de Montenbruck

Montenbruck (1983:162ss), también intenta establecer las diferencias entre concurso (aparente) de leyes y el concurso propio, en particular el concurso ideal, a partir de la determinación de las relaciones subyacentes entre las normas en juego. Sin embargo, aunque el autor adopta los conceptos de subordinación, interferencia y heterogeneidad introducidos por Klug en la teoría concursal, les otorga un significado totalmente diferente.

Para Montenbruck (1983:174), la remisión que Klug hace a los "aspectos teleológicos" como mecanismos de decisión en caso dudosos -particularmente de interferencia-, "significa, en derecho penal, preguntar sobre el bien jurídico protegido o sobre el injusto". De allí que estime preferible utilizar el sistema conceptual de Klug, ya no para determinar las relaciones lógicas entre tipos legales, sino las existentes entre los "contenidos de injusto" de las mismas. "Luego -según Montenbruck-, se puede distinguir entre subordinación, heterogeneidad e interferencia de los contenidos de injusto. En los casos de subordinación estamos claramente frente a una relación material de <<unidad de ley>>. En los de heterogeneidad, puede afirmarse sin temor concurso ideal (o, según la jurisprudencia: unidad de hecho)". Por último, para los casos de interferencia del contenido de injusto, aunque admite que a ellos puedan reconducirse los casos del llamado "concurso ideal en función de clarificación", concluye más adelante (p.215s) que tal calificación resulta innecesaria si con ella sólo quiere aplicarse analógicamente el §52 Cp alemán, lo cual siempre sería posible aunque se estimase sólo concurso (aparente) de leyes.

Según Montenbruck (1983:163,167), el que en todos los casos de concurso (aparente) de leyes estariamos ante una "subordinación del contenido de injusto" lo demostraría el concepto dominante del mismo, según el cual, habría concurso (aparente) de leyes cuando una de ellas prefiera a la otra por comprender más exhaustivamente el contenido de injusto y culpabilidad del hecho. De este modo, la diferencia entre los diversos principios de solución del instituto estaría no en la distinta relación lógica subyacente que sería siempre sólo una: subordinación del contenido del injusto-, sino en el diferente grado de certeza sobre la existencia de dicha relación: así, mientras en los casos de la llamada especialidad en sentido estricto o lógico la relación de subordinación del contenido del injusto aparecería con toda claridad, pues en ellos siempre exisitiría una identidad del bien jurídico protegido⁴² y no sólo una mera relación lógica, en los supuestos de consunción, subsidiariedad y actos copenados, la subordinación del contenido de injusto de una ley en otra es "dudosa", aunque sólo en principio, pues tal duda se aclara en la aplicación de los mentados principios de solución.

De este modo, aunque se presenta como una variante de las teorías fundadas en las relaciones lógicas existentes entre los supuestos de hecho en juego, en verdad la variante de Montenbruck nada tiene que ver con ellas, como no sea en el uso de los nombres de las dichas relaciones lógicas, cuyo contenido tergiversa notoriamente.

4. LAS NUEVAS POSICIONES MONISTAS Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: JAKOBS Y PUPPE

4.1.1. Jakobs y la "especialidad en sentido amplio"

La tesis de Jakobs (1991:31/11ss) puede considerarse una concreción y desarrollo acabado de lo propuesto por Montenbruck⁴³, aunque ya completamente desligada del análisis de las relaciones lógicas existentes entre las normas en juego, puesto que para aquél la única regla aplicable (su "única forma") a los casos de concurso (aparente) de leyes es la del principio *lex specialis*, aunque extendiendo su ámbito de aplicación mucho más allá de la estricta relación lógica de ley general a ley especial⁴⁴. Según Jakobs (1991:31/12), en todos los casos de concurso (aparente) de leyes "sólo sería aplicable aquella formulación del delito⁴⁵, y su correspondiente consecuencia penal, que regule el caso concreto en el contexto más completo", o lo que es igual, "al caso concreto es aplicable aquella formulación del delito que comprende todos los elementos concretizadores de la formulación desplazada y al menos un elemento adicional (especializante)", aunque ello no esté lógicamente determinado.

De este modo, al independizar el principio de especialidad del carácter lógico que tradicionalmente se le atribuye, Jakobs, como antes hiciera Klug respecto al planteamiento de Beling, parece traernos de vuelta la primera aproximación de Köhler a esta problemática concursal. Por eso no me parece casual que también estime Jakobs (1991:31/12) como fundamento material del instituto la prohibición impuesta por el non bis in idem, hoy en día redescubierta por la doctrina alemana en la llamada "prohibición de la doble valoración" o, en palabras del propio Jakobs, "prohibición de la valoración múltiple" (§46 Abs. 3 Cp alemán)⁴⁶.

Pero como el principio de especialidad que utiliza Jakobs es tan amplio, se ve obligado, al igual que Köhler, a clasificar los grupos de casos que tal principio comprendería, según las "razones" por las cuales en ellos se apreciaría esta amplia especialidad, clasificación que, en las propias palabras del autor, es «correspondiente a grandes rasgos con la de una teoría tradicional».

En efecto, el primer grupo de casos que ofrece Jakobs (1991:31/18) es el la especialidad en virtud de la intensidad de la descripción, que comprende a lo que sería el principio de especialidad en sentido lógico o estricto: "calificaciones, privilegios y delitos complejos contienen más elementos que los delitos básicos respectivos y, por tanto, los prefieren". Se extiende esta razón al empleo de cualquier delito para formar un caso "especialmente grave" o "determinar la pena" de otro, caso en el cual éste prefiere a aquél. Por la misma razón, estima el autor (1991:31/22) los delitos dolosos especiales frente a los culposos, y a los calificados por el resultado, los de dolo directo frente a los de dolo eventual, y la intención frente al dolo directo de segundo grado⁴⁷.

También la que denomina Jakobs (1991:31/18, 26ss) especialidad en virtud del grado de consumación, de la intensidad en la participación o de la intensidad del resultado, corresponde a un principio del sistema clásico: el de subsidiariedad. En efecto, mientras la "especialidad en virtud del grado de consumación", importa que "la regulación de los grados más cercanos a la consumación prefieren a los más lejanos"; la que se produciría "en virtud de la intensidad de la participación", importa que la participación "más intensa", esto es, la más cercana a la autoría, prefiera a la menos; en tanto que, por último, en la "especialidad en virtud de la intensidad del resultado", "la regulación del resultado más intenso" prefiere a la del "menos intenso", lo cual importa que el delito consumado en una fase intermedia de la lesión de un mismo bien jurídico -p. ej., delito

de peligro concreto- "queda desplazado por la responsabilidad por el delito consumado posteriormente en el mismo objeto de ataque"⁴⁸.

Y por lo que respecta al principio de consunción (y también al de subsidiariedad expresa⁴⁹), a él corresponde la que Jakobs (1991:31/18,30ss) denomina especialidad relativa al acto acompañante, en la cual "el delito que comprende a otro como un suceso delictivo secundario prima sobre éste, aún cuando el marco penal de este otro delito no sea inferior"⁵⁰. Un delito se comprende en otro como acto acompañante secundario, según Jakobs (1991:31/30), cuando -con independencia de la pena asignada- se trata, frecuente o necesariamente, de "una forma de realización de otro delito" (el primario) de tan poca gravedad -en relación al hecho concreto y no a la medida de la pena- que "debe considerarse como parte imputable de ese otro delito", relevante, a lo más, en la determinación de la pena⁵¹. También a la consunción, y particularmente a los llamados actos posteriores copenados, puede reconducirse el último de los grupos de casos de especialidad señalados por Jakobs (1991:31/18): la especialidad en virtud de la anticipación de la regulación, según la cual "el delito que imputa como si estuviese concluido un suceso que no lo está prefiere a aquél que se realizará con la conclusión [del suceso en cuestión]"⁵².

4.1.2. Puppe y la "especialidad en sentido lógico-formal"

Aunque no corresponde exactamente al orden cronológico, he dejado para el final de este acápite la exposición del planteamiento de la Profesora Ingeborg Puppe, por razones a la vez estéticas y conceptuales. En efecto, como lo anuncia el título de este apartado, Puppe sostiene básicamente que el único lugar propio para la teoría del concurso (aparente) de leyes es el de la especialidad en sentido lógico formal, y es por ello que conceptualmente corresponde tratarlo al final de los planteamientos monistas, ya que representa el más restringido de todos ellos. Y estéticamente, la exposición del mismo queda sin duda mejor en este lugar, pues nos permite enlazar con el primero de los apartados de esta sección, a saber, con la creación de la teoría que aquí nos ocupa, la cual, como recordará el lector atento, limitaba Merkel, en la práctica, precisamente al principio de especialidad en su sentido lógico-formal.

Según Puppe (1979:355) [= (1984:160)], hay concurso (aparente) de leyes sólo en los casos en que exista entre las disposiciones legales en juego una relación de especialidad en su sentido lógico o estricto, esto es, cuando una de las descripciones legales contiene todos los elementos de la otra más uno o varios especializantes, o lo que es igual, en los casos de "especialidad" del sistema clásico y todos los otros en que tal relación se presente. En los restantes supuestos que la doctrina del sistema clásico señala como de concurso (aparente) de leyes, esto es, en la mayor parte de los de subsidiariedad y en casi todos los de consunción, afirma la autora citada, debe entenderse existe concurso ideal.

Dos tipos de razones argumenta Puppe en beneficio de esta definición estricta de concurso (aparente) de leyes. Las primeras se basan en las propias deficiencias de la doctrina tradicional sistema clásico y aún todos los monistas que hemos expuesto- del concurso de leyes. Las segundas, desde un punto de vista más amplio, en el particular sistema concursal que la autora propone.

En cuanto a la crítica interna de la doctrina tradicional del concurso (aparente) de leyes, la resume Puppe (1984:160ss) en que, básicamente, con excepción de los casos de

especialidad en sentido estricto, la asignación de los casos de los llamados principios de subsidiariedad y consunción al concurso (aparente) de leyes no sería más que un simple "fraude de etiquetas" respecto al llamado concurso ideal. En efecto, afirma la autora que, en primer lugar, la definición que de la institución puede encontrarse en la doctrina tradicional sería lo suficientemente amplia como para incorporar en ella también todos los casos en que sería aplicable el §52. En segundo término, que de aplicarse a todos los supuestos que la doctrina tradicional considera parte del concepto de concurso de leyes la consecuencia penal propia de una comprensión total del injusto de un delito por otro, esto es, la absorción plena, se llegaría, salvo en los casos de especialidad estricta, a injustificadas ventajas para el delincuente, como sucedería en los casos de tentativa calificada y en aquéllos en que la ley desplazada es, en cierta medida, más grave que la desplazante, como sucede cuando aquélla trae un límite inferior del marco penal de mayor gravedad o penas accesorias que ésta no contempla. Y en tercer término, este "fraude de etiquetas" queda demostrado porque, según Puppe, "para corregir estas deficiencias, la doctrina tradicional afirma deben considerarse [en la medida de la pena] el límite inferior del marco penal y las penas accesorias de la ley desplazada, con la excepción de los casos de especialidad en sentido estricto", pero con esto la doctrina tradicional "llega exactamente al mismo tratamiento penal que rige el concurso ideal". Por tanto, desde el punto de vista interno, concluye Puppe (1984:162) que "la distinción hecha por la doctrina tradicional entre concurso ideal por un lado, y subsidiariedad y consunción por otro, no sólo es difusa, vaga y discutible, sino, sobre todo, desconcertante y completamente inútil".

Desde el punto de vista externo, la conclusión de Puppe se fundamenta en su particular sistema concursal. Para Puppe (1979:19, 294), el §52 estaría destinado a regular, en el momento de la determinación de la pena, la "concurrencia simultánea" [zeitliche Zusammenhang] de los que ella llama "supuestos de hecho emparentados en el injusto", estableciendo la consecuencia penal de la absorción plena de un supuesto de hecho en el otro -aplicación del delito más grave-, el cual sólo podría incidir en la determinación de la pena del más grave -principio de combinación-, porque de otro modo se caería en una valoración repetida del elemento de injusto que emparenta a ambos supuestos de hecho⁵³. Supuestos de hecho "emparentados en el injusto" serían, según Puppe (1979:291ss) [= (1982:154)], básicamente aquéllos que comparten al menos un elemento en común, p. ej., el elemento "engaño" entre la estafa y la falsificación de documentos; aquéllos en que un elemento de uno de ellos es especial respecto a un elemento del otro, p. ej., las lesiones respecto a las coacciones; y aquéllos en que la propia ley ha determinado como caso especialmente grave de uno de ellos la comisión conjunta del otro, p. ej., las lesiones graves respecto al secuestro o a la toma de rehenes⁵⁴. Según Puppe (1979:170ss, 293ss, 355ss) [= (1984:143ss, 151ss, 160ss)], este emparentamiento admite diversos grados, pero cuando se trata de casos de especialidad en sentido estricto o lógico, el emparentamiento sería tal que bastaría con aplicar sólo la norma especial -sin recurrir al §52- para abarcar todo el contenido de injusto del hecho, sin necesidad de incorporar la norma desplazada en la medición de la pena de la desplazante -lo cual sería además del todo inapropiado respecto a los delitos privilegiados-, como sucedería en los casos de concurso ideal. Conforme a lo anterior, el §53 regularía solamente casos en que no exista tal emparentamiento o se trate de supuestos del llamado concurso ideal homogéneo, donde no existe la posibilidad de una doble valoración, ya que entre los supuestos de hecho concurrentes no habría ningún elemento de injusto común.

Aunque los críticos del planteamiento de Puppe sobre el concurso (aparente) de leyes suelen atacarlo vinculándolo estrechamente a su particular concepción del concurso ideal y a la crítica de todo el sistema concursal de la autora estudiada⁵⁵, parece que por la entidad de los argumentos de la crítica interna que Puppe hace a la doctrina tradicional del concurso (aparente) de leyes, su idea de limitarlo sólo a los casos de especialidad en sentido estricto o lógico puede independizarse de su propia concepción del concurso ideal, más aún cuando según el actual estado de la doctrina tradicional algunos autores y la jurisprudencia alemana han afirmado la reducción a cero de las diferencias prácticas entre concurso (aparente) de leyes y concurso ideal⁵⁶.

Si se admite esta última posibilidad y el argumento de la autora sobre el carácter del §52, cuya ratio sería evitar una doble valoración mediante la imposición de una sola de las penas concurrentes, tomando en cuenta para su determinación las desplazadas lo cual excluye la ahora relativamente en boga doctrina de la diferencia entre concurso (aparente) de leyes y concurso ideal basada, precisamente, en la prohibición de esta doble valoración, podemos afirmar nos encontramos ante la única variante de los sistemas "monistas" propiamente monista.

Este carácter estrictamente monista de la variante de Puppe le otorga una ventaja indudable sobre los restantes sistemas que hemos expuesto, ventaja que radica en su precisión, su sencillez y, sobre todo, en su operatividad práctica, pues reduce el ámbito de la teoría del concurso (aparente) de leyes a los únicos casos en los cuales reina un cierto acuerdo, tanto en sus criterios de determinación como en los de solución.

Esto último, sin tomar en cuenta que, además, este criterio es el único que responde a un principio universalmente aceptado, que proviene del propio Derecho Romano, y cuya salvaguardia parece haber sido el objetivo que se planteó Merkel al fundar la teoría cuyo desarrollo histórico en Alemania hemos expuesto en estos dos artículos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abegg, Johann:

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

Abels, Peter:

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

Allfeld, Phillip:

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

Bauer, Anton:

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

Baumann, Jürgen:

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

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

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

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

Baumann, Jürgen/Weber Ulrich:

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

Baumgarten, Arthur:
(1909) Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Breslau 1909.

Beling, Ernst:
(1906) Die Lehre von Verbrechen, Tübingen 1906.

Berg, Hans:
(1953) Der Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, en JZ 1953, 26.

Berner, Albert:
(1989) Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, Leipzig 1898.

Binding, Karl:
(1885) Handbuch des Strafrechts Bd. I, Leipzig 1885.
(1913) Grundriss des Deutshen Strafrechts AT, 8 Aufl., Leipzig 1913.
(1922) Die Normen und ihre Ubertretung Bd. I: Normen und Strafgesetze, 4. Aufl., Leipzig 1922.

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

Bockelmann, Paul:
(1941) Zur Lehre von der Idealkonkurrenz, en ZAkDR 1941, 293.
(1953) Comentario al fallo OLG Hamm 4.11.1952, en JZ 1953, 233.
(1960) Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte. Bemerkungen zum Beschuß des Großen Strafsenats BGHSt 14, 38, en JZ 1960, 621.

Bockelmann, Paul/Volk, Klaus:
(1987) Strafrecht AT, 4. Aufl., München 1987.

Bringewat, Peter:
(1987) Die Bildung der Gesamtstrafe, Berlin/New York 1987.

Bruns, Hans-Jürgen
(1974) Strafzumessungsrecht (Gesamtdarstellung), 2. neubearbeitete Aufl., Köln 1974.
(1982) Comentario al fallo BGH de 3.7.1981 (BGHSt 30, 166), en JR 1982, 166.
(1985) Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Köln 1985.

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

Burgstaller, Manfred:
(1978) Die Sheinkonkurrenz im Strafrecht, en JBI (Juristische Blätter-Österreich), 1978, 393 y 459.

Buri, Maximilam v.:
(1879) Einheit und Mehrheit der verbrechen, Stuttgart 1879.

Camaioni, Salvatore:

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

Carbonell Mateu, Juan Carlos:

(1986) ¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1986), en ADPCP 1986, 993.

Cid Moline, José:

(1994) Notas sobre las definiciones dogmáticas de concurso de delitos, en ADPCP 1994, 29.

Cramer, Peter:

(1970) Das Strafensystem des StGB nach den 1. April 1970, en JurA 1970, 183.

Cuerda Riezú, Antonio:

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

CURY Urzúa, Enrique:

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

Dallinger, Wilhem:

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

De Francesco, Giovannangelo:

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

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

Dietz, Rolf:

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

Dohna, Alexander Graf zu:

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

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

Dreher, Eduard:

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

(1955) Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, en JZ 1957, 155.

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

Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert:

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

Dünnebier:

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

Etcheberry, Alfredo:

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

Finger, August:

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

Fliedner:

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

Frank, Reinhard:

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

Fuchs, Jürgen:

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

García Albero, Ramón:

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

Garrido Montt, Mario:

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

Geerds, Friederich:

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

Geppert, Klaus:

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

Gerland, Heinrich:

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

Gössel, Karl-Heinz:

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

Habermaas, Frank

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

Haffke, Bernhard:

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

Hälschner, Hugo:

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

Händel, Konrad:

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

Hardwig, Werner:

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

Hartung, Fritz:

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

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

Hassemer, Volker:

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

Heinemann, Hugo:

(1893) Die Lehre von der Idealkonkurrenz, Berlin 1893.

Herzberg, Rolf Dietrich:

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

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

Hettinger, Michael:

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

Hippel, Reinhard von:

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

Hippel, Robert v.

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

Hirschberg, Rudolf:

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

Hoegel:

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

Honig, Richard:

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

Höpfner, Willhelm:

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

Horstkotte, Hartmuth:

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

- Hruschka, Joachim:
(1967) Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten, en GA 1967, 42.
(1983) Pflichtenkollisiones und Pflichtenkonkurrenzen, en Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, 257
(1988) Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: systematische entwickelte Fälle mit Lösungen zum AT, 2. Aufl., Berlin/New York 1988.
- Huschka, Hubert:
(1960) Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen?, en NJW 1960, 1189.
- Jagusch, Heinrich:
(1957) Vorbemerkungen zur §§ 73 ff. StGB, en Leipziger Kommentar, 8. Aufl., Berlin 1957, 597.
- Jakobs, Günther:
(1969) Comentario al fallo BGH 8.10.1968, en NJW 1969, 437.
(1991) Strafrecht AT, die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich:
(1955) Die Konkurrenz, en ZStW 67 (1955), 529.
(1988) Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl., Berlin 1988.
- Joerden, Jan C.:
(1984) Die "Verdoppelung" -ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, en GA 1984, 249.
- Kaufmann, Armin:
(1956) Comentario al fallo BGH de 28.2.1956, en JZ 1956, 606.
- Kienapfel, Diethelm:
(1984) Strafrecht AT, 4. Aufl., Berlin 1984.
- Kindhäuser, Urs:
(1990) Comentario al fallo BGHSt 36, 130, en JR 1990, 520.
- Klass, Gerhard:
(1960) Das Zusammentreffen von Qualifizierten und Privilegierten Delikten, unter besonderer Berücksichtigung der Eigentumsdelikte, Tesis doctoral, Frankfurt 1960.
- Klug, Ulrich:
(1956) Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, en ZStW 68 (1956), 399.
- Koch, Hans-Jörg:
(1960) Sondergesetz, Subsidiaritätsklausel und Sicherungsmassregel, en GA 1960, 1.
- Köhler, August:
(1900) Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, München 1900.
(1917) Deutsches Strafrecht AT, Leipzig 1917.

Kohlmann, Günter:

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

Köstlin, Cristian:

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

Krauß, Detlef:

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

Kühl, Kristian:

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

(1994) Strafrecht AT, München 1994.

Lackner, Karl:

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

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

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

Laubenthal, K.:

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

Lent, Friedrich:

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

Lippold, Reiner:

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

Liszt, Franz von:

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

(1897) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Berlin 1897.

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

(1929) Tratado de Derecho penal, t. III, 18 ed. (3 ed. en castellano), traducción de Luis Jiménez de Asúa, Madrid 1929.

Liszt, Franz v./Schmidt, Eberhard:

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

Lobe:

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

Maatz, Kurt:

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

Maiwald, M.:

(1964) Die Natürliche Handlungseinheit, Heidelberg 1964.

Marschall, Karl/Vlcek, Adalbert:

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

Matus Acuña, Jean Pierre:

(1994) La ley penal y su interpretación, Santiago, 1994.

(1996) Concurso (aparente) de leyes y concurso entre especies de un mismo género en el nuevo código penal español de 1995. Aproximación histórica y analítica, Tesis Doctoral, U. Autónoma de Barcelona, Bellaterra 1996.

Maurach, Reinhart:

(1954a) Deutsches Strafrecht, AT, Karlsruhe 1954.

(1954b) Die Behandlung der unselbständigen tatbeständlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda, en Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I, Bonn 1954, 249.

(1956) Comentario al fallo OLG Bremen de 26.10.55, en JZ 1956, 256.

Maurach, Reinhart/Gössel, Heinz:

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

Mayer, Hellmuth:

(1953) Strafrecht AT, Stuttgart/Köln 1953.

Mayer, Max Ernest:

(1915) Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch, Heidelberg 1915.

Maynar Bernales, Manuel:

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

Merkel, Adolph:

(1871) Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen (Lehre von der Verbrechensconcurrenz), en Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.): Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II, Allgemeiner Teil, Berlin 1871, 571.

(1877) Die Ideale Konkurrenz, en Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.): Handbuch des deutschen Strafrechts (Ergänzungen zum deutschen Strafrecht) Bd. IV, Berlin 1877, 225.

(1889) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

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

Merkel, Paul:

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

Meyer, Hugo:

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

Mezger, Edmund:

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

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

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

Mitsch, Wolfgang:

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

Mohrbotter, Kurt:

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

Montenbruck, Axel:

(1983) Strafrahmen und Strafzumessung, Berlin 1983.

Nagler, Johanes:

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

Niese, Werner:

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

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

Olshausen, Justus:

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

Oppenhof, Theodor:

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

Otto, Harro:

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

Paulusch, Bernd-Artuhr:

(1971) Strafbare Nachtaten und tatbestandlose Nachhandlungen, ein Beitrag zur Lehre von der Straflosen Nachtat, Tesis doctoral, München 1971.

Peñaranda Ramos, Enrique:

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

Peters, Karl:

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

Politoff L., Sergio:

(1997) Derecho penal, Santiago 1997.

POLITOFF, Sergio/ BUSTOS, Juan / GRISOLÍA, Francisco:
(1971) Derecho penal, parte especial, Santiago 1971.

Preisendanz, Holger:
(1978) Strafgesetzbuch: Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispilen, 30. Aufl., Berlin 1978.

Puppe, Ingeborg:
(1979) Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Berlin 1979.
(1982) Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, en GA 1982, 143.
(1984) Exklusivität von Tatbeständen, en JR 1984, 229.

Reichardt, Carl:
(1912) Kurzgefaßtes Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Karlsruhe 1912.

Rödig, Jürgen:
(1969) Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin/New York 1969.

Rudolphi, Hans-Joachim:
(1979) Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuchen einer Straftat- BayObLG, NJW 1978, 2563, en JuS 1979, 859.

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

Sanz Morán, Ángel:
(1986) El concurso de delitos, aspectos de técnica legislativa, Valladolid 1986.

Sauer, Wilhelm:
(1955) Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., Berlin 1955.

Sauermann, Karl:
(1927) Der Versuch als delictum sui generis, en Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 227, Breslau 1927.

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

Schlosky:
(1942) Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen, en ZStW 61 (1942), 245.

Schmidhäuser, Eberhard:
(1975) Strafrecht AT. Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975.

(1993) Über die strafrechtliche Konkurrenzlehre, en 140 Jhre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg 1993, 192.

Schmidt, Richard:

(1931) Grundriss des deutschen Strafrechts, Leipzig 1931.

Schmidt, Rudolf:

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

Schneider, Egon:

(1953) Zur Gesetzeskonkurrenz im strafrechtlichen Gutachten, en JZ 1953, 660.

(1956) Comentario al fallo BGH de 28.2.56, en NJW 1956, 1364.

Schneidewin, Karl:

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

Schöneborn, Christian:

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

Schönke, Adolf:

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

Schönke, Adolf/Schröder, Horst:

(1954) Strafgesetzbuch Kommentar, 7. Aufl., München/Berlin 1954.

(1970) Strafgesetzbuch Kommentar, 15. Aufl., München 1970.

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

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

Schröder, Horst:

(1950) Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung, en MDR 1950, 398.

(1956) Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, en NJW 1956, 1737.

(1965) Comentario al fallo BGH 20, 235, de 7.7.1965, en JZ 1965, 729.

(1967a) Grundprobleme des § 49a StGB, en JuS 1967, 289.

(1967b) Comentario al fallo BGH de 7.2.1967, en JZ 1967, 369.

(1967c) Comentario al fallo BGH de 30.6.1967, en JZ 1967, 709.

(1969) Comentario al fallo BGH de 8.10.68, en JR 1969, 265.

Schünemann, Bernd:

(1968) Die Stellung der Unterschlagungstatbestände im System der Vermögensdelikte - BGHSt 14, 38, en Jus 1968, 114.

(1980) Raub und Erpressung, en JA 1980, 349, 193 y 486.

Schütze, Reinholt:

(1874) Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl., Leipzig 1874.

(1883) Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage, en ZStW 3 (1883), 48.

Schwarz:

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

Seebald, Rudolf:

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

Seir, Jürgen:

(1983) Die Gesetzesseinheit und ihre Rechtsfolgen, en Jura 1983, 225.

Siegert:

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

Singer, August:

(1904) Lehrbuch des deutschen Strafrecht, Berlin 1904.

Stratenwerth, Günther:

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

Stratenwerth, Günther:

(1982) Schweizerisches Strafrecht AT I, Basel 1982.

Suárez Montes, Rodrigo Fabio:

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

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

Thomsen, Andreas:

(1906) Das deutsche Strafrecht AT, Berlin 1906.

Tiedemann, Klaus:

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

Timpe, G.:

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

Vogler, Theo:

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

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

Voll, Gustav:

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

Wachenfeld, Friedrich:
(1893) Theorie der Verbrechenkonkurrenz, Berlin 1893.
(1914) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

Wächter, Carl:
(1825) Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, Stuttgart 1825.
(1881) Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, Leipzig 1881.

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

Warda, Günter:
(1964) Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, en JuS 1964, 81.

Wegner, Hans-Joachim:
(1967) Die <<dauernde Enstellung>> nach § 224 StGB - Gesetzeskonkurrenz mit § 223a StGB, en NJW 1967, 671.

Wegscheider, Herbert:
(1980) Echte und scheinbare Konkurrenz, Berlin 1980.

Welzel, Hans:
(1963) Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelenken, en Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburstag, Bonn 1963, 242.
(1969) Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969.

Wessels, Johannes:
(1993) Strafrecht AT, 23. Aufl., Heidelberg 1993.

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

Wolter, Jürgen:
(1974) Verurteilung aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat?, en GA 1974, 161.

Zipf, Heinz:
(1969) Die Strafmaßrevision, München 1969.

1 Sin embargo, y como se verá en los textos que se presentarán, las diferencias entre ambos sistemas no son tan radicales como podría pensarse, salvo entre sus exponentes ejemplares -p. ej., entre el sistema de Binding (1885) y el de Puppe (1979)-, existiendo una fuerte tendencia en el sistema clásico a buscar un denominador común a todos sus principios de solución, como puede verse, por ejemplo, en la obra de Vogler (1979), y en los monistas, a incorporar dentro de la perspectiva unitaria que presentan los distintos principios del sistema clásico, paradigma de lo cual es la obra de Jakobs

(1991). No obstante, su exposición diferenciada tiene un alto valor didáctico, sobre todo, por las ventajas que representa a la hora de no confundir los usos lingüísticos que en uno y otro pueden llegar a tener referentes formalmente parecidos, pero, sin embargo, bien distintos materialmente.

2 De allí que para Köhler (1900:9, 40 nota 2) resulte, por una parte "equívoco y confuso hablar en estos casos de un no efectivo, sino aparente concurso de leyes", y por otra "superfluo" e "inadecuado" incluir como supuestos del mismo casos en los cuales la múltiple subsumibilidad estaría vedada por la literalidad de las leyes en juego, porque éstas contienen elementos incompatibles entre sí -alternatividad en el sentido de Liszt y Honig-, como sucedería en las relaciones entre hurto y apropiación indebida o apropiación indebida y estafa.

3 Rechaza expresamente Köhler (1900:64ss) como criterio delimitador entre concurso ideal y concurso de leyes el de la identidad del bien jurídico protegido, en primer lugar, por las dificultades existentes para establecer, por una parte, el concepto mismo de bien jurídico, y por otra, para distinguir los bienes jurídicos entre sí; y en segundo término, porque existen disposiciones legales que pueden proteger más de un bien jurídico a la vez y también concurrencia ideal cuando el bien jurídico lesionado es idéntico, tal como sucedería en el llamado concurso ideal homogéneo.

4 Köhler (1900:58, 60, 62).

5 Recoge en ellos Köhler (1900:116ss) la idea básica existente en la doctrina en ese momento, esto es, su restricción a los casos de delitos privilegiados y calificados, agregando solamente los casos de los delitos complejos, en que un mismo supuesto de hecho aparece como especial respecto de varios otros.

6 Köhler (1900:68).

7 Para Köhler (1900:74), "los casos de subsidiariedad tácita existen indubitablemente en el derecho vigente". El primer grupo de tales indubitados casos lo constituiría la subsidiariedad de los grados de comisión y de las formas de participación de y en el delito, en el que recoge Köhler la opinión ya mayoritaria en la doctrina precedente. El aporte de Köhler (1900:78) consiste en concebir estos casos desde la perspectiva de la relación entre ley general y ley específica, pues según él todos ellos tienen en común "que el delito primario tiene por presupuesto en su supuesto de hecho la existencia del subsidiario", lo cual comportaría, para el autor, "una unidad de culpa" que no podría sancionarse "una segunda vez". Algo similar ocurre respecto al segundo grupo de subsidiariedad que considera Köhler (1900:79ss), esto es, la subsidiariedad de los delitos de peligro frente a los de lesión. En estos supuestos, para el autor no todo delito de peligro sería subsidiario respecto del de lesión, sino sólo aquéllos que tengan un "determinado objeto de ataque" protegido ante el mero peligro de su lesión frente al delito que consiste, precisamente, en la lesión de ese "determinado objeto de ataque". La subsidiariedad en estos casos estaría determinada "porque la lesión de uno y un mismo objeto de ataque comprendería un simple plus respecto de su puesta en peligro". El delito de lesión comprendería así al de peligro y sería, por tanto, norma más estricta, siempre que el legislador hubiera entendido como "evidente" "que la lesión del objeto de ataque ha tenido como punto de partida su puesta en peligro". Sin embargo, las diferencias con la doctrina anterior no se limitan aquí a la reconducción de estos

supuestos a la relación entre ley general y ley particular, sino que va más allá, puesto que en base a este concepto, discute el autor que sea apropiado para ilustrar este grupo de casos el típico ejemplo de la exposición frente a los delitos de lesiones y muerte. Según el Köhler (1900:79s), en estos casos no existe «unidad de objeto de ataque», puesto que podría concebirse la exposición con un dolo solamente referido a ella, que excluya la lesión o la muerte del expósito y que permita, por lo tanto, sancionarla autónomamente en concurso con dicha lesión o muerte si para ellas ha concurrido también dolo o culpa.

8 Como tercer supuesto de subsidiariedad tácita, considera Köhler (1900:88ss) el de la consunción. Para Köhler (1900:88, notas 1 y 2) el tratamiento que Binding ofrece de consunción sería difícil distinguir del que propone para la especialidad y, además, su alcance no sería del todo preciso. Según el autor, la consunción existe "cuando el tipo de un delito (en sentido amplio) tiene como parte integrante el tipo de otro delito", pero no sería necesario que el tipo más estricto contuviera "literalmente" todos los elementos típicos del más amplio, ni mucho menos que fuera un tipo mixto. Para Köhler, si se quiere que esta categoría no sea un conjunto vacío, habría que resaltar la diferencia de estos supuestos con los de especialidad, dada la similitud de las definiciones. Esta diferencia sólo estribaría en que "el tipo más extenso consumido en el más estricto no se corresponde con el genus de éste, esto es, no es el delito básico", o sea, que no estaríamos aquí ante tipos que se consideren privilegiados o calificados en relación al básico respectivo, como en los casos de especialidad, según la entiende el autor, sino entre otras leyes que, a pesar de no estar en una relación de especialidad, en el sentido restringido que le da Köhler, se encuentran en una relación de ley general y ley particular que podría ilustrarse con "la figura de dos círculos concéntricos". Tal cosa sucedería, según el autor, en los casos tradicionales de las lesiones y el homicidio de la misma persona, las figuras relativas al duelo y las lesiones o muertes causadas en el mismo, las coacciones que se utilizan como medio para la comisión de ciertos delitos, etc. Sin embargo, la consunción no operaría, según Köhler, en los casos de la "llamada absorción", citando como tales el de la relación entre inundación y daños, antes mencionado por Binding, para quien los daños, como efectos normales de la inundación, serían consumidos por ésta.

9 A este grupo de casos de subsidiariedad tácita los denomina Köhler (1900:104ss) inclusión tácita o absorción. Según el autor, "la característica de estos casos es que aquí dos supuestos de hecho no coinciden y tampoco cae uno dentro del otro, pero pese a esto, los casos de uno de los supuestos de hecho están ya implícitos en la apreciación del otro". Este es el supuesto más débil de todos los considerados por Köhler, básicamente porque aquí él mismo reconoce la inexistencia de una relación entre una lex más extensa y otra más estricta. En lo único que afirma Köhler aquí la exclusión de la regla del §73 Cp alemán es en lo que él denomina "unidad del dolo del autor", esto es, en en "la unidad jurídica de la representación del resultado" del autor del delito. Esto es lo que sucedería, según Köhler, en las relaciones entre los abusos deshonestos a menores de 14 años del §176,3 y el estupro de una doncella menor de 16 años del §182 Cp alemán, "puesto que el tipo del §176.3 y su sanción" "comprenden en sí también la cópula", "estimar una pluralidad de culpas se correspondería apenas con la voluntad del legislador". En el ejemplo expuesto, si se admite que los abusos deshonestos pueden comprender la cópula carnal, por las distintas edades que consideraban las normas en juego, parece claro que los abusos deshonestos no comprendían totalmente el estupro, ni viceversa: si el abuso no consistía en una cópula carnal no habría estupro, y si el estupro

se realizaba con una menor de 16 pero mayor de 14 años, no habrían abusos deshonestos del §176.3 Cp alemán. Luego, la relación entre tales normas no podía ser otra que la de uno de los supuestos de alternatividad expuestos por Binding, esto es, "el de los tipos que se cortan entre sí como círculos secantes", como también se corresponde a la propuesta por Binding para estos casos la solución que ofrece Köhler, esto es, la aplicación de la ley más severa de las concurrentes.

10 Köhler (1917:568ss). Los únicos puntos que mantiene Köhler en esta obra respecto a la anterior son su postura diferenciadora (1917:553, 568), su convencimiento de que el concurso de leyes se enmarca dentro de las situaciones concursales y no se trata de una concurrencia sólo "aparente" (1917:568), y una similar definición de los principios de especialidad y subsidiariedad (1917:568).

11 Aunque no utiliza directamente esta denominación, Höpfner (1901:173, nota 17) no duda en citarla como "correcta".

12 Höpfner (1901:159ss, 174 nota 18, 178 nota 25 y 180 nota 28) utiliza aquí la expresión "norma" en el sentido de Binding, esto es, como una "prohibición de actuación" que se reflejaría en los supuestos de hecho legales pero que no sería parte de los mismos ni tampoco del caso o supuesto de hecho concreto.

13 Höpfner (1901:175). En esta relación incluye el autor no sólo los tradicionales casos de delitos calificados y privilegiados, sino también los llamados delitos complejos. En tales casos sería siempre preferente la sanción penal del supuesto de hecho legal subordinante sobre la del supuesto de hecho legal subordinado, pues en caso contrario, de aplicar siempre el §73, por imponer éste la sanción conforme a la ley «más grave», no lo serían nunca la de los delitos privilegiados, según el clásico argumento de Merkel que Höpfner (1901:175s) repite en este lugar. Además, siguiendo el esquema de Köhler, afirma Höpfner (1901:176s) que, según el punto de vista adoptado, los supuestos de hecho legales en relación de subordinación pueden verse ya como casos de especialidad, si se centra la atención en el supuesto de hecho legal subordinante; ya como supuestos de subsidiariedad, si se toma la perspectiva del supuesto de hecho legal subordinado.

14 Para Höpfner (1901:175) estos casos no parecen pertenecer propiamente a la categoría de concurso de leyes, "en el sentido de la teoría dominante" pues no existiría, "en general", "ninguna razón por la cual una amenaza penal deba decaer en beneficio de la otra". Las razones de esta exclusión serían "particulares", y se fundarían, según Höpfner (1901:178), "en parte, en las relaciones en que se encuentren las normas abstractas, y en parte también en la mera forma en que acostumbran a estar empíricamente relacionadas las concretas acciones contrarias a las normas". Ejemplo de lo primero sería la relación entre dos normas, una de las cuales "nada prohíbe que no estuviese ya prohibido por la otra", como sucedería entre las normas que prohíben matar y lesionar, ya que "es imposible un homicidio sin que se lesioné la integridad corporal": de este modo los supuestos de hecho legales de la infracción, por una parte, a la norma que prohíbe lesionar y por la otra, a la que prohíbe matar, se encontrarían en una relación de genus a species, en la que sería siempre preferente la sanción asociada al supuesto de hecho que representa la especie en la relación (el homicidio). La relación existente entre dos "normas" excluiría también la regulación concursal común, según Höpfner (1901:179, 180), cuando una de ellas prohibiese ciertas acciones y la otra una

parte de las mismas, pero agregando para ello ciertos requisitos que la primera prohibición no contemplaba (p. ej., estupro de menor de 16 años del §182 y los abusos sexuales con un menor de 14 del §176.3: prefieren los abusos sexuales por ser el delito "más grave"), y cuando "ambas normas sirviesen a la misma finalidad" (p. ej.: entre la prohibición de no denunciar un delito y la de no cometerlo: prefiere la pena asociada al supuesto de hecho legal del delito en que se participa). En estos dos últimos casos estima el autor existe una relación de subsidiariedad tácita. Por último, la relación entre dos "normas" puede excluir la regulación concursal común, según Höpfner (1901:180s), cuando "en la infracción de una, en la mayor parte de los casos, se infringe simultáneamente la otra (pero no a la inversa)".

Un caso no reconducible directamente a las categorías anteriores parece constituir en la exposición de Höpfner (1901:181) la preferencia de una sanción penal frente a otra en los supuestos de "hechos consecutivos". Según Höpfner, aunque estos hechos serían subsumibles en algún "concepto de delito" distinto del que les antecede, dado que "regularmente" consisten en la realización del "ánimo" con que se realizan los delitos a que suceden, podría entenderse que estos últimos delitos ya los tendrían en cuenta en el marco penal correspondiente: p.ej., en el hurto, al "ánimo de apropiarse" con que se toma la cosa, "regularmente le sigue la apropiación" de la misma, pero no podría castigarse al autor por apropiación indebida o receptación porque la amenaza penal asociada a este delito sería subsidiaria frente a la del hurto, que ya habría tenido en cuenta la circunstancia de la apropiación posterior.

15 Höpfner (1901:176). El argumento del autor, en el sentido de que el supuesto de hecho legal del delito complejo no reflejaría ninguna norma nueva o distinta a las que ya se tienen en cuenta en los delitos simples que lo componen, como tampoco la figura calificada o privilegiada se refiere a otra norma distinta de la básica, si bien es cierto permite hacer una analogía entre todos esos casos, no es menos cierto que no puede dejar de lado la presencia, en la acción que realiza el delito complejo, de la infracción de al menos «dos» y no de "una norma".

16 Entendidos por Beling (1906:3, 111s, 147, 178s) como "conceptos puros" que contendrían una descripción de la "suma de los elementos [objetivos] que determinan cuál es el delito de que se trata", pero que no contienen juicio de valor alguno sobre los mismos, juicio reservado a la categoría de la antijuridicidad, ni tampoco referencias al dolo o la culpa del autor, elementos subjetivos cuya valoración se realizaría en sede de culpabilidad.

17 Luego, la alternatividad y la subsidiariedad, en particular esta última, no serían relaciones entre supuestos de hecho, como parecían entenderlas la doctrina dominante en ese momento, sino sólo relaciones entre sanciones penales o entre leyes penales. La justificación de esta distinción la extrae Beling (1906:282, 306) de sus particulares conceptos de tipo y subsidiariedad. Para él, los tipos como "conceptos puros" sólo pueden relacionarse entre sí en las formas antedichas, pues son las únicas en que lo hacen todos los conceptos, de allí que "relaciones condicionales entre ellos serían impensables"; y como "la idea de la subsidiariedad no es otra cosa que una relación condicional" -"subsidiariedad es conceptualmente <<aplicabilidad condicionada>>"-, la teoría dominante en ese momento que estimaba esencialmente "los supuestos de hecho delictivos serían entre ellos subsidiarios, debe rechazarse sin más".

18 Beling (1906:282). Para apreciar esta relación exige Beling que los tipos se refieran a "un mismo punto", esto es, a un mismo objeto. Así explica Beling (1906:282 nota 2) que mientras respecto a una misma cosa hurto y apropiación indebida aprecen en relación de exclusividad, "por el contrario, el hurto de la cosa x puede concurrir con la apropiación indebida de la cosa y".

19 Beling (1906:305).

20 Beling (1906:283s).

21 Beling (1906:305).

22 Beling (1906:285s). Como lo demuestra con los ejemplos propuestos, para Beling (1906:286) la existencia de uno o varios elementos comunes entre dos tipos "no produce entre ellos ninguna relación especial", y en particular no la de neutralidad, pues éstas se determinarían sólo conforme a los principios expuestos arriba en el texto. Así, p. ej., el hecho de que hurto y apropiación indebida tengan en común el elemento "cosa ajena", no impide que entre ellos exista una relación de exclusión y no una de neutralidad.

23 Beling (1906:306). De aquí deduce Beling que es "abiertamente errado" considerar la "subsidiariedad" como forma ideal fundante del concurso de leyes, y por tanto, opuesta al ideal, pues "también la <<absorción>> del §73 Cp alemán no es otra cosa que subsidiariedad".

24 Beling (1906:307).

25 En particular, Beling (1906:308, 311ss) estima concurso de leyes (también lo denomina consunción) cuando la relación de neutralidad es del tipo "valorativo" de minus-plus, donde tanto el tipo como la amenaza penal de los actos preparatorios elevados a la calidad de *delictum sui generis* serían subsidiarios respecto al tipo y a la amenaza penal del delito preparado (p. ej. la provocación al duelo sería subsidiaria al duelo mismo); mientras que si ésta se refiere a las relaciones entre tipos inferiores (especiales) calificados y privilegiados de un mismo tipo superior (general), opina Beling debe admitirse concurso ideal ya sea directa -§73 Cp alemán- o inversamente - para el caso de concurrir varios tipos privilegiados: "poena minor absorbet majorem"-.

26 Beling (1I06:306).

27 Beling se refiere implícitamente en estos tres casos a supuestos de unidad de hecho. Cuando se trata de una pluralidad de acciones parece no ver Beling (1906:318ss) una cuestión relativa al concurso de leyes o al ideal, sino más bien una relacionada con la exclusión de ciertos supuestos del tratamiento reservado al llamado concurso real, adoptando así una posición sistemática diferenciadora. Pero esta posición sistemática no le impide aplicar la "idea de la subsidiariedad" a estos casos. Así, estima que ésta sería la razón por la cual las "acciones posteriores" resultarían impunes a pesar de realizar independientemente el tipo de algún delito, como sucedería entre el hurto y la apropiación indebida posterior: "la ley penal de la apropiación indebida es subsidiaria a la del hurto, sólo vale para apropiaciones indebidas que no sean meros actos posteriores de un hurto". Tal subsidiariedad no debe estimarse, según Beling, "cuando la realización

del segundo tipo comprende elementos que salen de la esfera de los meros actos posteriores", p. ej., estafar a un tercero con la cosa hurtada. La subsidiariedad en el ámbito del concurso real se extendería también, según Beling (1906:319) a los actos anteriores, particularmente cuando concurriese un acto preparatorio elevado a la categoría de *delictum sui generis* -p. ej., provocación al duelo del §201- con el delito preparado -en el ejemplo, duelo del §205-. Aunque este mismo ejemplo ya lo había utilizado el autor como de concurso de leyes unas páginas atrás (1906:308), parece diferenciarlos por la presencia o no de una "unidad de hecho", diferencia que no deja de ser endeble, más aún si se consideran las dificultades de estimar en "unidad de hecho" un acto preparatorio como la provocación al duelo con el delito preparado, esto es, la celebración del duelo propiamente tal, aunque entre ellos transcurra un mínimo tiempo.

28 El primero en trasladar la teoría de Beling al derecho civil es Lent (1912:18s, 24s, 59), quien la adopta previa precisión del alcance de la voz subsidiariedad, en la cual distingue un sentido amplio, que sería el utilizado por Beling, y uno estricto, correspondiente exclusivamente al grupo de casos comprendido dentro del principio de subsidiariedad del concurso (aparente) de leyes. A continuación limita este grupo de casos a aquéllos en que existan dos o más hechos independientemente punibles, como la concurrencia entre la instigación y la participación en el delito, dejando para los supuestos de especialidad y consunción las relaciones entre tipos que regulan un mismo hecho, que él estima es la de especialidad, en un sentido estricto (la comprensión literal de un tipo en otro) y en uno extenso (la realización "regular" de un tipo al cometerse otro). De este modo, concluye Lent que la relación subyacente al concurso ideal sería la de neutralidad, excluyendo de toda situación concursal a la de exclusividad. Sin embargo, este intento de trasladar casi mecánicamente la teoría del concurso (aparente) de leyes al derecho civil sería sumamente criticado por Schmidt (1915:3ss, 23ss) quien, tomando como punto de referencia las disposiciones del BGB, destaca que la existencia de una determinada relación entre normas civiles no implica la exclusión de una de ellas si los efectos jurídicos de las mismas no se contradicen ni son idénticos, mismo sentido en que se pronunciaría después Dietz (1934:35s, 49). No obstante, Schmidt (1915:24) consigue establecer las posibles relaciones lógicas entre los supuestos de hecho de dos leyes de manera más precisa que Höpfner, Beling y el mismo Lent, incorporando a las definiciones que ofrece la exigencia de una propiedad común en tales supuestos de hecho.

Así, distingue entre el caso en que "los supuestos de hecho de ambas leyes son idénticos"; aquél en que "el supuesto de hecho de la lex b comprende al mismo tiempo también los elementos típicos de la lex a, pero agrega a éstos todavía uno o varios elementos típicos más"; y aquél en que "el supuesto de hecho de la lex a comprende los elementos x más y, y el de la lex b los elementos x más z", calificando este último de concurso ideal. La diferencia de este planteamiento con el de los autores de derecho penal y el de Lent radica en que Schmidt no asume la automática exclusión de una norma por otra en virtud de la relación establecida, sino que la hace depender del carácter deontológico de las normas en juego, esto es, de la existencia entre ellas de una contradicción o una total identidad deontológica. De este modo, el planteamiento de Schmidt se acerca más a los propios de la filosofía del derecho en la determinación de antinomias y redundancias (cfr. Infra 11) que a los de Beling.

29 Este último es el significativo caso de Baumgarten (1909:80ss), cuya más relevante crítica al sistema de Beling es, sin duda, la que pone de relieve la diferencia existente entre el análisis in abstracto y el in concreto. Así señala que, si bien es cierto, por ejemplo, que respecto de una misma cosa X, ésta no puede ser objeto de apropiación indebida y de hurto a la vez, sí sería posible imaginar que, en un mismo acto, exista una apropiación indebida y un hurto de dos cosas distintas, lo cual significaría que una relación de exclusividad no excluye de por sí el concurso ideal. "La pregunta de si dos delitos concurren idealmente -afirma Baumgarten (1909:80)-, no puede prejuzgarse, de ninguna manera, mediante la determinación, in abstracto, de que tales delitos se encuentran en concurso de leyes o en concurso aparente de leyes, esta pregunta sólo puede responderse desde el punto de vista empírico", agregando que los medios puestos a disposición por el avance de la ciencia harían posible hoy en día la comisión en unidad de hecho de varios delitos "que ayer sólo podrían haberse cometido en pluralidad"; de allí concluye más adelante Baumgarten (1909:83) que "con ayuda de múltiples condiciones fácticas puede construirse también un caso de concurso ideal entre tipos que sean excluyentes entre sí o entre uno especial y otro general". En definitiva, para Baumgarten (1909:80) la afirmación de una determinada relación entre leyes penales no puede hacerse sólo desde un nivel abstracto, sino requeriría "que los elementos comunes, in abstracto, de los varios delitos, lo sean también in concreto".

30 Para apreciar las diferencias, cfr. por todas, las ediciones 8 y 11 de 1925 y 1930, pp. 104s y 75ss, respectivamente.

31 Beling (1925:104).

32 Parece que Klug coincide aquí la identidad en el sentido estricto de identidad de formulación lingüística. Sin embargo, que un concepto A sea idéntico a un concepto B no requiere que la formulación lingüística de ambos sea idéntica, sino que tengan la misma extensión, que se refieran a los mismos casos. Pero aún basados sólo en la idéntica formulación lingüística es posible encontrar supuestos de hecho en principio idénticos, como sucedía respecto al delito de falsificación de marcas en la legislación anterior al nuevo Cp español de 1995, descrito tanto en el art.280 del Cp 1944 como en el art.134 de la Ley sobre la propiedad industrial de 12 de mayo de 1902 con la expresión "la falsificación de marcas (...) será castigada etc.".

33 De todos modos, parece difícil de admitir el argumento de Klug (1956:406), según el cual "la subordinación no puede ser aceptada como estructura de la subsidiariedad porque entonces, cada caso del tipo subsidiario sería, al mismo tiempo, un caso del tipo de captación", y "de esta manera, el tipo subsidiario no se aplicaría nunca y sería, por consiguiente, superfluo", pues de ser cierto lo que Klug sostiene, sucedería que, en los casos de especialidad donde <<cada caso de la norma particular es, al mismo tiempo, un caso de la norma general>>, la norma particular no se aplicaría nunca por superflua; pero como la regla lex specialis otorga preferencia a la norma particular, es ésta la que se aplica, lo mismo que sucedería en los casos de subsidiariedad si se estimase subyacente en ellos la relación de subordinación: la norma subsidiaria aparecería como general frente a la de captación o principal, que sería por lo mismo particular y preferente.

34 Según Klug (1956:408), existiría en ese caso "el peligro de una interpretación contra legem", además de llevar a la conclusión de que habrían dos conceptos de un mismo supuesto de hecho, según se refiera uno a los casos en consunción con otros (que incluiría normalmente esos otros tipos consumidos) o a los restantes casos (donde no existiría la tal consunción).

35 Rödig (1969:9s) identifica también este sentido de la «alternatividad» con la relación de heterogeneidad, citando expresamente a Klug.

36 Significativo es el caso de la injuria a plenipotenciarios en relación a la injuria simple (§§104 y 185ss Cp alemán, según la redacción antigua), donde la primera aparecería, desde el punto de vista del límite inferior del marco penal, sorprendentemente privilegiada respecto a la segunda, a la cual debería, según la conciencia jurídica de quienes defendían el principio de alternatividad, agravar. En este caso, se suponía que el Juez podía escoger entre una u otra disposición, estimando siempre la sanción más grave posible. Sin embargo, según Klug (1956:411), con la nueva redacción del §103, que reemplazó con la figura de injurias a hombres de Estado extranjeros el antiguo §104, el problema que permitía tal alternatividad desaparece, pues esta figura aparece como auténticamente agravada respecto a las injurias de los §§185ss, tanto en el límite superior como en el inferior de su marco penal.

37 Rödig (1969:5s), Joerden (1984:259ss), Hruschka (1988:387ss), Gössel (1989:55, 27ss).

38 En este último sentido, dado que entre quienes participan del sistema clásico se encuentra mayoritariamente admitido el carácter lógico que se le atribuye al principio de especialidad, algunos de ellos no tienen dificultades en postular un concepto estrictamente lógico de la relación de especialidad, identificándola con la de subordinación, en el sentido de Klug. En el período de reforma del Cp alemán el primero en aceptar esta identificación fue Geerds (1961:193 nota 253), a quien le siguieron Schmitt (1963:49 nota 33), Warda (1964:90) y Baumann (1968:628). Actualmente la admiten Hafke (1973:406), Geppert (1982:421), y Jescheck (1988:666). También es de destacar la aún más escasa, aunque significativa, recepción que tuvo entre los autores del sistema clásico la identificación entre la relación de subsidiariedad y la lógica de interferencia propuesta por Klug. En el período de reforma del Cp alemán Geerds (1961:179) fue el primero en recoger los aportes de Klug en este sentido, aunque sin terminar de aceptar plenamente la identificación propuesta por aquél. Admitiendo más abiertamente esta identificación se pronuncia Schmitt (1963:50 nota 38). Por su parte, recoge el término aunque no todo su alcance Baumann (1968:628). Actualmente identifican la subsidiariedad con la relación de interferencia Hafke (1973:405), Geppert (1982:423), Seir (1983:228) y Jescheck (1988:667). Sin embargo, ninguno de los autores partícipes del sistema clásico que se refieren a estas categorías reintroducidas por Klug admiten el sistema ni las consecuencias que de ellas extrae este autor, pudiéndose considerar estas remisiones antes meras referencias informativas que intentos de conciliar el sistema clásico con una postura claramente monista.

39 Así, aparte de los autores que se citarán arriba en el texto, considera Joerden (1984:259) que el presupuesto de la teoría de Klug sería "la violación de dos disposiciones penales a través de un mismo hecho". Sólo Rödig (1969:5s) no plantea esta diferenciación, aunque ello no se debe a que la rechace, sino simplemente a que no

es materia de su trabajo, limitado a lo usos del término "alternatividad" en la jurisprudencia.

40 Gössel (1989:56/6ss, 22ss, 41) no sólo reformula la primitiva sistematización de las teorías del concurso ideal y del concurso de leyes expuestas por Maurach, cuyo tratado continúa, sino que también rechaza explícitamente la idea de considerar presente en los llamados actos copenados una «causa personal de exclusión de la pena» como hacía Maurach (1954a).

41 En definitiva, Gössel (1989:56/38) limita prácticamente los actos posteriores copenados a aquellos casos "en los cuales el acto anterior ha producido una posesión injusta, la cual es afianzada o perpetuada mediante el acto posterior".

42 Según Montenbruck (1983:163), en los casos de especialidad en sentido lógico donde la doctrina dominante afirma existiría una pluralidad de bienes jurídicos lesionados, en verdad tal pluralidad no existe, sino sólo se debe a una interpretación no del todo correcta, pues "la especialidad supone, tácitamente, que el delito especial quiera cubrir la lesión del bien jurídico del general".

43 De hecho, el concepto de subordinación del contenido de injusto propuesto por éste, es aceptado plenamente por aquél (1991:31/12 nota 13a).

44 Al punto que la extiende incluso al ámbito de la determinación de pena aplicable, justificando con ella la aplicación del llamado principio de combinación. En efecto, para Jakobs (1991:31/39), «sólo la combinación [de marcos penales] produce una completa especialización» cuando a la formulación de la ley cuyos presupuestos son especiales respecto de otra no se le asocia un marco penal igualmente especial, como sucedería, p. ej., en caso de especialidad privilegiante, cuando de alguna manera la ley desplazada permite una pena más leve que la desplazante (p.ej.: si aún siendo su pena máxima más grave, la mínima es más leve por tener un marco penal más amplio) o, a la inversa, si se trata de una especialidad agravante, cuando la ley desplazada contempla alguna consecuencia más grave que la desplazante (pena mínima más elevada, penas accesorias, etc.)

45 Para Jakobs (1991:31/11) "formulación de un delito es la disposición legal desarrollada al punto de hacerla aplicable al caso concreto", esto es, "no sólo el texto de la ley (como aparece en la parte especial del código), "sino el resultado de su desarrollo interpretativo al momento de la subsunción [del caso concreto], incluyendo en ella los factores de determinación [liquidación] de la pena". Según el autor, sólo entendiendo de este modo el sentido del término "ley" puede hacerse depender la solución del concurso de leyes del "objeto de regulación" y no de meras cuestiones de "técnica legislativa". Tal cosa sucedería, por ejemplo, con la siguiente frase: "en el hurto, el allanamiento de morada es agravante". Esta frase sería "parte de una formulación de un delito" [hurto con allanamiento de morada], con independencia de que la agravación esté establecida mediante un tipo calificado [robo], o a través de su entendimiento como un caso especialmente grave de hurto o, simplemente, considerándola un elemento de determinación de la pena [sin modificación del marco penal del hurto].

46 Según Jakobs (1991:31/11), "en el concurso de leyes, la conducta del autor es abarcada por varias leyes en el sentido de formulaciones de un delito, aunque sólo lo es

por una única en el sentido de una determinación de un delito". Se trataría de la determinación de un solo e "idéntico" delito, aunque "formulado varias veces" y quizás "en distintos grados de desarrollo y, correspondientemente, con distintas consecuencias penales". En tales casos -afirma el autor- el concurso de leyes "existe sólo aparentemente entre los elementos del delito", se trataría de una "unidad de ley", entendiendo "ley" "en el sentido de una determinación de un delito"; de allí que si se aplicasen todas las formulaciones del delito concurrentes, nos encontraríamos ante una "múltiple imputación y castigo por un único suceso delictivo".

47 Sin embargo, aunque en general estos últimos casos se estiman dentro del principio de subsidiariedad y no del de especialidad, ello se debe a la definición de dolo que se emplea, y como la de Jakobs es propiamente una que entiende el delito doloso como una especie de los culposos, parece justificado admitir aquí especialidad en sentido estricto o lógico [Según la definición de Jakobs (1991:9/4), los delitos dolosos pueden describirse como "imprudencia más un juicio serio sobre el acaecimiento del resultado"]. Sin embargo, en lo que toca a los delitos calificados por el resultado, la postura de Jakobs discrepa abiertamente con la doctrina dominante, la cual admite para estos casos aplicar la llamada "función clarificadora del concurso ideal". Para Jakobs (1991:31/25), estimar aquí concurso ideal importaría una inadmisible doble valoración del mismo resultado.

También rechaza Jakobs (1991:31/24) la aplicación de esta "función clarificadora" a los casos de concurrencia entre varias agravantes, prefiriendo aquí aplicar "la más específica" y, si ello no es posible -porque se trata de agravantes de "distinta orientación"-, aplicar analógicamente el §52.2 inc. 1, mencionado las agravantes en el fallo y no los delitos que conformarían. Además, rechaza Jakobs esta "función clarificadora" para el caso de la "tentativa calificada sin desistimiento", porque sería innecesaria o superflua, ya que, con independencia de la producción o no del resultado, para el §23.2 Cp alemán, la tentativa sólo se atenua facultativamente, lo que indicaría que su sanción [imputación] "no es necesariamente menos intensa ni comprende menos que la del delito consumado", aparte de que en Alemania "nadie discute la relevancia de lo ya consumado en la determinación de la pena".

48 Sin embargo, como la doctrina dominante, afirma Jakobs que "los delitos de peligro abstracto dolosos nunca quedan desplazados por los de lesión", incluso cuando sólo se ha puesto en peligro el bien posteriormente lesionado.

49 Para admitir "subsidiariedad expresa", exige Jakobs (1991:31/18 nota 20), además de la declaración legal, la existencia de la clase de "especialidad" en que "el delito primario comprende el contenido delictivo del subsidiario", de manera que tal subsidiariedad resultaría una mera positivización de la relación ya existente, por lo que en tales casos "existiría concurso de leyes aún sin que existiese disposición expresa". A pesar de esta exigencia "material", parece el autor admitir la subsidiariedad expresa en todo caso cuando es a favor del reo, criticando de este modo la doctrina tradicional que tiende a limitarla en favor del concurso ideal cuando no se presenta la relación "material" de "subsidiariedad".

50 En la traducción de Cuello Contreras/González (1995:1054) la expresión <<auch wenn>> comprendida en la frase <<auch wenn der Strafrahmenn des anderen Delikts nicht niedriger ist>> [Jakobs (1991:31/18 c)] se ha traducido invirtiendo la fórmula literal <<también si>>, arriba <<aún cuando>>, por la de <<si también>>, con lo que se agrega una condición no exigida por el autor, según puede verse en el lugar citado y, con detalle, más adelante, Jakobs (1991:31/31).

51 Pero si la gravedad no es mínima, entonces "el exceso se encuentra en concurso propio con el hecho principal". Se trataría de una "especialidad" en que primaría la "realización típica más grave" en concreto y no en abstracto, como en el caso de la especialidad en virtud de la intensidad de la descripción. Ej.: en el hurto agravado del §243.1 estarían consumidos los daños que implican la destrucción de la puerta que se fuerza, pero no así los que se provocan al hacer volar una pared mediante explosivos. Como se explica arriba, esta "gravedad típica" no tendría que ver con la medida de la pena del delito secundario, sino sólo con su "peso" en el hecho total; así, la "consunción" tendrá un "efecto análogo al de los privilegios". Ejemplo de ello sería, según el autor, la relación entre hurto de uso de vehículo motorizado (§248 b) y el hurto simple del combustible que se consume (§242): el marco penal del hurto de uso sería "prácticamente obsoleto" si se aplicase también el del hurto simple del combustible, aún cuando este hurto no es "indispensable" sino sólo "típicamente acompañante". En este caso, el privilegio se extendería, además, a los requisitos de procesabilidad de los §§232 y 248b: si faltase la querella, no se podrá castigar por el delito básico del hurto de combustible.

Una especie de consunción inversa plantea también Jakobs (1991:31/33) para el caso en que el acto acompañante lo sea de un comportamiento impune, como sucedería, p. ej., en el hurto de ropa que realiza el prófugo para lograr su objetivo, o el consumo de mínimas porciones de insumos en el uso de ciertos instrumentos ajenos (la tinta de la estilográfica ajena con que se firma, etc.). Más importante que estos casos serían todos los relativos al suicidio frustrado: puesto que el suicidio como tal es impune, también lo habrían de ser todos los delitos acompañantes a su tentativa, p.ej., un aborto provocado a raíz de la misma o la tentativa de su encubrimiento.

52 Dos grupos de supuestos menciona Jakobs (1991:31/34) dentro de esta clase de especialidad: el tradicional de los delitos contra la propiedad y el patrimonio en que con posterioridad a la sustracción, apropiación o disposición patrimonial delictiva, el autor "produce la pérdida permanente [del objeto que se trata] en la forma y del modo como se presupone en el acto anterior"; y en segundo lugar, el del incumplimiento reiterado de un mismo deber que puede cumplirse, como sucede con el incumplimiento de la obligación de alimentos: si ya se ha condenado por un incumplimiento (§170b), no puede volverse a condenar por ese mismo incumplimiento; la falta de prestación permanente o reiterada aparece así como un acto posterior "copenado" en la sanción del primer incumplimiento.

53 Posteriormente, Puppe (1982:234), vuelve sobre la cuestión de la doble valoración, afirmando que la regla del §52 estaría basada precisamente en la prohibición de la misma y por ello sería aplicable a muchos casos en que la doctrina tradicional quiere ver relaciones de exclusión o alternatividad, en que se aplique al caso una u otra ley, pero no ambas, p. ej., como sucedería entre los §§236 y 237 y las sendas expresiones "contra su voluntad" y "con su voluntad". Según la autora, "es totalmente inapropiado el recurso

a la doble valoración [contra] la admisión de concurso ideal entre supuestos de hecho legales con elementos de injusto comunes, pues el §52 prescribe para el concurso ideal una única pena extraída de un único marco penal, esto es, el del delito más grave, en el cual los elementos de injusto y culpabilidad del delito más leve se consideran como agravantes dentro de ese marco penal". Por tanto, para la autora el §52 no sólo establece un "adecuado" tratamiento del concurso entre dos supuestos de hecho con elementos de injusto comunes, sino que también tiene como "ratio" excluir una doble valoración de los mismos.

54 Las reglas dadas arriba en el texto no deben inducir a la idea de que los casos derivados de ellas serían los únicos de supuestos de hecho "emparentados en el injusto", pues señala la autora tales reglas serían sólo ayudas para determinar dichos casos, ya que, "obviamente, el parentesco en el injusto no puede establecerse abstractamente para todos los supuestos de hecho".

55 Aunque, a decir verdad, el trabajo de Puppe ha sido recibido con más indiferencia que crítica. Así, mientras Gössel (1981:135s), lo considera un extraordinario aporte a la teoría concursal y, en especial, a la distinción entre concurso ideal y concurso (aparente) de leyes, la totalidad del sistema concursal propuesto por la autora es criticado fuertemente por Jakobs y Werle. Jakobs (1981:31/16 nota 18) critica el sistema de Puppe con los siguientes argumentos:

a) El concepto de «supuestos de hecho emparentados en el injusto» no permite ganar nada en exactitud respecto al estado actual de la teoría del concurso ideal; b) puesto que para enfrentarnos ante una concurso ideal según el sistema de Puppe es necesaria una «conurrencia simultánea» [«zeitliche Zusammenhang»] de los supuestos de hecho emparentados en el injusto, la cuestión temporal resulta un elemento «tan externo y casual» como el concepto de «unidad de acción» criticado por Puppe, con lo cual tampoco se gana mucho; y c) desde el punto de vista lógico, y esta es la crítica que Jakobs estima más relevante, resultaría indiferente que un supuesto de hecho contuviese a otro completamente, esto es, a nivel abstracto, o que lo comprendiese sólo en el momento de la determinación de la pena (§52): en ambos casos sería especialidad, pues «o bien un delito comprende el contenido de injusto de otro (concurso de leyes) o no lo comprende (concurso auténtico)», con la consecuencia de que todos los casos de concurso de leyes, sin excepción, debieran tratarse como de concurso ideal, valiendo para ellos una «absorción absoluta», y todo concurso auténtico como concurso real. Por su parte, critica Werle (1981:22ss) la concepción de «unidad de acción» manejada por Puppe, quien la reemplaza por la de «concurso simultáneo», y en la que basaría su sistema concursal, pues afirma no corresponde al sentido que en el §52 se le da al término, sino con mucho a una «proposición para la reforma de las disposiciones concursales» [en similar sentido, la crítica de Seir (1983:231)].

La propia Puppe (1984:notas 63ss), se ha hecho cargo de esta última crítica afirmando que si bien puede ser cierto que homologar la conurrencia simultánea con la idea de «unidad de acción» no sea lo que tuvo en mente el legislador de 1871, tampoco lo es menos que el concepto de «unidad de acción» de la doctrina tradicional tampoco lo

estaba, y más aún, que en verdad no parece tener el legislador ninguna idea definida al respecto, pues no se especifica en ninguna parte del Código qué se ha de entender por «acción». Además, pareciera que en el uso normal del lenguaje no existe nada así como «una acción» en abstracto, sino diversas acciones en concreto, según su propia naturaleza, por lo cual la unidad de éstas sólo podría establecerse si dichas acciones coinciden en un momento espacio-temporal.

56 Cf. Matus A., Jean Pierre: "La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte)", en *Ius et Praxis* Año 6 N° 2 (2000), p. 354.