

EL CONCURSO DE DELITOS: BASES PARA SU RECONSTRUCCIÓN EN EL DERECHO PENAL DE PUERTO RICO

JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO*

Cuando cambian los juegos de lenguaje cambian los conceptos y, con estos, los significados de las palabras.

—Ludwig Wittgenstein¹

I. INTRODUCCIÓN

Una de las innovaciones más significativas que introduce el nuevo Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico² es en cuanto a la regulación de las formas y las consecuencias del concurso de delitos.³ Las variaciones respecto al Código Penal de 1974 son sustanciales. Mientras que este último código establece una única regla en cuanto al concurso de delitos,⁴ sin identificar explícitamente ninguna modalidad de concurso, el nuevo Código establece una regulación diferenciada que incorpora las tres modalidades de concurso que constituyen la base del aparato conceptual de la doctrina del concurso como ha sido desarrollada por la dogmática penal continental. En efecto, los artículos 78 y 79⁵ regulan el concurso ideal (incluido el denominado concurso medial) y el concurso real de delitos respectivamente. El artículo 12,⁶ ubicado en la sección sobre las reglas de interpretación de la ley

* Profesor de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez en Chile; Profesor visitante de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ LUDWIG WITTGENSTEIN, *SOBRE LA CERTEZA* 65 (Josep Lluís Prades & Vicent Raga trads., Editorial Gedisa 1988) (1969).

² Ley núm. 149 del 18 de junio de 2004, 33 LPRA §§ 4629-4939 (Supl. 2005).

³ Véase Arts. 12, 78-79 Cód. Pen PR 2004, 33 LPRA §§ 4640, 4706-4707 (Supl. 2005).

⁴ Véase Art. 63 Cód. Pen. PR 1974, 33 LPRA § 3321 (2001).

⁵ 33 LPRA §§ 4706-4707 (Supl. 2005).

⁶ *Id.* § 4640.

penal, establece los tres criterios más reconocidos para la fundamentación y solución de un concurso aparente.

La regulación del concurso de delitos que introduce el nuevo Código Penal corresponde, en términos bastantes precisos, con la concepción canónica de la doctrina del concurso de la dogmática penal continental. Particularmente, con su versión española, la cual se distingue por diferenciar varias constelaciones de casos, cuyo tratamiento se encuentra relativamente estandarizado. Un déficit de estandarización es, en cambio, lo que parece distinguir a la jurisprudencia estadounidense sobre la materia, que ha sido el horizonte de referencia predominante bajo la vigencia de la legislación penal anterior.

Este trabajo pretende explorar la posible correlación entre la doctrina continental del concurso y la discusión en Estados Unidos sobre la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho, impuesta por la cláusula de la doble exposición,⁷ pero asociada también a otras doctrinas e instituciones influenciadas por el *common law*. Este estudio es necesario por la entrada en vigor del nuevo Código Penal, dada su orientación hacia la doctrina continental del concurso de delitos. Para esto, lo primero es revisar la estructura elemental de la doctrina continental del concurso de delitos, según se expresa en la discusión alemana y española. La contrapartida la constituye el análisis de los problemas del concurso en el derecho estadounidense, tanto la discusión bajo la cláusula de la doble exposición, contenido en la tercera sección del presente trabajo, como las doctrinas alternativas recogidas en otras fuentes, tratadas en la cuarta sección. Luego, en la quinta sección, se hará una comparación, cuyo objetivo es desarrollar un modelo conceptual que posibilite una referencia a ambos contextos normativos. Con este esquema, en la sexta sección de este trabajo se examinará la regulación del concurso en el Derecho Penal de Puerto Rico, se considerará primero la regulación del Código de 1974, para concluir en la séptima sección con una revisión de la regulación que introduce el nuevo Código Penal.

⁷ CONST. EE.UU. enmda. V.

II. EL CONCURSO DE DELITOS EN LA DOGMÁTICA PENAL CONTINENTAL

A. El principio del *ne bis in idem* y la determinación de la pena

Bajo la rúbrica del *concurso de delitos* se agrupan problemas de difícil articulación, cuya solución, empero, resulta indispensable para una administración racional del sistema penal. Desde un punto de vista puramente procesal, la determinación de cuántos delitos concurren respecto a un mismo imputado se circunscribe a delimitar por cuáles cargos puede legítimamente emitirse una o más sentencias. Es fundamental advertir, sin embargo, que cuando se discute acerca de los cargos por los cuales puede justificarse la condena de un mismo sujeto o grupo de sujetos, no se discute sobre si efectivamente se cometió cada uno de los delitos correspondientes a los cargos. La comisión de los delitos es un auténtico presupuesto de cualquier discusión sobre los problemas del concurso de delitos.⁸ Si, por ejemplo, se trata de un caso en el cual se discute si a un sujeto que se le imputa haber ingresado a un bien raíz de otro (una propiedad ajena) para apropiarse de cosas ajenas se le puede legítimamente sentenciar tanto a la pena correspondiente al delito de escalamiento como a la pena correspondiente al delito de apropiación ilegal, esa pregunta necesariamente presupone la comisión de ambos delitos.

Por esta razón, en la dogmática penal continental, la posición de la doctrina del concurso se corresponde con la teoría de la determinación de la pena y no con la teoría del delito.⁹ Mientras que la teoría del delito constituye el esquema de análisis de las *condiciones* necesarias y suficientes de la responsabilidad penal, el objetivo de la teoría de la determinación de la pena es precisar las *consecuencias* que se derivan de esa responsabilidad. Específicamente, la doctrina del concurso de delitos se considera parte integrante de la teoría de la determinación legal de la pena, y más

⁸ Véase GEORG FREUND, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL § 11/9 (1998). Este autor excluye el concurso impropio o aparente, por considerar que en tales casos hay "unidad de hecho punible", de modo que no hay concurso alguno. Véase *infra* sección II.C, en las págs. 1034-39 del presente escrito.

⁹ URS K. KINDHÄUSER, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL § 44/1 (2005) [en adelante KINDHÄUSER, STRAFRECHT].

propiamente, de la determinación del marco penal aplicable.¹⁰ Esto no obsta, ciertamente, a que la doctrina del concurso exhiba un importante compromiso con distintas categorías de la teoría general del delito, pues, como afirma Roxin, "la tarea central de la teoría de concursos es la determinación de qué es una acción y qué son varias acciones".¹¹ Es obvio, que en la formulación de las respuestas a estas preguntas, las referencias a la teoría general del delito son ineludibles, puesto que una condición necesaria para afirmar la unidad de acción, en el sentido de la doctrina del concurso, es la identificación de al menos una acción punible. Esto, sin perjuicio de que la proposición inversa no valga: la unidad de acción como categoría de la doctrina del concurso puede implicar más de una acción en el sentido de la teoría general del delito.¹²

Es importante advertir que la doctrina del concurso no sólo presenta una conexión importante con la teoría del delito como reconstrucción de los presupuestos de la punibilidad establecidos en la Parte General. La doctrina del concurso también mantiene una estrecha relación con problemas asociados a la reconstrucción dogmática de la Parte Especial. Así, por ejemplo, toda la teoría del denominado concurso aparente supone una referencia permanente a la demarcación de los ámbitos típicos de determinados delitos frente a otros, ya que la afirmación de un concurso aparente en buena medida supone el solapamiento del ámbito típico de dos delitos. Por esta razón, en la solución de estos problemas de concurso está siempre implicado un complejo de decisiones interpretativas de los tipos de delito de cuya posible concurrencia se trata. De hecho, muchas decisiones interpretativas relativas a los contornos de determinados tipos delictivos no son sino intentos de evitar la afirmación de alguna modalidad de concurso, tendencia que debería ser resistida. Considérese en este respecto, por ejemplo, la discusión acerca de la posibilidad de supuestos de apropiación ilegal mediante engaño. Buena parte de esta discusión se explica por la advertencia de un posible solapamiento entre el ámbito típico de la apropiación ilegal y el ámbi-

¹⁰ SANTIAGO MIR PUIG, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, en la lección 31/11 (7ma ed. 2004).

¹¹ 2 CLAUS ROXIN, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL § 33/6 (3ra ed. 2003) (traducción suplida) [en adelante ROXIN, STRAFRECHT].

¹² *Id.* § 33/11.

to típico de los delitos de fraude. Ésta no es sino una manifestación de la complejidad que la (suposición de) redundancia normativa por parte del legislador acarrea para el intérprete.

Para una adecuada reconstrucción de la doctrina del concurso resulta indispensable no perder de vista que su posición sistemática se encuentra en la teoría de la determinación de la pena. Esto se debe a la solución de muchas de las cuestiones más intrincadas de este ámbito de referencia depende de la identificación del criterio material que subyace a la regulación—y a la reconstrucción de la regulación—de los concursos de delitos, criterio que consiste en una prohibición de doble valoración, conocida como el principio del *ne bis in idem*.¹³ En el Derecho Penal continental, la prohibición de doble valoración, que es el principio material subyacente a toda la doctrina del concurso, en el caso de varios sistemas jurídicos, parece tener apoyo normativo en la constitución. Así, por ejemplo, la Ley Fundamental alemana establece, en el inciso 3 de su artículo 103, la prohibición de la punición reiterada de un mismo hecho.¹⁴ Sin embargo, la doctrina dominante entiende que esa disposición constitucional sólo configura un impedimento para el *procesamiento* múltiple de una persona por un mismo hecho, de modo que el concepto de hecho hace referencia a todo el *suceso vital* en cuestión, respecto del cual no puede perseguirse la imputación de responsabilidad sino una sola vez.¹⁵

El punto es decisivo, en tanto que de su solución depende la medida en que la constitución vincula al legislador. Si la constitución sólo vincula al legislador sujetándolo a una prohibición de doble juzgamiento por un mismo hecho—entendiéndose “hecho” en sentido amplio—, entonces la prohibición de un *bis in idem*, en la determinación de la pena, ha de fundamentarse en otro criterio. En general, su formulación se da en el nivel de una concreción del principio general de proporcionalidad. En otras palabras,

¹³ GÜNTHER JAKOBS, DERECHO PENAL PARTE GENERAL Ap. 31/12 (Joaquín Cuervo Contreras & José Luis Serrano González de Murillo trads., Editorial Marcial Pons 2da ed. 1997).

¹⁴ Este artículo dispone en lo pertinente que: “[n]adie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales”. Art. 103 Ley Fundamental de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949.

¹⁵ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 44/16. Para una visión crítica, véase 2 REINHART MAURACH, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL § 54/5 (Jorge Bofill Genzsch trad., Editorial Astrea 1995).

considerar dos veces un mismo hecho—o más exactamente, la misma propiedad de un hecho—para fundamentar o agravar la punibilidad, implica una contravención de la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad. De esto se desprende que el principio del *ne bis in idem* es asumido como un estándar vinculante para el adjudicador, aunque no necesariamente para el legislador. Esto, porque, metodológicamente, la premisa interpretativa que subyace al reconocimiento del principio del *ne bis in idem* es la necesidad de evitar las consecuencias de la redundancia normativa en que puede haber incurrido el legislador. Por lo general, esto es lo que se da cada vez que se afirma un concurso impropio o aparente, que implica la exclusión de la aplicación de las consecuencias de un concurso auténtico de delitos. Pero si hay base suficiente para atribuir al legislador la sobre-valoración de una misma propiedad de determinado hecho, entonces, en principio, esa sobre-valoración no es interpretada como redundancia, sino como énfasis de la voluntad legislativa. Lo cual no implica que ese énfasis no pueda ser problemático, marginalmente, bajo el principio de proporcionalidad.

Desde este punto de vista, la prohibición no se infringe si la afirmación de un concurso expresa adecuadamente la valoración negativa correspondiente a los distintos delitos cometidos por el imputado. Tanto es así, que cada tipificación de un delito compuesto—delito que se estructura como la conjunción de dos delitos distintos—supone la articulación de una solución legislativa explícita de un concurso en la Parte Especial. Por ejemplo, la tipificación del robo no es sino la tipificación de una realización concurrente de una coacción-extorsión y de una apropiación ilegal configurada como un delito agravado.¹⁶ La prohibición se infringe cuando la afirmación de un concurso supone considerar más de una vez la valoración negativa—legalmente determinada—de una o más de las realizaciones delictivas. El modo de evitar la infracción de la prohibición, entonces, consiste en no imponer las consecuencias que de un concurso de delitos.

¹⁶ CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL PARTE GENERAL § 10/125 (Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo & Javier de Vicente Remesal trads., Editorial Civitas 1997) [en adelante ROXIN, DERECHO PENAL].

B. Unidad y pluralidad de acción: el delito continuado

La pregunta principal que inaugura cualquier discusión sobre la doctrina del concurso de delitos es la referente al concepto de *unidad de acción*, pues la respuesta a esta pregunta tiene consecuencias decisivas.¹⁷ En efecto, la diferenciación entre el concurso ideal y el concurso real es la diferenciación entre el concurso en casos de unidad de acción y el concurso en casos de pluralidad de acción. Esto implica, sin embargo, que la pregunta de si hay o no concurso—más allá de la modalidad de concurso de que se trate—no depende de que haya unidad de acción, pues el concurso ideal constituye un concurso *a pesar* de haber unidad de acción. Ésta es una constatación fundamental bajo cualquier regulación diferenciada del concurso de delitos.

Lo anterior se explica porque cuando se habla de un concurso, se habla de un *concurso de delitos*: más propiamente, de la concurrencia de realizaciones delictivas. Es claro que, intuitivamente, una misma acción puede implicar una pluralidad de realizaciones delictivas. Esto hace imprescindible introducir algunas precisiones terminológicas. Frente al concepto de unidad de acción, la doctrina del concurso hace referencia también al concepto de *unidad del hecho*. En la doctrina alemana, con el concepto de unidad del hecho (*Tatinheit*) se designa aquella modalidad de concurso que tiene lugar en situación de unidad de acción; esto es, el concurso ideal. Por eso, el concepto de unidad del hecho difiere del concepto de unidad de acción en el sentido de que su extensión es menor. Toda unidad de hecho supone una unidad de acción, pero no toda unidad de acción supone unidad del hecho. Esto es así, puesto que puede haber unidad de acción sin pluralidad de realizaciones delictivas; éste es el caso paradigmático en que una sola acción constituye un solo tipo de delito.¹⁸ En otros términos, la unidad de acción es una condición necesaria, pero no suficiente, para la unidad del hecho.¹⁹ Así, mientras el concepto de unidad de acción corresponde con los criterios que determinan la posibilidad de considerar uno o varios actos parciales como una sola acción, el concepto de unidad del hecho tiene como objeto la

¹⁷ MIR PUIG, *supra* nota 10, en la lección 27/2.

¹⁸ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/13.

¹⁹ KRISTIAN KÜHL, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL § 21/43 (3ra ed. 2000).

reconducción de varias infracciones de la misma o de distintas normas penales a una misma acción.

En el derecho alemán se habla de *pluralidad del hecho*, por contrapartida, cuando hay concurrencia de realizaciones delictivas sin que haya unidad de acción; paradigmáticamente, en el concurso real.²⁰ La doctrina alemana, además, distingue el concepto de *hecho (en sentido) procesal*, cuya función es delimitar el objeto de referencia de las consecuencias de la cosa juzgada en la inhibición de la persecución de un mismo hecho más de una vez.²¹ Se discute que, efectivamente, sea posible mantener un concepto de hecho para los efectos procesales de la cosa juzgada independiente del concepto de hecho en el sentido de la regulación de las condiciones bajo las cuales el hecho es punible.²²

La precisión es importante si se considera que en la doctrina española, en cambio, es usual hablar de unidad del hecho en el sentido de la categoría de unidad de acción de la doctrina alemana, aunque con consecuencias en parte divergentes. Éste es precisamente el caso bajo la tesis defendida por Santiago Mir Puig, según quien, una de las ventajas de la expresión “unidad del hecho”, como sustituta de “unidad de acción”, es la posibilidad de solucionar como casos de concurso real homogéneo algunos casos tradicionalmente resueltos como casos de concurso ideal homogéneo, con el propósito de evitar una contradicción axiológica en la reacción punitiva.²³ Esta divergencia en la configuración de los conceptos básicos es importante en el marco del análisis de la regulación del nuevo Código Penal de Puerto Rico, puesto que tanto en el artículo 12²⁴ como en el artículo 78,²⁵ que

²⁰ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 47/31; KÜHL, *supra* nota 19, § 21/2.

²¹ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 44/16; KÜHL, *supra* nota 19, § 21/2.

²² 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 54/5.

²³ MIR PUIG, *supra* nota 10, en las lecciones 27/41-27/42. Se trata, por ejemplo, del caso de manual de un sujeto que mediante una bomba produce la explosión de un avión y mata a 200 personas. Si este caso se soluciona en la forma de un concurso ideal, entonces resultaría que el caso de un sujeto que mata a dos personas mediante dos disparos independientes, constitutivo de concurso real, debería sufrir la imposición de una pena más alta. Esta clase de casos explica por qué son cada vez más importantes los planteamientos que defienden el principio de la pena única, en contra del principio de la diferenciación.

²⁴ 33 LPRA § 4640 (Supl. 2005).

tratan sobre el concurso aparente y el concurso ideal, respectivamente, se utiliza la expresión *un (mismo) hecho*. Las consecuencias de esta formulación lingüística serán consideradas más adelante.

Probablemente haya pocas cuestiones tan problemáticas en lo relativo a la doctrina del concurso, como la de los criterios que determinan la afirmación (y la negación) de unidad de acción.²⁶ Esto se debe a que en este nivel se puede constatar tanto discrepancias puramente lingüísticas como propiamente conceptuales. Es usual que en la exposición de los distintos criterios de reconocimiento de unidad de acción se distinga casos de unidad de acción en sentido natural, casos de unidad típica de acción y casos de unidad natural de acción.²⁷ Esta diferenciación puede ser reformulada, con matices, como la distinción entre casos de acción en sentido natural y casos de unidad jurídica o normativa de acción. Estos últimos pueden subdividirse en unidad típica de acción y unidad natural de acción.

Hay *acción en sentido natural* cuando se realiza un tipo de delito (de comisión activa o de omisión) mediante un movimiento corporal o mediante su omisión. De este modo, la acción en sentido natural representa la unidad atómica, la forma mínima de comportamiento penalmente relevante. Ciertamente, en la medida en que se trate de la realización de un solo tipo de delito por medio de una acción en sentido natural, no hay ninguna cuestión de concurso que examinar.²⁸ Sin embargo, es fundamental considerar que la mera simultaneidad, en sentido de coincidencia temporal, no implica que haya una sola acción en sentido natural, independientemente de que la ejecución simultánea de dos acciones en sentido natural pueda ser reconducida a otra forma de unidad de acción.²⁹

Parece claro, sin embargo, que no puede reservarse la afirmación de unidad de acción exclusivamente para casos en que se constata una acción en sentido natural. Esto, porque hay deter-

²⁶ *Id.* § 4706.

²⁷ Véase 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 54/19.

²⁸ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, §§ 33/17-33/49; KÜHL, *supra* nota 19, § 21/6-21/42.

²⁹ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 45/5.

³⁰ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/18; JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 32/4.

minados tipos de delito cuya realización, por definición—por la estructura misma del tipo en cuestión—suponen más de una acción en sentido natural. En este ámbito se habla de *unidad típica de acción*. En este contexto, hay, a lo menos, dos clases de tipos de delito analíticamente diferenciadas, que conducen a la afirmación de unidad de acción sobre la base de la ejecución de varios actos aislados. En primer lugar, está el caso de los denominados delitos permanentes. De este caso son ejemplos el delito de secuestro y el delito de violación de morada. El secuestro constituye un tipo de delito permanente porque su comisión supone, de modo necesario—no contingente—, la ejecución de varios actos discretos, o, a lo menos, la ejecución de una acción seguida por una omisión. El que encierra a otro en un lugar del cual éste no puede posteriormente salir, continúa, a lo menos, cometiendo una privación de libertad por omisión, en la medida en que su acción originaria lo coloca en posición de garante por inferencia. El secuestro es un delito permanente, dado que su consumación no supone el cese de la realización del tipo; la conducta típica puede seguir ejecutándose sin que por ello se niegue una unidad de acción.³⁰

Por otra parte, hay ciertos tipos de delito cuya estructura también requiere pluralidad de actos para su realización, pero no porque el delito pueda seguir ejecutándose, más o menos, indefinidamente en el tiempo tras su consumación, sino porque el tipo enlaza varias acciones en sentido natural.³¹ Se trata de los denominados tipos de delitos complejos o de varios actos.³² Considérese, por ejemplo, el tipo del robo: el autor único de un robo mediante violencia, para realizar íntegramente el tipo, ha de ejecutar una acción constitutiva de sustracción de una cosa mueble ajena, y además una acción constitutiva de coacción mediante violencia o intimidación.³³ De nuevo, que pueda haber simultaneidad entre una y otra acción no implica que no se trate, en sen-

³⁰ En los delitos permanentes, por ende, resulta esencial diferenciar el momento de la consumación y del momento de la terminación del delito, que corresponde al instante en que deja de seguir ejecutándose el hecho punible. Véase Juan Pablo Mañalich Raffo, *El secuestro como delito permanente frente al Decreto Ley de Amnistía*, 5 REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA 11 (2005).

³¹ JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 34/26-34/29.

³² ROXIN, DERECHO PENAL, *supra* nota 16, § 10/126.

³³ Ciertamente, para que se configure el tipo del robo debe establecerse además una determinada conexión funcional entre la violencia y la sustracción.

tido natural, de acciones distintas. Es el tipo de delito en cuestión lo que les atribuye el *sentido* de una misma acción.

Es claro que, en estos casos de unidad típica de acción, la razón que fundamenta la unidad de acción es puramente normativa. Sin embargo, hay otros casos de unidad de acción también fundamentados en razones normativas. Se trata de la denominada *unidad natural de acción*. En estos casos, varias acciones, que consideradas individualmente satisfacen por sí solas el tipo de delito, pueden ser reconducidas a una sola realización típica, en la medida que se satisfagan determinadas condiciones. Entre estas condiciones se encuentran: una conexión espacial y temporal inmediata, una situación de motivación unitaria, la plausibilidad de la consideración *natural* del suceso como único por parte de un observador y la intensificación cuantitativa de lo dañino del hecho.³⁴ Que se trate de *unidad natural* y no típica de acción, no es del todo claro, aunque el énfasis parece estar en que “la unidad de la acción no se obtiene del tenor literal, sino de una valoración inclusiva de actos individuales”.³⁵

Los dos casos considerados son la realización iterativa o repetitiva, y la realización sucesiva del tipo. Se afirma que existe unidad de acción por *realización iterativa del tipo* cuando mediante varias acciones simultáneas o inmediatamente sucedidas ocurre una realización múltiple del mismo tipo de delito. Si bien en tales supuestos cabría afirmar *prima facie* una concurrencia de acciones típicas—y por ende, un concurso real homogéneo—, es razonable considerar todo el suceso como una sola realización típica. Frente a esto, la diferencia específica de los casos de unidad de acción por *realización sucesiva del tipo* se encuentra en que en éstos la consumación del delito se alcanza a través de una continuidad de actos que admite ser dividida en etapas. En particular, bajo esta categoría se resuelven los casos en que se suceden distintos inicios de ejecución de la tentativa, sin que la consumación se produzca inmediatamente tras el primer intento.³⁶

En los márgenes del concepto de unidad natural de acción se encuentran los casos que en la jurisprudencia alemana son ad-

³⁴ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, §§ 45/6-45/10; KÜHL, *supra* nota 19, § 21/14.

³⁵ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/29 (traducción suplida).

³⁶ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 45/12; 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/42.

critos a la figura de la *acción continuada* (*fortgesetzte Handlung*), y que en la doctrina y jurisprudencia españolas parecen tener su correlato en el denominado *delito continuado*. En términos generales, se trata de constelaciones de casos que suponen la ejecución de varias acciones, las cuales no parecen reconducibles a ninguna de las variantes de unidad de acción, pero que, por consideraciones de política criminal y sobretodo de economía procesal, son más o menos equiparadas, según el sistema de que se trate, al tratamiento de la unidad de acción. A veces se habla en este aspecto de la fundamentación de una *unidad jurídica de acción*.³⁷

No puede obviarse el hecho de que entre la acción continuada alemana y el delito continuado español hay algunas diferencias importantes. Bajo la figura desarrollada por la jurisprudencia alemana, parecen no quedar excluidos casos en que la secuencia de acciones importa la realización de tipos de delito distinto, en tanto se satisfagan determinadas condiciones de conexión objetiva y subjetiva, y se trate de delitos que atenten contra el mismo bien jurídico.³⁸ Las objeciones masivamente dirigidas a esta construcción en buena medida se explican porque bajo ella la afirmación de una acción continuada conduce a las mismas consecuencias que la afirmación de unidad de acción con una sola realización típica, lo cual conlleva una elusión del concurso ideal de delitos.³⁹ De ahí que Roxin afirme que, frente a los casos tradicionales de unidad de acción, en particular frente a la unidad natural de acción, esta configuración de una unidad de acción

destruye el fundamento legal sobre el que descansa la unidad natural de acción en la realización iterativa y sucesiva del tipo. Esto es que bajo una interpretación razonable los actos individuales sólo arrojan una realización típica, y que en concordancia la unidad natural de acción simplemente representa una unidad típica de acción en sentido amplio.⁴⁰

³⁷ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 45/16; JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 32/38; MIR PUIG, *supra* nota 10, en la lección 27/15.

³⁸ 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 54/82; KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 45/16; 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/50.

³⁹ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 45/16.

⁴⁰ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/57 (traducción suplida).

La objeción consiste en que hay una incongruencia entre la fundamentación de unidad natural de acción en casos de realización iterativa y sucesiva del tipo y la fundamentación de esta unidad *jurídica* de acción, que es reconocida incluso en casos de realización de tipos distintos mediante una *acción continuada*, precisamente porque lo último implica negar sentido práctico a aquéllas en cuanto formas de *ampliación* del concepto de unidad de acción. En todo caso, la cuestión paralela de si puede fundamentarse una unidad natural de acción tratándose de la realización de tipos de delito distintos es igualmente problemática.

En el Derecho Penal español, en cambio, la figura del delito continuado no sólo sigue contando con respaldo jurisprudencial y doctrinario, sino que desde 1983 cuenta con un reconocimiento legal expreso.⁴¹ La cuestión fundamental se encuentra en que, desde entonces, el tratamiento del delito continuado, desde el punto de vista de sus consecuencias, no corresponde valorativamente a un supuesto de única realización delictiva—necesariamente en unidad de acción—, puesto que, en la determinación de las consecuencias del delito continuado, la pena aplicable al delito más grave es recortada en su mitad inferior, aplicándose la mitad superior del marco penal correspondiente; y desde una reforma de 2003 al Código Penal de 1995, se pudo aumentar hasta la mitad inferior de la pena superior.⁴² O sea, el delito continuado se sujeta a un régimen que combina la absorción agravada con la exasperación, lo cual impide equipararlo al reconocimiento de una sola realización delictiva en unidad de acción; y aun al concurso ideal, pues éste se sujeta al régimen de la absorción agravada sin posibilidad de exasperación. Desde el punto de vista de la valoración legislativa, el sujeto a quien se le atribuye realizaciones múltiples en el delito continuado puede merecer una sentencia más gravosa que la correspondiente a un sujeto al que se imputan dos o más realizaciones delictivas en el concurso ideal, y en todo caso más gravosa que la correspondiente a un sujeto al que se imputa una sola realización en unidad de acción.

Que la figura del delito continuado no parece fácilmente reconducible a ninguna de las categorías de la unidad de la acción, re-

⁴¹ Véase Art. 69 Cód. Pen. Esp. 1983.

⁴² Véase MIR PUIG, *supra* nota 10, en las lecciones 27/29-27/34.

fleja la disputa acerca de su *naturaleza jurídica* en la doctrina penal española. De las teorías que suelen mencionarse, la única que afirma que el delito continuado constituye un caso de unidad de acción es la denominada teoría *realista*, conforme a la cual “el delito continuado supondría una *unidad real* de acción, en cuanto los actos parciales corresponden a un solo designio criminal (unidad subjetiva) y producen una sola lesión jurídica (unidad objetiva). Que la resolución criminal se actúe en una o varias veces afectaría sólo a los medios de ejecución”.⁴³

Es claro, por tanto, que la referencia a la unidad del designio criminal no basta para fundamentar una unidad de acción. La complementación de esta exigencia con la de unidad objetiva sí confiere más plausibilidad a la tesis, pero no resulta fácil de compatibilizar con la regulación legal española vigente, que parece admitir la pluralidad de lesiones. Por otra parte, las consecuencias que tiene la afirmación de un delito continuado para la determinación de la pena tampoco corresponden a las consecuencias de una unidad natural de acción, que importa la consideración de una sola realización típica. Como ya se dijo, el régimen correspondiente al delito continuado en el Derecho español es incompatible con la afirmación de una sola realización típica. Desde el punto de vista de sus consecuencias, en el derecho español vigente el delito continuado está sujeto a un régimen más severo que el del concurso ideal.

C. El concurso propio o auténtico como pluralidad de realizaciones con pluralidad de valoración negativa: concurso ideal y concurso real

Como ya se indicó, la afirmación de unidad de acción, independientemente de la forma de unidad de acción de que se trate, no excluye la afirmación de un concurso. Esto, pues en una situación de unidad de acción puede tener lugar más de una realización típica, y eso constituye, *prima facie*, al menos, un *concurso ideal*. Ya que no puede afirmarse unidad de acción y que existe una pluralidad de realizaciones delictivas se afirma, en cambio, un *concurso real*. De ahí que el concurso real pueda ser reconducido, junto con el agravante de reincidencia, al concepto superior de

⁴³ *Id.* en la lección 27/20.

reiteración. Tanto el concurso real como la reincidencia designan situaciones de *reiteración* de delitos respecto de un mismo sujeto. La diferencia se encuentra en que el concurso real supone que no se dé la circunstancia que distingue a la reincidencia, la condena previa por uno de los hechos.⁴⁴

La particularidad del concurso ideal consiste en que la pluralidad de realizaciones delictivas ocurre en situaciones de unidad de acción. Esto significa que lo que subyace a la afirmación de un concurso ideal es una valoración negativa de una misma acción desde más de un punto de vista. Cada realización típica ejecutada mediante esa acción es una razón para su reprobación jurídica. De ahí, que se hable de una *función de clarificación* del concurso ideal, pues hace posible la expresión del injusto global del hecho verificado en unidad de acción.⁴⁵

Ambas formas de concurso, por ende, suponen dos o más realizaciones delictivas. Sin embargo, esto no significa que se requiera pluralidad de tipos delictivos realizados. En otros términos, puede haber concurso por realización múltiple en unidad o pluralidad de acción de un mismo tipo delictivo. Este constituye un concurso—ideal o real—*homogéneo*, que se contrapone a un concurso *heterogéneo*, el cual se da cuando puede afirmarse la realización de dos o más tipos de delito distintos.⁴⁶ La distinción entre concurso homogéneo y concurso heterogéneo, empero, es mucho más utilizada para el concurso ideal que al concurso real. Hay una explicación para esto, que se encuentra en el tratamiento de una y otra forma del concurso desde el punto de vista de sus consecuencias en cuanto a la determinación de la pena. Bajo el Código Penal alemán, mientras que el concurso ideal se somete al principio de la *absorción*, que consiste en la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave, el concurso real se somete al principio de la *exasperación*, conforme al cual la pena a imponer

⁴⁴ El que la reincidencia suponga la condena previa por el o los delitos anteriores es lo que en el Derecho Penal alemán condujo a su supresión como circunstancia agravante. En 1986, el legislador alemán se convenció de que la agravación por reincidencia constituía una manifestación de un modelo de “derecho penal de autor” incompatible con un modelo de “derecho penal del hecho”, derogando la sección 48 que la reconocía. Véase ROXIN, DERECHO PENAL, *supra* nota 16, § 6/18. En contra, véase JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 17/26.

⁴⁵ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 47/7.

⁴⁶ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, §§ 33/2-33/3, 33/70, 33/119.

resulta de una superación de la pena correspondiente al delito más grave. De ahí, la importancia de diferenciar el concurso ideal heterogéneo del homogéneo, dada la peculiaridad de este último. En el concurso ideal homogéneo, la afirmación del concurso, *en cuanto tal*, no tiene ninguna implicación en la determinación del marco penal aplicable, ya que se aplica el marco penal correspondiente al único tipo delictivo varias veces realizado.⁴⁷

En el Derecho español, en cambio, el concurso ideal homogéneo sí tiene incidencia en la determinación del marco penal aplicable. Esto, puesto que el principio *prima facie* aplicable a toda forma de concurso ideal es la *absorción agravada*, consistente en que se impone una pena dentro de la mitad superior del marco penal correspondiente al delito más grave. El concurso real se sujeta, *prima facie*, al principio de acumulación material.⁴⁸ En un caso de concurso ideal homogéneo, hay un solo marco penal disponible, pero en todo caso éste se recorta, y quedan disponible únicamente su mitad superior.

Lo anterior pone de manifiesto la vigencia del denominado *principio de diferenciación*. Esto es, del criterio según el cual el concurso ideal y el concurso real han de sujetarse a regímenes distintos, siendo más grave el aplicable al segundo. Este principio, sin embargo, encuentra bastante resistencia en la doctrina más reciente. Esto ya que si bien es plausible entender que la pluralidad de acciones, que es la diferencia específica del concurso real frente al concurso ideal, puede constituir un indicio de mayor valoración negativa, es evidente que en determinados casos la diferenciación estricta puede conducir a consecuencias que valorativamente resultan a lo menos contra-intuitivas. Según algunos, la diferencia entre unidad y pluralidad de acción no deja de ser un criterio *naturalista*, inadecuado para la solución de

⁴⁷ FREUND, *supra* nota 8, § 11/50. Sobre la base de esta constatación, Maurach afirma que debe prescindirse de la categoría en cuestión. Véase 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 55/59. Es importante destacar, empero, que el concurso ideal homogéneo no tenga *per se* incidencia en la determinación del marco penal aplicable, si puede tener incidencia en la determinación de la pena concreta a ser impuesta. Esto, porque la realización plural del mismo tipo de delito puede ser relevante bajo otro criterio de determinación de la pena, por ejemplo, la medida de la culpabilidad del sujeto.

⁴⁸ Véase MIR PUIG, *supra* nota 10, en las lecciones 27/50-27/62; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, DERECHO PENAL PARTE GENERAL 613-16 (4ta ed. rev. 2000).

problemas que exigen la adopción de un punto de vista primariamente normativo.⁴⁹ De ahí que, en el discurso de *lege ferenda*, sea usual encontrar posiciones favorables al principio de la pena única, según el cual el mismo régimen ha de ser aplicado a ambas formas de concurso.⁵⁰

La aseveración de que la diferencia específica entre el concurso real y el concurso ideal es la implicación de unidad de acción en el segundo, no deja de ser problemática. Esto, porque, particularmente en el ámbito del concurso ideal heterogéneo, la afirmación de un concurso ideal—y por ende, la negación de un concurso real—no se restringe a los casos de *identidad total de la acción ejecutiva*. En otras palabras, en los casos en que “la acción ejecutiva de todos los tipos realizados es idéntica en toda su extensión”.⁵¹ Por ejemplo, mediante un solo disparo de bala se lesiona a alguien y se daña una cosa de propiedad ajena. De hecho, también se reconocen casos de concurso ideal en situaciones de *identidad parcial de la acción ejecutiva*, o sea, situaciones en las que la acción ejecutiva de uno y otro tipo de delito sólo se superponen parcialmente.⁵² Dado que para la afirmación de unidad de acción—condición necesaria de todo concurso ideal—no basta la simultaneidad de los actos discretos, es sumamente controvertida la posibilidad de afirmar un concurso ideal por identidad parcial de la acción ejecutiva cuando uno de los dos tipos de delito en cuestión corresponde a un delito permanente. En general, puede decirse que la mera coincidencia cronológica de la realización de un delito con la comisión de un delito permanente no basta para afirmar un concurso ideal entre ambos.⁵³

En íntima conexión con los casos referidos, también se afirma un concurso ideal en los supuestos del denominado *efecto de abrazadera* (*Klammerwirkung*) del tercer hecho punible.⁵⁴ Éste se

⁴⁹ FREUND, *supra* nota 8, § 11/58. Como ya se indicó, es esta consideración la que explica que Mir Puig defienda el uso de la expresión *unidad de hecho*, y no de *unidad de acción*. De este modo, casos que de lo contrario serían tratados bajo las reglas del concurso ideal homogéneo pueden ser tratados como casos de concurso real. Véase *supra* nota 23 y el texto que le acompaña.

⁵⁰ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/7-33/9.

⁵¹ *Id.* § 33/80 (traducción suplida).

⁵² KÜHL, *supra* nota 19, § 21/34 b.

⁵³ *Id.* § 21/33.

⁵⁴ *Id.* §§ 21/35-21/38; KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 47/16.

daría en aquellos casos en que la realización de dos o más tipos delictivos independientes entre sí tiene lugar mediante una acción que realiza otro tipo de delito, el cual, de este modo, se constituye en el tipo que “abrazo” a los dos primeros. La acción que realiza el tercer tipo que funciona como abrazadera es parcialmente idéntica respecto de las acciones que realizan los otros dos tipos de delito, uniéndolas, a pesar de que las dos últimas son independientes la una de la otra. Así, por ejemplo,

cuando el autor de un robo golpea a la víctima y con ocasión de la sustracción fractura su cerrojo, tanto la lesión corporal... como el daño en las cosas... son en sí mismas acciones independientes, cuyos actos de ejecución en parte alguna se intersecan. Pero puesto que ambas concurren idealmente con el robo... los tres delitos se encuentran en concurso ideal debido a esa relación.⁵⁵

Los casos que bajo el Código Penal español son reconducidos a la figura del *concurso medial* presentan una estructura parecida. Se trata de casos en que la realización de un tipo delictivo aparece como el medio adecuado para la realización de otro tipo de delito, a los cuales se aplica el régimen del concurso ideal. De ahí que a veces se hable del concurso *ideal-medial*. El que en la doctrina española se discuta la cuestión de si se trata de casos de auténtico concurso ideal o bien de casos de concurso real que por consideraciones de política criminal son, sin embargo, tratados de modo equivalente a los casos de concurso ideal,⁵⁶ sugiere que el problema subyacente es el mismo: si el concurso ideal supone unidad de acción, ¿por qué tratar como casos de concurso ideal casos en que no parece darse una unidad de acción?

La postulación de la solución de estos casos bajo la fundamentación de un concurso ideal requiere una justificación. No podría

⁵⁵ 2 ROXIN, STRAFRECHT, *supra* nota 11, § 33/103 (traducción suplida). Es importante advertir que en este caso se afirmaría un concurso ideal entre el robo y la lesión corporal porque en la interpretación del tipo del robo en el Derecho Penal alemán, el concepto de violencia no se refiere al acometimiento corporal, sino a alguna modalidad de violencia coercitiva. Si la violencia se interpreta como acometimiento corporal, entonces, salvo que la lesión revista una determinada gravedad, parecería razonable afirmar un concurso aparente entre el robo y la lesión corporal.

⁵⁶ MIR PUIG, *supra* nota 10, en la lección 27/48.

ser de otra manera, en la medida en que se mantenga la premisa de que el concurso ideal presupone unidad de acción. Si se acepta la tesis de que el concepto de unidad de acción no es un concepto determinado, sino un concepto funcional a la adecuación de la determinación de la pena, la cual se sujeta a la prohibición de la doble valoración (*non bis in idem*), entonces, es razonable la sugerencia de que en estos casos se trata de una determinación más precisa de la unidad de acción en situaciones de realización múltiple de tipos de delito distinto.⁵⁷

D. El concurso impropio o aparente como pluralidad de realizaciones sin pluralidad de valoraciones negativas

Las dos modalidades de concurso examinadas, en cuanto dan lugar a la aplicación de sus consecuencias en la determinación de la pena—absorción, exasperación o acumulación material, dependiendo de la regulación de que se trate—constituyen las formas del denominado concurso *propio* o *auténtico*. Esto, porque las realizaciones delictivas implicadas concurren propia o auténticamente, e inciden en la determinación judicial de la pena que se impondrá al sujeto o a los sujetos condenados. Frente a esto, se habla de un concurso *impropio* o *aparente* para designar casos en que a pesar de la *apariencia* de concurso, en definitiva, ha de negarse que la múltiple realización *puramente formal* del mismo o de los distintos tipos de delito tenga relevancia en la determinación de la pena.

La denominación de esta categoría es controvertida, y a la discrepancia terminológica subyace un desacuerdo acerca de su configuración conceptual. Las expresiones más usuales son *concurso de leyes* y *concurso aparente*. La primera no es demasiadoafortunada, puesto que lo que parece subyacer al concurso aparente es más bien lo contrario. Se trata de la posibilidad de establecer alguna relación de identidad (parcial) entre los distintos tipos de delito realizados. De ahí que en la doctrina alemana actual se sugiera, en cambio, la expresión *unidad de ley* (*Gesetzeinheit*) como preferible.⁵⁸ La aserción de que en estos casos sólo hay una *apariencia* de concurso, por otra parte, no puede ser satisfactoria

⁵⁷ KÜHL, *supra* nota 19, § 21/39.

⁵⁸ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/3.

por una consideración conceptual. Desde el punto de vista de la concurrencia de realizaciones típicas, el *concurso aparente* es tan concurso como el concurso auténtico. La diferencia es, en cambio, puramente pragmática. En los casos en que se fundamenta un concurso aparente, lo que se excluye son algunas de las consecuencias de la afirmación de un concurso. En rigor, no es el tipo de delito que es inaplicable; más bien, la norma de sanción que establece ese supuesto de hecho es preterida como condición para la aplicación de la consecuencia punitiva. Esto no se debe a que no concurren dos o más realizaciones típicas, sino a que su incidencia en la determinación de la pena contravendría la prohibición de doble valoración.

Esto supone poner en duda puntos de vista semejantes al defendido por Freund, según quien, dado que en los casos tradicionalmente calificados de *concurso de leyes*, en *sentido material* no hay concurrencia de hechos punibles, es preferible considerar que en estos casos se trata de una determinación más precisa de la unidad del hecho punible (*Strafateinheit*).⁵⁹ Este punto de vista no es suficientemente preciso. En una dimensión importante, el planteamiento es incorrecto. En la comisión de un delito de robo, por ejemplo, no tiene sentido decir que *en sentido material* no concurre una apropiación ilegal (constitutiva de hurto, en el sentido del Derecho Penal continental). Por el contrario, para que se configure el robo necesariamente debe ocurrir una apropiación ilegal. Sólo porque concurre una apropiación ilegal es que el robo puede ser descrito como la conjunción de la valoración negativa de la apropiación ilegal y una valoración negativa adicional. Esto se expresa, por ejemplo, en la exigencia de coacción mediante violencia o amenaza. La razón por la cual no se afirma en tal caso un concurso propio, sino sólo un concurso impropio, es precisamente que en la imputación por robo está expresada la imputación por apropiación ilegal.⁶⁰ La *apariencia* del concurso no es más que una metáfora que expresa que la alteración agravatoria del marco penal en tales casos resultaría excesiva.

⁵⁹ FREUND, *supra* nota 8, §§ 11/2, 11/18-11/44.

⁶⁰ Esto implica que la cláusula “sin violencia o intimidación” establecida en la descripción legal del hecho constitutivo de apropiación ilegal no puede ser interpretado como un elemento “negativo del tipo”. Se trata, en cambio, de una regla de aplicabilidad, que fundamenta expresamente un concurso aparente cuando la conducta es además típica como robo.

Sin embargo, hay un sentido en el cual el planteamiento de Freund sí debe mantenerse. Lo que define al concurso impropio es, como dice Jakobs, “varias formulaciones de delitos (*leyes*) que concurren en la determinación del injusto; una de esas formulaciones agota la determinación del delito”.⁶¹ Luego, el concurso impropio o aparente no sólo desempeña la función de excluir las consecuencias que la afirmación de un concurso auténtico tiene para la determinación del marco penal aplicable. El concurso impropio implica que en la imputación por una de las realizaciones típicas se expresa suficientemente la valoración negativa del hecho considerado globalmente. Así aparece la diferencia crucial entre el concurso impropio y el concurso ideal. Aquello que es posible en el concurso ideal mediante su función de clarificación es excluido en la afirmación de un concurso impropio o aparente. En estos últimos, toda la valoración negativa del hecho es suficientemente expresada en la imputación de responsabilidad por una de las realizaciones típicas. Desde una perspectiva procesal, en casos de concurso impropio se formula *una sola condena* en contra del imputado, pues en esa condena, a través una de las realizaciones delictivas concurrentes, se expresa suficientemente la valoración negativa de todo el hecho.

Si se afirma un concurso impropio o aparente, uno de los dos tipos concurrentes es desplazado o preterido por el otro, sobre la base de los criterios que serán examinados más adelante. Pero esto debe ser matizado. Si bien *prima facie* un concurso aparente implica la preterición de uno de los dos tipos en cuestión, esto sólo se da—valga la redundancia—*prima facie*. Hay algunos supuestos en que se admite, a pesar de la afirmación de un concurso aparente, la consideración del tipo de delito desplazado para los efectos de la determinación de la pena.⁶² Esto coincide con la denominada *función de clausura*, o efecto de cierre, de la disposición desplazada en el concurso aparente. Si, por ejemplo, en un concurso aparente resuelto a favor de la aplicación del tipo de delito comparativamente más grave, el marco penal establecido en la disposición desplazada es inferior en el máximo, pero superior en el mínimo, al marco penal establecido en la disposición

⁶¹ JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 31/2.

⁶² HERBERT TRÖNDLE-FISCHER, STRAFGESETZBUCH UND NEBENGESETZE §§ 52/21-52/24 (49na ed. 1999).

aplicable, entonces ha de considerarse el marco penal de la primera para cerrar *por debajo* el marco penal de la segunda. O bien pueden considerarse, por ejemplo, penas accesorias previstas para el tipo delictivo preterido, que sin embargo no son contempladas para el tipo prevaleciente.⁶³

Esta aplicabilidad marginal de las consecuencias del tipo de delito desplazado no es sino trivializar la demarcación estricta entre el concurso auténtico y el concurso aparente, que muestra que el principio material subyacente es una exigencia de adecuación en la expresión de la valoración negativa del hecho globalmente considerado. Esto no puede extrañar, sobretodo, si se considera que hay propuestas minoritarias que postulan una reformulación de la doctrina del concurso en términos de que la distinción fundamental no se encontraría entre el concurso propio y el concurso impropio o aparente, sino entre el concurso ideal y aparente, por una parte, y el concurso real, por otra.⁶⁴

Sin embargo, hay que contrarrestar la consideración anterior acerca de como queda trivializada la delimitación entre concurso auténtico—especialmente, en casos de concurso ideal—y concurso aparente, en el sentido de que en todo caso se trata de una aproximación en el nivel de la determinación de la pena que no

⁶³ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 48/10.

⁶⁴ INGEBORG PUPPE, IDEALKONKURRENZ UND EINZELVERBRECHEN (1979); Ingeborg Puppe, *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, 1982 GOLTDAMMERS ARCHIV FÜR STRAFRECHT 143 (1982). Puppe entiende que ésta es la reconstrucción correcta de la distinción legal entre la unidad del hecho, StGB §52 (Alemania), que impone la absorción de la pena en los casos de concurso ideal, y la pluralidad de hechos, *id.* §53, que impone la exasperación de la pena en los casos de concurso real. La diferenciación se explicaría porque en el concurso ideal heterogéneo se constataría una aproximación de las distintas realizaciones típicas en el injusto del hecho, no así en el concurso real. De ahí, que la regulación de la unidad del hecho implique ya una consagración del principio del *ne bis in idem*. Los casos de concurso aparente, que Puppe sólo reconoce bajo el criterio de la especialidad—en sentido lógico-formal—serían casos en que la aproximación de las distintas realizaciones típicas sería tal que para expresar el injusto del hecho bastaría con la aplicación de la norma especial. Esto significa, por una parte, que para Puppe los casos tradicionalmente considerados como casos de concurso aparente por subsidiariedad y consunción, han de considerarse casos de concurso ideal. Por otra, Puppe sostiene que la denominación correcta de los casos tradicionalmente entendidos como casos de concurso ideal homogéneo es el régimen del concurso real. En todo caso, su propuesta no ha tenido reconocimiento.

afecta su diferenciación en cuanto a la función de clarificación que se asigna al concurso ideal. Así, en casos de concurso impropio, aun pudiendo aplicarse marginalmente el tipo desplazado por el efecto de cierre, la imputación de responsabilidad por una de las realizaciones delictivas basta para la expresión de reproche merecido. Esto significa que en todo caso de concurso impropio o aparente sólo se condena formalmente por una de las realizaciones delictivas.

De acuerdo con la concepción del concurso impropio como concurrencia de realizaciones delictivas que no implica multiplicidad de condenas ni, por ende, consecuencias en la determinación judicial de la pena—salvo en los casos en que opera la función de clausura—, su afirmación supone la concurrencia de realizaciones típicas diversas. Esto conduce a rechazar la *alternación* como una relación entre dos tipos de delito que fundamentalmente y resuelva un concurso impropio. La *alternación* supone exactamente lo contrario; que entre los tipos en cuestión existe una relación de mutua exclusión, en términos de que si una conducta satisface uno de los dos, ella es necesariamente atípica bajo el otro.⁶⁵ Desde el punto de vista de la dogmática penal continental, ésta es la relación que se da, por ejemplo, entre el hurto y la estafa de cosa. El tipo del hurto exige una conducta que satisfaga el término *sustracción*, que requiere un quebrantamiento de custodia con la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. El tipo de la estafa, por su parte, exige una conducta que consista en un engaño al cual pueda imputarse un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto engañado. En otras palabras, que produzca un perjuicio patrimonial en el engañado, o eventualmente en un tercero. Esto por definición falta si puede afirmarse una *sustracción* de la cosa en cuestión. En otros términos, dado que la estafa supone una circunstancia cuya ausencia es condición necesaria del hurto ambos tipos están en una relación de mutua exclusividad, lo que impide su concurrencia respecto de una misma acción.⁶⁶

⁶⁵ KÜHL, *supra* nota 19, § 21/51. Al respecto, Jakobs señala: “[l]a *alternación* como denominación del supuesto en que se excluyen recíprocamente realizaciones delictivas (exclusividad) no se refiere precisamente al concurso de leyes, sino a su exclusión típica”. JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 31/12 n.13.

⁶⁶ Ciertamente, ello no excluye la posibilidad de la comisión de un hurto mediante engaño. Esto puede darse siempre que el engaño sea funcional a la rup-

En general, la categoría del concurso impropio no se encuentra establecida expresamente en la mayoría de los códigos penales de los sistemas jurídicos que reconocen su plena operatividad. Esto se debe a que su regulación expresa no es necesaria, toda vez que el concurso impropio constituye una categoría que se deriva de “la lógica de la aplicación de la ley”.⁶⁷ Esta constatación es importante en cuanto se advierte que el nuevo Código Penal de Puerto Rico introduce una regulación expresa del concurso aparente.⁶⁸ La conveniencia de esta decisión legislativa será considerada más adelante.

Lo anterior no implica que los contornos del concurso impropio se encuentren absolutamente definidos. Las controversias se concentran fundamentalmente en dos puntos. Por una parte, se trata de si la fundamentación de un concurso impropio requiere como condición necesaria la afirmación de una unidad de acción. Para los que defienden esta exigencia, el concurso impropio sólo aplica a la exclusión de las consecuencias de un concurso ideal heterogéneo.⁶⁹ Los que rechazan la exigencia, admiten la aplicabilidad del concurso impropio para excluir también las consecuencias de un concurso real heterogéneo.⁷⁰ Como se verá más adelante, el centro de esta primera disputa se refiere al reconocimiento o no del criterio de los actos previos o posteriores co-penados en la fundamentación de un concurso aparente.

El segundo epicentro de controversias se refiere a la determinación de los criterios específicos bajo los cuales es correcta la afirmación de un concurso aparente. De modo ampliamente dominante, la doctrina tradicional defiende la aplicación de tres criterios alternativos: la especialidad, la subsidiariedad y la concurrencia.⁷¹ En los tres casos, se trata de criterios que designan

tura no consentida de la custodia sobre la cosa. Esto es, siempre que la víctima—o el tercero que tiene la cosa, en casos de estafa en triángulo—no contribuya concientemente a la extinción de su custodia sobre la cosa.

⁶⁷ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/3.

⁶⁸ Véase Art. 78 Cód. PEN. PR 2004, 33 LPRA § 4706 (Supl. 2005).

⁶⁹ 2 MAURACH, *supra* nota 15, §§ 55/6-55/8, 55/13.

⁷⁰ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, §§ 46/14-46/16; KÜHL, *supra* nota 19, § 21/63.

⁷¹ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/3; 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 55/14. Jakobs rechaza la terminología tradicional, en el entendido de que el concepto de especialidad está en un nivel lógico distinto respecto de los demás. Véase JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 32/17. Según este autor, la especialidad es la

posibilidades de relación entre dos o más tipos de delito, referidas a supuestos en que bajo una misma acción—en el sentido de una unidad de acción—se realiza en tipos diferentes.

Así, hay *especialidad* cuando uno de los dos tipos contiene todos los elementos del otro y, a lo menos, uno más que el segundo.⁷² Esta relación se da, en particular, siempre que un tipo de delito constituye un tipo calificado (especialidad por agravación) o privilegiado (especialidad por atenuación) respecto de otro. En tales casos, la aplicación del tipo especial implica la preterición del tipo general.

Hay *subsidiariedad*, en cambio, cuando uno de los dos tipos sólo resulta aplicable bajo el presupuesto de la inaplicabilidad del otro.⁷³ En este respecto, se distingue entre la subsidiariedad formal o expresa y la subsidiariedad material o tácita. La subsidiariedad es *formal* o *expresa* cuando ella está expresamente establecida en la ley. Es *material* o *tácita*, en cambio, si el mismo injusto del hecho puede ser imputado bajo dos o más formas al autor o partícipe, de modo que la imputación bajo la forma más intensa implica la preterición de la imputación bajo la forma menos intensa. Por ejemplo, si la conducta del sujeto es a la vez constitutiva de participación (complicidad) y de autoría, entonces la primera es preterida por la segunda; si la conducta del sujeto es punible como tentativa y como delito consumado, entonces la primera es preterida por el segundo; si la conducta es imputable a título de delito imprudente y a título de delito doloso, entonces la imputación por negligencia es preterida por la imputación dolosa; si la conducta es constitutiva de un delito de peligro y de un delito de lesión (para el mismo bien jurídico), entonces el primero

única forma en la que se expresa la primacía de una disposición legal frente a otra, mientras que la subsidiariedad y la consunción son criterios de reconocimiento de esa primacía. De ahí, que Jakobs reconduzca todas las variantes de concurso aparente al concepto de especialidad, ya que esa especialidad en virtud de la intensidad de la descripción—especialidad en el sentido tradicional—, especialidad en virtud de la concreción de la consumación, de la intensidad de la participación y de la intensidad del resultado (subsidiariedad tácita y acto previo co-penado), o especialidad relativa al hecho concomitante (consunción) y especialidad en virtud de anticipación (acto posterior co-penado). *Id.* Ap. 31/18.

⁷² KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/5; 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 55/19.

⁷³ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/8; 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 55/15.

es preterido por el segundo. En síntesis, el título de punibilidad principal siempre importa la preterición del título subsidiario.⁷⁴

En relación con la subsidiariedad tácita entre el delito consumado y su respectiva tentativa, es importante destacar que la subsidiariedad posibilita la afirmación de un concurso aparente más allá de la implicación obvia de una tentativa en todo delito consumado. Esto pues, ya que todo delito doloso consumado necesariamente ha sido “intentado”; más genéricamente, todo delito consumado ha empezado a ser ejecutado. De ahí que existan planteamientos según los cuales todo delito consumado importa un concurso aparente respecto de su tentativa, concurso resuelto por especialidad a favor de la consumación.⁷⁵ La subsidiariedad tácita, en cambio, operaría en aquellos casos en que la consumación se produce después de más de un intento. Paradigmáticamente, esto ocurre en casos de tentativas fracasadas previas.⁷⁶ En estos casos, sin embargo, de no reconocerse una unidad natural de acción, habría que reconocer pluralidad de acciones, de modo que la fundamentación de un concurso impropio tendría que basarse en un hecho previo co-penado.⁷⁷

Desde este punto de vista, la afirmación de Mir Puig, en el sentido de que bajo el Código Penal español no hay concurso aparente entre el delito consumado y su tentativa necesariamente presupuesta, puesto que la definición legal de la tentativa incluye una referencia a la ausencia de consumación,⁷⁸ es incorrecta. Esta afirmación no distingue el nivel de la disposición legal y el nivel de la norma expresada en la disposición. Ciertamente, la disposición legal que establece la definición de la tentativa incorpora

⁷⁴ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/10; 2 MAURACH, *supra* nota 15, §§ 55/17-55/18.

⁷⁵ Esta tesis es defendida por Stratenwerth. Véase GÜNTHER STRATENWERTH, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL § 18/15 (4ta ed. 2000).

⁷⁶ Es fundamental distinguir la noción de tentativa fracasada y la noción de delito frustrado. La primera se refiere a tentativas que no tienen éxito desde el punto de vista del plan del autor. Por delito frustrado se entiende la tentativa acabada punible. Esto es la tentativa acabada no seguida de un desistimiento activo voluntario y eficaz. Una tentativa inacabada puede constituir una tentativa fracasada, pero no un delito frustrado. La noción de tentativa fracasada sólo tiene importancia para demarcar una clase de tentativas (inacabadas o acabadas) no susceptibles de ser desistidas eficazmente.

⁷⁷ 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 56/17.

⁷⁸ MIR PUIG, *supra* nota 10, en la lección 27/72 n.55.

una referencia a la ausencia de consumación, pero esto no significa que la ausencia de consumación constituya un elemento del tipo de la tentativa. Esa referencia expresa una condición de aplicabilidad. No hay punibilidad por tentativa si hay punibilidad por el delito consumado correspondiente. Pero esto no es sino la solución de un concurso aparente fundamentado por subsidiariedad expresa.

Por último, hay *consunción* si generalmente, aunque no necesariamente, el injusto (la valoración negativa) de la realización de un tipo de delito está implicado en la realización de otro tipo de delito. En tal caso, el peso del injusto del primer tipo de delito es consumido o absorbido por el injusto del segundo tipo de delito. A diferencia de la relación de especialidad, en la consunción la implicación del injusto de un tipo en otro no es conceptual o analítica, sino que es material, y por ende, contingente. Y a diferencia de la subsidiariedad, en la consunción no se trata de formas diversas de imputación del mismo injusto, sino de la consideración de que en la punición por un delito está expresado el reproche por el injusto del otro.⁷⁹

La cuestión de si los tres criterios enunciados son exhaustivos, depende, como se adelantó, de la respuesta que se dé a la pregunta de si el concurso impropio presupone unidad de acción. De esto depende, a su vez, si los casos de *actos previos o posteriores co-penados* son sistemáticamente resueltos como casos de concurso aparente en situación de pluralidad de acción,⁸⁰ o si por el contrario son reconducidos a alguna categoría distinta, específicamente referida a la exclusión del concurso real heterogéneo.⁸¹ Por *acto previo co-penado* se entiende aquella realización típica que se considera impune en tanto el peso del injusto del complejo global de los hechos punibles involucrados se encuentra adecuadamente

⁷⁹ KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/11; 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 55/21.

⁸⁰ KÜHL, *supra* nota 19, § 21/63.

⁸¹ En este sentido, véase JOACHIM HRUSCHKA, STRAFRECHT NACH LOGISCH-ANALYTISCHER METHODE 393-96 (2da ed. 1988). Hruschka sostiene que estos casos de concurso real impropio pueden ser de tres clases: casos de actos previos co-penados, casos de actos posteriores co-penados y casos de actos concomitantes co-penados. Estos últimos serían aquéllos en que las dos acciones son simultáneas, sin que satisfagan, empero, modalidad alguna de unidad de acción, en el entendido de que la simultaneidad no fundamenta una unidad de acción.

expresado en la imputación del hecho posterior. Este sería el caso, por ejemplo, de una realización típica de lesión corporal que queda comprendida en el estadio de una realización típica de homicidio.⁸² Nótese, sin embargo, que en este caso podría discutirse la posibilidad de afirmar una unidad de acción, en el sentido preciso de una unidad de acción por identidad parcial de la acción ejecutiva de uno y otro tipo de delito. De ser así, la afirmación de un concurso aparente no implicaría la exclusión de las consecuencias de un concurso real, sino de un concurso ideal. Y para esto bastaría el criterio de la consunción.

Como *acto posterior co-penado*, en cambio, se trata el hecho posterior que queda impune en tanto el peso de injusto del complejo global de los hechos punibles es suficientemente expresado en la imputación del hecho previo.⁸³ En este ámbito pueden caer sobretodo los casos en que el hecho posterior aparece como objeto de referencia de un elemento subjetivo especial del tipo correspondiente al hecho previo. En general, esto se da cuando el hecho previo corresponde a la estructura típica de un delito de *intención*, esto es, un delito cuyo tipo incluye una tendencia interna trascendente, que bien puede tratarse o de un delito mutilado de dos actos (en éste la tendencia interna trascendente hace referencia a un acto posterior del mismo agente, cuya ejecución no es condición de la consumación del delito), o de un delito de resultado cortado (en el cual la tendencia interna trascendente hace referencia a un estado de cosas cuya verificación no es condición de la consumación del delito).⁸⁴ Éste es uno de los sentidos en que en el Derecho angloamericano se usa la expresión *intención específica* para caracterizar la estructura de cierta clase de delitos.⁸⁵

Considérese, por ejemplo, el tipo de la falsificación documental del artículo 271 del Código Penal de Puerto Rico de 1974.⁸⁶ La

⁸² KINDHÄUSER, STRAFRECHT, *supra* nota 9, § 46/15.

⁸³ *Id.* § 46/16.

⁸⁴ ROXIN, DERECHO PENAL, *supra* nota 16, § 10/84.

⁸⁵ JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 136 (3ra ed. 2001). Para la importancia de esta consideración en relación con la *actio libera in causa* en su modalidad de intoxicación voluntaria, véase Luis Ernesto Chiesa Aponte, *Intención específica, intoxicación voluntaria y otros demonios*, 73 REV. JUR. UPR 83 (2004).

⁸⁶ Este artículo disponía:

Toda persona que con intención de defraudar a otra hiciere, en todo o en parte, un documento, instrumento o escrito falso, mediante el cual

disposición exige que la falsificación en cualquiera de sus modalidades se realice con la *intención de defraudar*. El delito de falsificación, entonces, está tipificado como un delito mutilado de dos actos: la ejecución del segundo acto, la defraudación, es anticipada bajo la exigencia de un momento subjetivo específico en la ejecución del primer acto, la falsificación. Por esto, la intención de defraudar constituye una tendencia interna trascendente, esto es, un elemento subjetivo que *trasciende* la ejecución de la falsificación, alcanzando el acto, proyectado en el tiempo, de la defraudación, cuya realización, empero, no es condición necesaria de la consumación de la falsificación. Si la defraudación es constitutiva de delito,⁸⁷ se trata en todo caso, de un acto posterior co-penado en la falsificación.

Lo mismo puede decirse del tipo del escalamiento del artículo 170 del Código de 1974.⁸⁸ El ingreso al inmueble debe ser ejecutado con la intención (el propósito) de cometer un delito distinto una vez ingresado el sujeto. Esa intención es una tendencia interna trascendente cuyo objeto de referencia es la ejecución de un acto posterior, que de este modo resulta co-penado en la imputación de escalamiento. Esa intención que exige la definición legal del escalamiento constituye una tendencia interna trascendente que se refiere a un hecho punible posterior cuya verificación, empero, no es condición de la consumación. Esto convierte al escalamiento en un delito mutilado de dos actos.

se creare, transfiriere, terminare o de otra forma afectare cualquier derecho, obligación o interés, o que falsamente alterare, limitare, suprimiere o destruyere, total o parcialmente, uno verdadero, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de nueve años. De mediar circunstancias agravantes, la pena fija establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de catorce años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un mínimo de seis años.

Art. 271 Cód. PEN. PR 1974, 33 LPRA § 4591 (2001).

⁸⁷ Como, por ejemplo, lo sería bajo el tipo de la apropiación ilegal reconducido a la hipótesis de *false pretenses*.

⁸⁸ Este artículo establecía:

Toda persona que penetrare en una casa, un edificio u otra construcción o estructura, o sus dependencias o anexos, con el propósito de cometer cualquier delito de apropiación ilegal o cualquier delito grave, será sancionada con pena de reclusión por un término que no excederá de seis (6) meses. El tribunal, a su discreción, podrá imponer la pena de prestación de servicios a la comunidad en lugar de la pena de reclusión.

Art. 170 Cód. PEN. PR 1974, 33 LPRA § 4276 (2001).

En los dos ejemplos considerados parece menos plausible la invocación de una unidad de acción en caso de que tanto el delito que constituye el acto anterior como el delito que constituye el acto posterior—co-penado en el primero en virtud de la tendencia interna trascendente—sean cometidos. La falsificación de un documento, desde el punto de vista del *iter criminis* de un delito de significación patrimonial, no deja de ser un mero acto preparatorio; esto es, un acto que no alcanza a ser subsumido en el segundo tipo de delito, como sería en el tipo de la apropiación ilegal. Por ejemplo, a un escalamiento y una posterior apropiación ilegal, es claro que entre ambas realizaciones típicas no puede darse una sola acción en sentido natural, ni una unidad típica de acción. La unidad natural de acción también está excluida, al menos en cuanto se la restrinja a realización iterativa o sucesiva del mismo tipo de delito. Luego, en ambos ejemplos la fundamentación de un concurso impropio por tratarse de un acto posterior co-penado tendría que afirmarse en una situación de pluralidad de acciones.

Ciertamente, pueden existir ámbitos en que haya una declaración legislativa expresa favorable a la punición del hecho previo y de los eventuales hechos posteriores. Éste parece ser el caso en el delito de conspiración. Esto no implica que esa decisión legislativa esté exenta de dificultades desde el punto de vista de la identificación del merecimiento de una pena independiente a la correspondiente a la de conspiración, que puede considerarse un mero acto preparatorio de un delito posterior. La conformidad de esa decisión legislativa impone al intérprete la tarea de identificar alguna consideración que legitime el merecimiento de penas independientes por ambos actos, tanto el previo y el co-penado. En la doctrina continental, esto se intenta la mayoría de las veces por vía de la reconstrucción del hecho previo como un delito de peligro abstracto.⁸⁹

E. El principio del ne bis in idem frente a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

En la determinación de la pena, la prohibición de la doble valoración no sólo tiene incidencia en la decisión acerca de la canti-

⁸⁹ JAKOBS, *supra* nota 13, Ap. 31/29.

dad de realizaciones delictivas que han de ser imputadas, sino también en la modificación del marco penal ya determinado en función de la consideración de circunstancias agravantes y atenuantes. En este respecto, tanto en el Derecho alemán⁹⁰ como en el Derecho español,⁹¹ la regla básica consiste en la imposibilidad de considerar como circunstancia modificatoria una circunstancia que forma parte del tipo penal cuya realización fundamenta la condena. En sus propios términos, la regla pretende impedir la consideración redundante de una determinada circunstancia que está implicada en la comisión de un delito, de modo que la misma circunstancia no pueda considerarse una segunda vez, al momento de la determinación concreta de la pena aplicable al hecho.

La formulación de esta regla en el Código Penal español es particularmente ilustrativa, en tanto explicita una diferenciación conceptual relativa al modo en que una circunstancia puede estar implicada en la comisión de un delito. La doctrina, en efecto, interpreta la disposición del artículo 67 del Código Penal español⁹² distinguiendo la *inherencia expresa*, que se da cuando la propia descripción típica hace referencia a la circunstancia en cuestión, y la *inherencia tácita*, que se da respecto de circunstancias “de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas[, éste] no podría cometerse”.⁹³ De lo que se trata, por ende, es de impedir la sobre-valoración de una misma propiedad del hecho, que sea contraria a la intención del legislador en cuanto a la valoración de esa propiedad.

Lo anterior es crucial para entender el funcionamiento de la prohibición de doble valoración. Ésta prohíbe considerar más de una vez una misma circunstancia, en términos de que su consideración en el tipo del delito cuya realización se imputa bloquea su

⁹⁰ ADOLF SCHÖNKE & HORST SCHRÖDER, STRAFGESETZBUCH: KOMMENTAR § 46/45 (23ra ed. 1988); TRÖNDLE-FISCHER, *supra* nota 62, § 46/37; 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 63/60.

⁹¹ MIR PUIG, *supra* nota 10, en la lección 25/13.

⁹² Este artículo establece:

Las reglas del artículo anterior [sobre aplicación de la pena] no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Art. 67 Cód. Pen. Esp. 1995.

⁹³ MIR PUIG, *supra* nota 10, en la lección 25/13.

consideración posterior en la determinación judicial de la pena. De ahí, que Maurach afirme que su fundamento se deriva de la colaboración, según la división del trabajo y de la responsabilidad por la decisión, entre el legislador y el juez en la determinación de la pena.⁹⁴ Por esta razón, la prohibición no opera formalmente. Así, es posible que una determinada circunstancia que integra el tipo penal—que en el delito en cuestión se manifiesta con una intensidad particular—pueda ser legítimamente considerada como factor de determinación de la pena, por ejemplo, modificando gravosamente el marco penal aplicable.⁹⁵ Esto es consistente con la prohibición de la doble valoración, pues con la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta de hecho en el delito en cuestión, ella no está implicada en su definición típica.

Lo mismo puede decirse de una circunstancia que no agrava, sino que atenúa las consecuencias de la responsabilidad. Considérese, por ejemplo, la posibilidad de que un determinado tipo de delito haga referencia a una circunstancia que implique una disminución de la culpabilidad del autor.⁹⁶ Bajo la exclusión de circunstancias inherentes, un tribunal no podría considerar el déficit de motivación del autor para subsumir el hecho en el tipo de delito en cuestión, y después considerar la misma circunstancia como factor de determinación de la pena. Pero esto no excluye que si el déficit de culpabilidad se presenta con una intensidad inusitada—que en todo caso no implique la ausencia de culpabilidad—, su consideración como factor de determinación de la pena sí pueda resultar justificada.

Sin embargo, hay una diferencia crucial entre la consideración de circunstancias agravatorias y la consideración de circunstancias atenuantes. La diferencia se encuentra en que sólo la con-

⁹⁴ 2 MAURACH, *supra* nota 15, § 63/62.

⁹⁵ SCHÖNKE & SCHRÖDER, *supra* nota 90, § 46/48.

⁹⁶ En el Derecho Penal de Puerto Rico, éste es el caso del *homicidio voluntario* o “asesinato atenuado”, en la terminología del nuevo Código Penal. Véase Art. 85 Cód. Pen. PR 1974, 33 LPRA § 4004 (2001). El artículo 108 del nuevo Código Penal de Puerto Rico dispone al respecto que:

No obstante lo dispuesto en el artículo 107 de este Código [sobre las penas en convicciones por asesinato], cuando el asesinato tiene lugar en ocasión de súbita pendencia o arrebato de cólera, se impondrá al convicto la pena provista para el delito grave de tercer grado [o sea, menor que la del asesinato en primer y segundo grado].

33 LPRA § 4736 (Supl. 2005).

sideración múltiple de las primeras constituye una infracción de la prohibición de doble punición que se deriva del principio de proporcionalidad, al menos en cuanto el principio de proporcionalidad se ha entendido como un principio que limita el ámbito de ejercicio legítimo de la potestad punitiva.

III. EL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO PENAL DE ESTADOS UNIDOS: EL CONCURSO Y LA CLÁUSULA DE LA DOBLE EXPOSICIÓN

A. La doble exposición y sus contextos

En el Derecho de Estados Unidos, en cambio, la prohibición de la doble valoración encuentra una formulación directa en la Constitución federal. La Quinta Enmienda establece una cláusula que proscribe la doble exposición (*double jeopardy*), según la cual ninguna persona ha de ser expuesta a sufrir dos veces una pena por un mismo delito (*same offence*).⁹⁷ Originalmente, la cláusula de la doble exposición se entendía que sólo vinculaba a la jurisdicción federal, pero no a los estados. El punto de quiebre de este entendimiento ocurrió en 1969, cuando el Tribunal Supremo federal sostuvo, en el caso de *Benton v. Maryland*,⁹⁸ que la cláusula era oponible a los estados a través de la Decimocuarta Enmienda,⁹⁹ al entender que debía considerarse la cláusula como una garantía comprendida por la cláusula del debido proceso de ley (*due process of law*). Por lo demás, el mismo día de la decisión de *Benton*, el Tribunal Supremo resolvió, en *North Carolina v. Pearce*,¹⁰⁰ que *Benton* era aplicable con efecto retroactivo. *Benton* significó un repudio a una línea jurisprudencial establecida en 1833, cuando el Tribunal mantuvo que la Carta de Derechos de la Constitución federal no vinculaba a los estados.¹⁰¹

La cláusula de la doble exposición, que desde *Benton* es vinculante no sólo para el gobierno federal sino también para los estados a través de la cláusula del debido proceso, puede ser entendida como un reconocimiento institucional de la prohibición de la

⁹⁷ CONST. EE.UU. enmda. V.

⁹⁸ 395 U.S. 784 (1969).

⁹⁹ CONST. EE.UU. enmda. XIV.

¹⁰⁰ 395 U.S. 711 (1969).

¹⁰¹ Véase, e.g., *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).