

un error de prohibición o en condiciones que no permiten exigirle un comportamiento diferente al que ha cometido.

§ 6. Delitos de omisión impropia culposos

- 1185 La estructura de los delitos de omisión impropia (comisión por omisión) culposos no es, substancialmente, diferente de la de los cometidos dolosamente. Es esencial que en relación a ambos tipos de delitos, el deber de garante sea regulado de acuerdo con los mismos criterios. El deber de garante y el deber de prudencia ayudan a precisar los peligros que deben ser descartados. Además, estos dos deberes están estrechamente relacionados. Sus contenidos y límites se determinan de manera recíproca. El agente no está obligado a ser más y no puede hacer menos de lo que el deber de prudencia exige.
- 1186 La imprevisión culpable puede estar en relación con el desconocimiento del comportamiento incriminado, a una apreciación incorrecta de la propia capacidad a cometer el comportamiento o a un procedimiento indebido al momento de tratar de evitar el peligro (cálculo equivocado de la inminencia del resultado o errónea apreciación de los alcances del deber de garante).

Capítulo 6

Concurso de leyes y de delitos

A. Introducción

- 1187 De la simple lectura de la Parte Especial del Código Penal, se tiene la impresión de que el legislador ha descrito cada delito como la obra de una sola persona (autor individual) y como si se tratarán de comportamientos totalmente independientes. De modo que el juez, al momento de dictar sentencia, podrá de manera fácil y sin mayor

contratiempo aplicar una disposición penal. Sin embargo, la complejidad de los hechos concretos a juzgar y las limitaciones propias a toda legislación determinan que el juez enfrente el dilema de que una misma persona deba ser castigada, en un mismo proceso, por diversas infracciones en las que ha incurrido.

- 1188 En el capítulo III del Título VI del Libro Primero del Código Penal, el legislador ha regulado, bajo el epígrafe "Del concurso de delitos", diversas reglas destinadas a resolver esos problemas. El concurso real está previsto en el art. 69; el ideal, en el art. 70; y el delito continuado, en el art. 71.

B. Unidad y pluralidad de acción

a. Concepto de acción

- 1189 Saber cuándo se está ante un caso de concurso real o de concurso ideal supone dilucidar, previamente, si existe unidad o pluralidad de acción. Este criterio se encuentra evidenciado en la manera como, en el art. 70, se define el concurso ideal. Se dice, "en caso de que en un solo hecho constituya dos o más delitos". De manera menos clara, en el art. 69, se regula el concurso real, Sólo se alude al "responsable de dos o más delitos". Quien es juzgado por concurso ideal también es responsable de por lo menos dos delitos. Sin embargo, esta imprecisión es aclarada cuando se define el delito continuado (caso privilegiado de concurso real) haciéndose referencia a "varias acciones u omisiones" (art. 71).
- 1190 El término **hecho** empleado en el art. 70 debe ser comprendido como **acción u omisión**; términos utilizados en el art. 71 y supuestos en el art. 69 cuando se habla de "delitos".
- 1191 Lo que en este dominio debe ser comprendido como **acción** es muy discutido. La generalidad de autores admite que no se le puede asimilar a la noción de **acción** como elemento del delito, y en que no existe un criterio de carácter natural que permita indicar los casos por ella comprendidos.

b. Criterios para determinar la unidad de acción

- 1192 De lo que se trata es de determinar cuáles son los criterios idóneos para "aislar, separar o recortar de un todo fluyente", como es el comportamiento humano, una fracción de la cual se puede decir que es una acción. Indudablemente, no existe un canon único que cumpla esta función; la realizan más bien criterios de distinta naturaleza. El primero es de carácter jurídico y es proporcionado por el mismo legislador al elaborar los tipos legales. Se trata de un **criterio normativo**. Junto a éste, es de considerar una perspectiva objetiva determinada por la subjetividad del agente y el contexto temporal y espacial en que se desarrolla el comportamiento. Según la concepción dominante, el término **unidad de acción** (*Handlungseinheit*) debe ser utilizado tanto en sentido objetivo como jurídico.
- 1193 Admitido lo antes expuesto, se afirma, en primer lugar, que el soporte real, físico de la noción de acción es el movimiento o movimientos corporales originados por un impulso de voluntad aislado, sin tener en cuenta la pluralidad de resultados producidos; por ejemplo, lanzar una granada. Pero, es necesario tener presente el tipo legal, ya que el legislador puede haber determinado que la pluralidad de tales eventos naturales deba ser considerada como una unidad; de ahí que el **cuadro normativo del tipo legal** sea determinante. Precizando esta concepción, se afirma que **unidad de acción** existe siempre en el caso de cumplimiento de las condiciones mínimas del tipo legal; aun cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado. Ni el número de resultados ocasionados, ni el número de tipos legales posiblemente cumplidos, son determinantes para admitir una pluralidad de acciones.
- 1194 Aquí debemos tener presente que el legislador, al individualizar en los tipos legales las acciones punibles, ha tenido en cuenta un conjunto de acciones fundamentales, como las de causar la muerte a una persona o un feto, practicar el acto sexual, apropiarse de una cosa mueble, perturbar la circulación pública, privar de libertad a otro, amenazar a una persona, etc. Estas acciones pueden ser consideradas como unidades (**delito - tipo**), a partir de las cuales, describe los

comportamientos socialmente dañinos, ya sea mediante la acumulación de algunas de ellas o adjuntándoles alguna circunstancia. En todos estos casos se trata de una **unidad de acción** en sentido jurídico.

c. Casos de unidad de acción

- 1195 Debido a que los tipos legales de los **delitos complejos** presuponen la comisión de varias acciones (en sentido natural o en sentido jurídico), aun cuando una de ellas sea prevista como designio, motivo, se admite que hay **unidad de acción jurídica**; por ejemplo, en el delito de violación: el agente debe mediante violencia yacer con una mujer (art. 173); en el delito de robo: el autor ejerce violencia y toma una cosa mueble total o parcialmente ajena (art. 251); en el delito de inutilización de defensas: el agente hace surgir el peligro de que se produzca un desastre, dañando o inutilizando instalaciones, objetos u obras destinadas a la defensa común (art. 266).
- 1196 Así mismo, existe unidad cuando en el tipo legal se ha considerado, globalmente, **un conjunto de acciones como un todo**. Por ejemplo, en el delito de atentados contra la integridad e independencia del Estado: el agente debe hacerlo ejecutando "**actos que directamente tiendan a** menoscabar la integridad del territorio de la República..." (art. 360); en el delito de actos hostiles, consistente en practicar "**actos** hostiles no aprobados por el Gobierno nacional contra un Estado extranjero..." (art. 372).
- 1197 Otro caso de unidad de acción jurídica es el de los **delitos permanentes**, consistentes en crear y mantener una situación antijurídica; por ejemplo, el delito de allanamiento de morada cuando el agente permanece en morada ajena o en sus dependencias contra la voluntad del titular (art. 206); el delito de secuestro, consistente en privar a una persona de cualquier manera, de su libertad personal (art. 201).
- 1198 Es de comprender, igualmente, a los denominados **delitos de hábito**, en que el mismo tipo legal exige una pluralidad de acciones que

demuestren un *modus vivendi* particular del agente; por ejemplo, el delito de rufianería (art. 193) consistente en vivir "en todo o en parte, a expensas de persona o personas que ejerzan la prostitución o de las ganancias provenientes de este comercio". Lo mismo se puede decir de la corrupción agravada (art. 189, inc. 6, en concordancia con el art. 27, inc. 24). De acuerdo con esta disposición, se agravará la pena a quien "promoviere, facilitare o favoreciere la prostitución o la corrupción sexual de un menor de edad", cuando realizare estos hechos "con habitualidad".

- 1199 La unidad de acción debe admitirse respecto de los **tipos alternativos**, en los que las acciones son equiparadas por el legislador en cuanto a su tratamiento penal. Así por ejemplo, quien invada y, por tanto, despoje a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble, con cualquier propósito, comete las acciones alternativas, previstas en el art. 256, pero se debe aceptar que sólo será reprimido como si hubiera cometido una sola acción (unidad de acción jurídica).
- 1200 Muchas veces, el tipo legal no hace posible considerar la unidad de acción; sin embargo mediante interpretación se puede deducir que la realización del resultado típico puede tener lugar mediante diversos actos progresivos. El autor puede disparar con su arma de fuego sobre la víctima y no matarla; inmediatamente después de este acto fallido, la lesiona varias veces con arma blanca y logra causarle la muerte. En casos de esta índole y teniendo en cuenta el contexto espacial - temporal, así como la intención del agente, se debe admitir la presencia de una sola acción homicida; por tanto el agente no puede ser considerado como autor, primero, de una tentativa de homicidio; luego, como responsable de lesiones corporales; y, finalmente, como homicida.
- 1201 En doctrina no existe acuerdo sobre si es de admitir unidad de acción cuando la ejecución repetida del mismo tipo legal es cometida con un solo impulso criminal y en un estrecho marco temporal - espacial. Este problema está resuelto en el Código Penal mediante la regulación del **delito continuado**. Según el art. 71, "se entenderá que

hay delito continuado cuando **varias acciones u omisiones** se cometan en las circunstancias siguientes ...".

d. Unidad de acción en los casos omisivos y en los culposos

- 1202 En cuanto a las acciones omisivas o de comisión por omisión y acciones culposas, es de considerar sus peculiaridades: en las dos primeras - **acciones omisivas** -, el deber de cumplir con las **acciones esperadas** y la posibilidad de realizarlas todas simultáneamente; y, en las terceras - **acciones culposas** -, el deber de cuidado exigido. La no realización de una acción esperada o la violación de un deber de cuidado constituyen una sola omisión o acción culposa, aun cuando produzcan múltiples resultados.
- 1203 Hay pluralidad de omisiones cuando el agente no **realiza dos o más acciones esperadas**. Por ejemplo, no auxiliar sucesivamente a dos personas en peligro, pudiendo hacerlo. Esto es más evidente en la omisión impropia, cuando le es posible evitar otro resultado dañino luego de producido el primero. Existen varias acciones culposas, si un conductor por sucesivas imprudencias ocasiona tres accidentes mortales.

C. Concurso ideal de delitos

a. Introducción

- 1204 Una vez constatada la unidad de acción, todavía es de comprobar si sólo una ley debe ser aplicada. Esto se debe a que mediante su acción, el agente puede cumplir con los elementos de dos o más tipos legales, ninguno de los cuales la abarca en su totalidad; de modo que todos ellos deben ser tomados en cuenta. La aplicación de diversas disposiciones es debido, como consecuencia, a la naturaleza compleja de la acción. Estos casos son agrupados bajo el título de concurso ideal de delitos.

- 1205 Según el art. 70, se da este concurso "en caso de que en un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro".

b. Naturaleza del concurso ideal

- 1206 De manera esquemática, se puede afirmar que dos criterios son utilizados para explicar el concurso ideal. De un lado, se sostiene que se trata de un **concurso de delitos** porque cada "violación de la ley penal" constituye un delito. De otro lado, se afirma que una sola acción no puede ser causa de la "violación de diferentes leyes" y, por lo tanto, se niega la existencia de pluralidad de delitos y afirma que se da un **concurso de leyes**.
- 1207 Esta diferencia de pareceres es debida a la diversidad de maneras cómo sus defensores conciben el delito. Los defensores del primer criterio otorgan al cumplimiento del tipo legal una importancia preponderante; y los segundos, tienen sobre todo, en cuenta la causalidad de la acción. Actualmente, en doctrina, se deja de lado esta discusión interesando únicamente subrayar las condiciones que deben darse para hablar de concurso ideal.

c. Diferencias con el concurso aparente de leyes y el concurso real de delitos

- 1208 En el concurso aparente de leyes como en el concurso ideal, se trata de una sola acción. Pero ésta es abarcada plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables. En otras palabras, se puede decir que el elemento común a estas dos clases de concurso es la unidad de acción; el elemento diferenciador, la tipicidad única o plural.
- 1209 En relación con el concurso real de delitos, la diferencia consiste en la pluralidad de acciones necesarias para la existencia de éste. Por esto, al inicio de este capítulo, señalábamos que toda discusión práctica sobre los verdaderos concursos (ideal y real), comienza con la determinación de la unidad o pluralidad de acción.

d. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas

- 1210 La expresión "**un solo hecho**" contenida en el art. 70, significa **una sola acción**. Para determinar, en qué casos se da esta unidad se debe recurrir a los criterios que hemos expuesto anteriormente. Quien con un solo disparo mata a una persona y lesiona a otra, comete una sola acción; mas, es evidente, que no puede ser totalmente valorada mediante la aplicación de la norma que reprime el homicidio (art. 123), ni por la que castiga la lesión (art. 144). Sólo teniendo en cuenta ambas es posible pronunciar un juicio negativo de valor sobre la acción. Lo mismo sucede en el caso en que el violador, al hacer uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima, le ocasiona lesiones de manera intencional y que no son las propias de la violación.. Aquí existe unidad de acción, a la cual es aplicable el art. 173 y el art. 144. Decir que sólo ha cometido violación no es acorde con la realidad; ya que no es posible, simplemente, dejar de lado las lesiones. Es necesario tenerlas en cuenta para valorar cabalmente el comportamiento del agente. Pero no es posible admitir que se da concurso real de delitos, porque no existen **dos o más delitos independientes** (art. 69). En el ejemplo dado, el **cuadro normativo del tipo legal** (violación) determina que se considere la existencia de una acción, a pesar de que, desde un punto de vista fenomenológico, podría ser fraccionada en acciones parciales. El contexto temporal - espacial y la finalidad del agente son factores que coadyuvan para admitir tal conclusión.
- 1211 Para una correcta comprensión del concurso ideal y la adecuada solución de las dificultades que presenta, es indispensable una justa apreciación de los tipos legales y de las relaciones existentes entre ellos. El criterio normativo proporcionado por el legislador a través de los tipos legales es ya decisivo en la determinación de la unidad de acción y la adecuación de esta acción a uno o algunos de ellos es determinante para admitir o no la existencia del concurso ideal de delitos.

e. Concurso ideal homogéneo (varias violaciones de la misma ley)

- 1212 En el art. 70, no se distingue entre casos de concurso ideal. En doctrina, se diferencia entre concurso ideal **homogéneo** y concurso ideal **heterogéneo**. El primero es definido como la violación repetida de la misma norma legal, mediante una sola acción; por ejemplo, lanzando una granada se lesiona gravemente a varias personas. Cuando en la disposición legal indicada se dice "dos o más delitos", se deja abierta la posibilidad de que se trate de delitos del mismo tipo. Sin embargo, parecería que el concurso homogéneo estaría excluido por el hecho de que la pena se establece diciendo: "únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción". Tendría que comprenderse, como consecuencia, que se trata de disposiciones diferentes que fijan penas distintas. Sin embargo, debería considerarse que pueden presentarse casos de delitos diversos, pero reprimidos con la misma severidad. Situación idéntica a la que se daría cuando se trata de la violación de la misma disposición. En ambas situaciones, debe aplicarse la pena según lo dispuesto en el art. 70.
- 1213 Esta dificultad se presenta debido a la manera como ha sido redactada la norma del art. 70. En esta disposición, se hace referencia a que "se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción". De esta manera, se alude al marco penal abstracto de la disposición correspondiente. Así, se estaría fijando sólo los márgenes dentro de los cuales debe individualizarse la pena.
- 1214 El punto de partida parece haber sido que cuando una sola es la ley aplicable, el juez conoce, con precisión, los márgenes inferior y superior dentro de los cuales individualizará la pena. Los casos que se tuvieron presentes fueron aquellos en que se da la posibilidad de reprimir al agente desde la perspectiva de dos o más disposiciones legales. A fin de no dejar en manos del juez un excesivo poder discrecional, se señala, expresamente, de qué manera ha de resolver estos conflictos.

- 1215 Si mediante la interpretación se concluye que una sola disposición es aplicable, no puede afirmarse la existencia de un caso de concurso ideal. La regla del art. 70 no entra en funciones, pues el juez no se encuentra ante la alternativa de aplicar una u otra disposición.

f. Fijación de la pena en caso de concurso ideal: legislación y doctrina extranjeras

- 1216 En la legislación extranjera, se ha consagrado a veces el **trato único de ambos tipos de concurso**. Es conveniente anotar que muchos autores, principalmente alemanes, son partidarios de este sistema y, por tanto, **de la aplicación del sistema de la pena única** (*Einheitsstrafe*). De aplicarse este criterio no se distinguiría más entre los diferentes puntos de vista en conflicto y la existencia de varias acciones.
- 1217 La propuesta de optar por el tratamiento único, implica el abandono, en la práctica, de la distinción entre concurso ideal y real. El factor decisivo considerado para exigir tal solución, es la imposibilidad de encontrar un criterio certero para distinguir la unidad de la pluralidad de acción. De donde se deduce que la diferenciación ahora practicada - vista desde la perspectiva de la política criminal - es arbitraria y, por lo tanto, necesariamente insegura.

g. Legislación nacional

- 1218 Una vez comprobada la presencia de un concurso ideal de delitos, es de saber qué pena ha de imponerse al agente. De acuerdo con el sistema de penas no tasadas, se trata de saber, con mayor exactitud, dentro de qué márgenes penales el juez fijará la pena. Si las disposiciones en concurso fijan la misma escala, el juez no tendrá dificultades; pero si son diferentes, la ley le ordena determinarla en base a la más severa. Para saber cuál es la ley que prevé la pena más grave ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la pena y los límites *mínimum* y *máximum*. Determinada la pena correspondiente al delito más grave de los cometidos, se aumentará la pena en una tercera parte.

- 1219 Teniendo en cuenta la posibilidad de que la solución establecida resulte excesiva en relación con la índole de los delitos cometidos, el legislador ha previsto la acumulación de las penas correspondientes "a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior [es decir la más grave aumentada en una tercera parte]".
- 1220 En esta misma perspectiva, se dispone que si los delitos son sancionados con prisión, con prisión y multa o sólo con multa, "el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo" (art. 70, párrafo tercero).

D. Concurso real de delitos

a. Noción

- 1221 En el art. 69, de manera demasiado esquemática, se considera dado el concurso real cuando el agente es "responsable de dos o mas delitos". Por esto, resulta indispensable recurrir a los criterios elaborados por la doctrina, teniendo en cuenta lo dispuesto respecto del concurso ideal y al delito continuado.

b. Pluralidad de acciones

- 1222 De acuerdo a lo dispuesto en el art. 70 (donde se habla "de un solo hecho") y al análisis del concurso ideal explicado anteriormente, consideramos que la pluralidad de acciones es la base del concurso real de delitos. Cada una de esas acciones debe ser independiente, de modo que puedan ser consideradas como infracciones autónomas. Tales acciones pueden consistir ya sea en movimientos corporales voluntarios (por ejemplo, dos disparos que causan la muerte a otras tantas personas) o en unidades jurídicas de acción (por ejemplo, dos delitos complejos o dos delitos permanentes).
- 1223 En todo caso, tal pluralidad de acciones no debe constituir una unidad de acción jurídica. Si este es el caso, podría tratarse de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal; mas no de concurso real.

Este requisito de la independencia de las acciones se percibe con más claridad si se tiene en cuenta el art. 71, que describe el delito continuado. En esta disposición, se hace referencia a "varias acciones u omisiones", de la "misma o de distinta gravedad", que se realicen con "un mismo propósito o resolución criminal", que violen normas que "protegen el mismo bien jurídico"; sin importar si el agente las ejecutó en el mismo o distinto lugar o momento. De donde se deduce que en el art. 69, se presupone una pluralidad de actos independientes a los cuales el legislador no hace referencia expresa. Además, en el art. 27, incisos 23 y 24, se señala la comisión de dos o más delitos independientes unos de otros al definir la reincidencia y la habitualidad.

c. Concurso real homogéneo y heterogéneo

- 1224 Al decir **delitos independientes**, no nos referimos a **delitos de diferente naturaleza**. El agente pudo haber cometido en diversas ocasiones, independientemente, el mismo delito (varios hurtos) o delitos diferentes (un hurto, un homicidio, dos estafas). En el primer caso, se habla de **concurso real homogéneo** y, en el segundo, de **concurso real heterogéneo**.

E. Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de penas, penas accesorias

- 1225 En caso de concurso real, el legislador establece el criterio de la acumulación de penas. El art. 69 dispone que al responsable "se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones" que haya cometido "a fin de que las cumpla sucesivamente".
- 1226 Para evitar que se impongan penas que por su duración resultan de ejecución imposible, el legislador ha estatuido límites máximos de duración (art. 69). Primero, lo hace en relación con el tipo de la penas. Si se trata de la misma especie, "no podrá exceder del triple de la mayor duración" y "si todas tuvieran igual no podrán exceder del triple de la pena". Luego, fija máximo absoluto: para la prisión, el de

50 años. Para la pena de multa, el máximo de doscientos mil quetzales.

- 1227 La **simple acumulación de las penas** correspondientes a cada infracción, conforme al principio *quot delicta tot poenas*, ha sido siempre criticada debido a que contraría los objetivos de la pena. Este criterio de política criminal es, sobre todo, correcto en relación a las penas privativas de la libertad; pero, no sin razón, ha sido igualmente esgrimido contra la acumulación de penas pecuniarias. De modo que resulta injusta e incorrecta, desde los principios de política criminal generalmente admitidos, la acumulación establecida por el legislador guatemalteco.

F. Delito continuado

a. Introducción

- 1228 El origen de la noción de delito continuado es bastante remoto, sin embargo no ha sido suficientemente precisado. Se discute mucho sobre sus elementos. Sin incurrir en exageración, se puede decir que "no hay concepto penal más confuso y anárquico" que el del delito continuado.
- 1229 La intensa discusión en torno a este concepto, no depende de que haya sido o no regulado legislativamente. En los países, en que la determinación de sus elementos ha sido obra de la jurisprudencia, los penalistas han llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son estos elementos; pero discrepan, frecuentemente, respecto de la manera en que debe ser concebido cada uno de ellos. Como ejemplo, basta recordar las discusiones existentes en la doctrina alemana en relación al elemento subjetivo del delito continuado. La situación no es del todo mejor en los países en cuyas legislaciones se ha regulado expresamente este concepto penal. La interpretación de las disposiciones respectivas, da lugar a una serie de discrepancias. El caso de Guatemala no puede ser diferente, dada la manera como se ha definido el delito continuado en el art. 71.

b. Naturaleza del delito continuado

- 1230 Sobre la naturaleza del delito continuado existe diversidad de criterios. La discusión gira en torno a la determinación de si se trata de una ficción, de una realidad natural o de una realidad jurídica. Según el primer criterio, el delito continuado es el fruto de una ficción legal y ésta existe toda vez que el legislador asigna a un hecho o a un conjunto de hechos el mismo trato jurídico de un hecho o conjunto de hechos diversos, sabiendo que no existe entre ellos alguna relación. Quien considera inconveniente este criterio, afirma, de un lado, que no se puede decir que la unidad entre las varias acciones sea contraria a la verdad, en cuanto las acciones mismas no son en la realidad del todo diferentes: ellas tienen un elemento común que las une y, de otro lado, que al ente resultante no se le puede negar el carácter de realidad jurídica.
- 1231 En oposición a estos criterios, algunos autores han afirmado la unidad real y natural, tanto subjetiva como objetiva, del delito continuado.
- 1232 La incorporación o no de un elemento subjetivo entre aquellos que deben darse para admitir la existencia del delito continuado es bastante discutida. Quienes responden afirmativamente, admiten que junto a ciertos fundamentos objetivos (unidad de bien jurídico violado, homogeneidad objetiva de las diversas acciones, vinculación temporal y local), es de considerar un factor subjetivo. Esta concepción es, actualmente, la que cuenta con mayor aceptación; aun en Alemania, en donde años atrás la teoría objetiva pura era "preponderante entre los escritores".
- 1233 Las opiniones se contraponen también respecto del fundamento de su admisión en la jurisprudencia y en la legislación del delito continuado. En Alemania, el Tribunal Supremo ha sostenido que existe una razón práctica de carácter procesal; ya que imponer penas por cada uno de los delitos que constituyen el delito continuado sería un trabajo engorroso, superficial y extremadamente gratuito, que debería culminar con la elaboración de una pena de conjunto.

- 1234 Actualmente, la mayoría de los autores germanos sostiene que la figura del delito continuado ofrece más ventajas que desventajas para la elaboración de una jurisprudencia racional. Algunos sin embargo propugnan su eliminación, alegando que conduce a dictar sentencias en base a meras conjeturas.
- 1235 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 71, el delito continuado es considerado una ficción jurídica y su admisión significa una atenuación de la pena debido a que constituye una verdadera excepción al art. 69, que regula la manera de castigar el concurso real. Este criterio es puesto en evidencia cuando el legislador dice: "Se entenderá que hay delito continuado ...".

c. Concepto del delito continuado

- 1236 Según el art. 71, hay delito continuado "cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes: 1. Con un mismo propósito o resolución criminal; 2. Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona; 3. En el mismo o diferente lugar; 4. En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación; 5. De la misma o de distinta gravedad".
- 1237 Son de naturaleza **objetiva**: a) la pluralidad de acciones u omisiones; b) la pluralidad de violaciones de normas que protejan un mismo bien jurídico; c) el contexto temporal y espacial de realización de las acciones. De carácter **subjetivo** es la unidad de propósito o resolución criminal.

d. Elementos del delito continuado: pluralidad de acciones

- 1238 La pluralidad de acciones debe ser determinada según los criterios que expusimos al inicio de este capítulo y que tuvimos oportunidad de reiterar al tratar de las dos formas de concurso. La pluralidad de acciones típicas constituye una semejanza con el concurso real de delitos, en el que también debe existir diversidad de acciones. En este concurso, tales acciones deben ser, de acuerdo con el art. 69, **delitos independientes**. Por el contrario, según el artículo que comentamos,

las acciones cometidas están vinculadas, fundamentalmente, por proceder "de la misma resolución criminal".

- 1239 Si se tratase de una sola acción, mediante la cual se viola varias veces la misma ley penal, nos encontraríamos ante un caso de concurso ideal homogéneo. En esta clase de concurso, como lo hemos establecido antes, no existen dudas en cuanto a la ley que debe aplicarse.
- 1240 Es fácilmente admisible que existe pluralidad de acciones cuando el delincuente hurta en días diferentes diversos objetos; cuando hace sufrir a la víctima, contra su voluntad, el acto sexual, en repetidas ocasiones.

e. Pluralidad de violaciones de normas que protegen el mismo bien jurídico

- 1241 **Violaciones** significa que las acciones se adecuen al tipo legal. En la doctrina, este elemento ha sido discutido debido a las diferentes maneras como ha sido previsto en las leyes nacionales.
- 1242 En Italia, en cuyo Código derogado y en el texto original del vigente, se establecía la misma exigencia (la violación de la misma ley), se sostuvieron diversos criterios, con el fin de admitir la existencia del delito continuado en casos en que las acciones consistan en tentativas y delitos consumados o en delitos simples y calificados. Con este fin se afirmó, por ejemplo, que la determinación de lo que significa "misma ley", se refiere más a la fijación conceptual del requisito que a sus alcances prácticos o que debe comprenderse como "identidad del precepto jurídico, del mandato, que puede encontrarse especificado en una multiplicidad de diversas disposiciones legales". Así mismo, se sostuvo que se trata de la "norma incriminadora principal, en la cual deben comprenderse todas las normas generales o especiales que tienen carácter integrador o complementario. Esta discusión ha sido superada, en Italia, por la modificación aportada al art. 81 del Código italiano en el sentido de que las violaciones pueden ser de "la misma o diversas disposiciones legales".

- 1243 En la doctrina alemana, donde se exige como requisito que se viole el mismo tipo legal, se sostiene que debe comprenderse no en el sentido de que esté previsto en la misma disposición legal; sino más bien que las diversas acciones violen la misma prohibición jurídico penal.
- 1244 Todos estos criterios no pueden ser aceptados automáticamente para interpretar el art. 71. Esta disposición no se refiere a la misma ley o al mismo tipo legal. Por el contrario, a la manera de la ley italiana modificada, se refiere a "normas que protejan un mismo bien jurídico". De esta manera, debe tratarse de acciones que atenten contra el mismo bien jurídico, por ejemplo, patrimonio, libertad individual, honor, familia ..., poco importa, como consecuencia, que se trate de la misma infracción (por ejemplo, sólo hurtos, violaciones, raptos), ya sean casos agravados o atenuados. Aunque la ley parezca decir lo contrario, debe comprenderse que puede tratarse de violaciones del mismo tipo y, como consecuencia de la misma norma, por ejemplo, varios hurtos. Esta forma menos grave no puede ser tratada de manera más grave que la descrita, expresamente, en el art. 71, inc. 2. De modo que puede decirse que debe darse la violación repetida de la misma disposición o de diversas disposiciones, ya que en ambos casos se debe tratar de la protección del mismo bien jurídico. Este elemento es precisado por el legislador señalando que la víctima de las acciones del delincuente puede ser la misma o distinta persona. No es indispensable la identidad del sujeto pasivo del accionar delictuoso del agente.
- 1245 Esta unidad en la calificación delictiva es el factor de carácter legal que vincula las acciones que constituyen el delito continuado. De su presencia se desprende que dichas acciones son homogéneas en cuanto al bien jurídico (elemento esencial), a pesar de las particularidades que pueden caracterizarlas individualmente.
- 1246 El criterio amplio sobre la identidad del bien jurídico, admitido en el art. 71, es frecuentemente cuestionado en doctrina. En ésta, se distingue entre bienes altamente personales y los que no lo son. Se excluye el delito continuado, por ejemplo, cuando las acciones constituyen homicidios; se admite, por el contrario, cuando se trata de

los mismos atentados contra el patrimonio, la seguridad pública, etc. Es de considerar que, en la práctica, la naturaleza del bien jurídico (la vida, por ejemplo) hace difícil que se dé la unidad de resolución criminal. Estas dificultades permiten cuestionar lo bien fundado de la atenuación de la pena en caso de delito continuado.

f. Realización de las acciones en momentos diversos

- 1247 En relación al contexto temporal en que deben producirse las exteriorizaciones de la misma resolución criminal, el legislador se refiere al "mismo o distinto momento". De donde se deduce que debemos admitir la posibilidad de que las acciones se ejecuten tanto simultáneamente como en momentos sucesivos. Pero, siempre se presupone una discontinuidad en la realización de las "acciones u omisiones".
- 1248 El contexto temporal es delimitado mediante la exigencia de que el autor de las diversas acciones, cuando lo hace en el mismo o diversos momentos, debe hacerlo "con aprovechamiento de la misma situación". De esta manera, se alude al estrecho contexto temporal, durante el cual el agente comete las acciones físicamente independiente. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad, se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias subtracciones, exigidas por circunstancias accidentales. Lo mismo sucedería, en caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual sucesivamente y tantas veces como sus condiciones personales se lo permitan.
- 1249 La referencia a **momentos distintos** y a la **misma situación** plantean la cuestión de la amplitud del contexto temporal en que el delincuente debe cometer las diversas acciones. Este contexto está condicionado a las circunstancias materiales y personales en que actúa el agente. No se trata del lugar donde actúa el delincuente, ya que éste puede ser, según la disposición legal comentada, el mismo o diferente. Si dichas condiciones permanecen las mismas o no cambian de manera substancial, el contexto temporal puede ser bastante amplio; según los casos puede extenderse a algunos días,

meses y hasta años. Si restringiera esta condición a un lapso relativamente breve, podría llegarse a rechazar el delito continuado en los casos para los que, precisamente, fue admitido. Se trataría aquí de los ejemplos clásicos del cajero que se apodera, en el lapso de un año, de una suma de dinero; sustrayéndola poco a poco; o la del violador que hace sufrir el acto sexual a la víctima varias veces en días diferentes.

- 1250 En la doctrina penal foránea se consideran como delitos simples los casos en que los diversos actos ejecutivos se desarrollan en un estrecho marco temporal (el ladrón que sustrae las cosas ajenas mediante acciones que ejecuta durante una hora). Se sostiene que las acciones parciales serían, en buena cuenta, actos, fragmentos, de una sola acción. El interés en admitir este criterio reside en evitar que el autor de un tal comportamiento sea reprimido más severamente.
- 1251 Los juristas alemanes tratan éstos casos como una de las formas de **unidad de acción legal**, consistente en la ejecución repetida del mismo tipo legal en un lapso breve. La unidad de acción está determinada porque la violación del bien jurídico, mediante la repetición de la acción típica, significa un aumento puramente cuantitativo de la ilicitud (unidad de ilicitud) y porque, además, el hecho reposa en una motivación única (unidad de culpabilidad)
- 1252 Estas opiniones extranjeras deben ser tomadas en cuenta con mucha prudencia y teniendo en cuenta la manera especial como la ley ha definido el delito continuado.
- 1253 Respecto de la acción omisiva es de tener en cuenta, sobre todo, que su unidad o pluralidad depende, conforme a lo antes expuesto, de si al agente le era posible evitar el incumplimiento del deber de actuar luego de haber incurrido en la no ejecución de una primera acción esperada. En el caso del funcionario de la policía que se abstiene de ejecutar diversos mandatos de captura, es de reconocer que incurre en varias omisiones.

g. Identidad de resolución criminal

- 1254 Junto al factor legal unificante de las acciones (violación del mismo bien jurídico), el legislador menciona el factor subjetivo: "un **mismo propósito o resolución criminal**".
- 1255 Como ya lo hemos señalado, los autores discrepan en torno a este elemento subjetivo. Algunos afirman que se trata de un "**dolo de conjunto**" y otros hablan de un "**dolo continuado**".
- 1256 En relación con el art. 71, en primer lugar, no se debe identificar el elemento subjetivo unificante de las acciones en el delito continuado con el concepto de dolo. Las acciones deben ser dolosas, pero esto no basta para que se admita el delito continuado. Tampoco debe confundirse con el motivo o propósito con que haya actuado el agente. Sería, igualmente, equivocado creer que el legislador se refiere al impulso volitivo en que culmina el proceso de deliberación e ideación criminal (fase interna del *iter criminis*).
- 1257 El agente debe proponerse la ejecución de un delito mediante acciones que al ser realizadas constituyen exteriorizaciones de la misma determinación inicial. Un indicio de la presencia de esta última situación, lo constituye la homogeneidad de las acciones; homogeneidad que, a su vez, está condicionada por la unidad del bien jurídico atacado mediante la violación de las normas que lo protegen. De esta manera, aparece evidente la estrecha relación existente entre los factores considerados por el legislador.
- 1258 La interrupción de este factor subjetivo vinculante debe ser comprobada de acuerdo con las circunstancias en cada caso particular. Al respecto, es superfluo pretender fijar reglas generales. La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados, así como la índole altamente personal y la gran importancia del bien jurídico, pueden significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo.
- 1259 En caso de que el delito continuado consista en la no ejecución de acciones esperadas (omisión y comisión por omisión); deberá

considerarse las peculiaridades de las acciones omisivas en la determinación de su unidad y pluralidad.

h. Fijación de la pena

- 1260 La represión fijada en el art. 71 para el autor de un delito está graduada de modo a tener en cuenta su gravedad. El legislador ha considerado que debe imponerse una sanción más severa que en caso de concurso ideal. En éste la acción cometida es una sola, mientras que en el delito continuado es múltiple. Por esto, establece que la pena para el autor de delito continuado será aumentada en una tercera parte; mientras que en caso de concurso de delito, el juez podrá graduarla "hasta en una tercera parte" de acuerdo con las circunstancias personales materiales del caso.
- 1261 La unidad del delito continuado es ratificada cuando se estatuye que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, si el delito fuere continuado, "desde el día en que se ejecutó el último hecho" (art. art. 108, inc. 3).

G. Concurso aparente de leyes

a. Definición

- 1262 Al interpretar las leyes el juez comprende el sentido de las normas jurídicas y constata si la acción a reprimir reúne las notas señaladas en algunos de los tipos legales. Es decir, que el juez debe escoger la ley aplicable al caso particular. Si concluye que una disposición cubre todo el contenido ilícito y culpable de la acción, quedará descartado el denominado concurso ideal. Pero, para llegar a tal afirmación sucede, frecuentemente, que el juzgador ha debido decidirse entre varias disposiciones legales, en las cuales, desde un punto de vista formal parecía adecuarse la acción delictuosa. Esto se debe a las especiales relaciones existentes entre los tipos legales, que son el resultado de la técnica legislativa utilizada. Cuando se presenta este caso, los juristas hablan de concurso aparente de leyes.

- 1263 Esto se presenta cuando en relación a la acción que se debe apreciar aparece como posible la aplicación de dos o más disposiciones legales; pero de las cuales sólo una será aplicada; ya que las restantes quedan excluidas en razón de las relaciones existentes entre ellas. En la doctrina existe unanimidad en torno a esta definición. Los estudiosos sostienen criterios diversos en relación al nombre que se da a este concurso, o si es o no un verdadero concurso y a los principios que se aplican para resolverlo.
- 1264 La mayor parte de juristas admite que se trata de un concurso aparente, en razón de que sólo es aplicable la disposición que comprende en todos sus aspectos a la acción criminal. Partiendo de este criterio, se ha llegado a sostener que mejor debería denominársele **unidad de ley** (*Gesetzeseinheit*).
- 1265 Otros son de la opinión de que se trata de un verdadero concurso, porque la acción cumple, realmente y de manera sucesiva, con los tipos legales de las diferentes disposiciones; y que sólo, posteriormente, mediante un proceso mental, se llega a la exclusión de una en favor de otra.
- 1266 Esta discrepancia está vinculada con el punto de vista que se adopte. Es evidente que unos ven el problema en el momento en que se desarrolla la actividad judicial **al escoger la norma** a aplicarse, y los otros, en el **momento de su aplicación**. Respecto de quien comete delito de parricidio, no podrá afirmarse que primero cumple con el tipo legal del delito de homicidio (art. 123) y en seguida con el del parricidio (art. 131). Realiza sólo la acción delictuosa descrita por esta última disposición. En la práctica, al juez se le presentarán algunas dudas en la medida en que no haya comprobado, en el hecho a juzgar, la presencia de todos los elementos típicos del parricidio; por ejemplo, el vínculo familiar entre agente y víctima, o el *animus necandi*. En otros casos, las dudas en cuanto a la tipificación pueden provenir de la incertidumbre sobre los alcances que debe darse al texto legal, y no de una indeterminación en las características de la acción delictuosa. Por ejemplo, el hecho de incendiar la casa propia con el fin de cobrar el seguro, sabiendo que se pone en peligro la vida

y la integridad corporal de personas, plantea el problema de saber si debe aplicarse el art. 265 (estafa mediante destrucción de cosa propia) y/o el art. 282, segundo párrafo (incendio de bien propio). Si estima que una sola de las dos disposiciones comprende en todos los aspectos el comportamiento delictuoso, se dirá que dichas disposiciones se encuentran en **concurso aparente**. Por el contrario, si es de tener en cuenta a todas para llegar al mismo resultado (abarcando cabalmente la acción delictuosa), se admitirá que se hallan en verdadero concurso de normas, denominado **concurso ideal** y resuelto conforme al art. 70. La solución dependerá de la interpretación que se haga de tales disposiciones y de las relaciones que se fijen entre ellas.

- 1267 De allí que algunos autores destaquen claramente el papel de la interpretación en este dominio. Llegan a sostener que este tema corresponde, indudablemente, a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas y justifican que los legisladores, en la mayor parte de los casos, no haya establecido reglas sobre el concurso aparente, debido a que es mediante la interpretación que se obtiene una respuesta a la pregunta de si se aplica una sola disposición, ya que es imposible fijar legislativamente las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa.

b. Principios para resolver el concurso aparente, generalidades

- 1268 En doctrina, no existe acuerdo en cuanto al número de principios que orienten al juez en este campo, ni sobre la significación de cada uno de ellos. Generalmente, se mencionan los principios de alternancia, de especialidad, de consunción y el referente a los hechos anteriores o posteriores impunes. En realidad, estos principios son reglas destinadas a ayudar al juez en su labor de interpretar y aplicar la ley. Las discrepancias doctrinales existentes son debidas a que se pretende enmarcar en reglas rígidas las innumerables posibilidades que se presentan al momento de interpretar la ley, y de establecer las relaciones existentes entre sus disposiciones.

- 1269 Como hemos visto al estudiar la interpretación, el intérprete se vale de diversos medios para llegar a una correcta comprensión de la norma legal, y los criterios que tiene en cuenta son de diferente naturaleza; fundamentalmente, **lógicos y valorativos**. El intérprete no puede recurrir a uno sólo de ellos. No obstante, los primeros constituyen una guía indispensable.
- 1270 Para abordar dichos principios, es necesario precisar las posibles relaciones lógicas existentes entre los conceptos. Se pueden dar las siguientes relaciones: a) **heterogeneidad**: los casos que caen dentro del concepto **A** no caen en el concepto **B** y viceversa; b) **subordinación**: los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen también en A; y c) **interferencia**: algunos casos que caen en A no caen en B. Estos son los límites lógicos dentro de los cuales deben estudiarse los principios mencionados. Al consultar la bibliografía, extranjera, especialmente en referencia al tema que estudiamos, no debe olvidarse que los ejemplos frecuentemente discutidos en doctrina pueden no ser útiles porque las acciones delictuosas analizadas son reguladas de manera diferente.

c. Principio de identidad

- 1271 Dentro de un mismo sistema legal, dos tipos legales no pueden encontrarse en relación lógica de identidad, porque no "tendría sentido" formular dos tipos legales para reprimir el mismo comportamiento. Si el legislador lo hace, incurre en error y su trabajo es inútil y fuente de confusión. Por ejemplo, el art. 263 (estafa) con relación al art. 264 inc. 23, *in fine*, en la medida en que esta cláusula general no hace sino repetir la descripción establecida en la primera: ardid o engaño.

d. Principio de alternancia

- 1272 Este principio ha sido comprendido de diversas maneras. Algunos autores sostuvieron que se daba la alternancia cuando los elementos de dos tipos legales eran opuestos; por ejemplo, hurto y apropiación ilícita. En este sentido, la relación lógica es de heterogeneidad, por lo que no puede hablarse de concurso. Lo "mínimo que puede exigirse

para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada **alternancia** esa posibilidad está excluida por razones lógicas".

- 1273 Algunos autores han sostenido que se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable, en la medida que la otra no estatuye una pena más grave. Los tipos legales se comportan, en este caso, como dos círculos secantes; como consecuencia lo que interesa es saber cuál de ellos debe ser elegido para la subsunción. Se debe establecer la pena más grave, y si son iguales, se determinará por vía interpretativa cuál de ellas protege el bien jurídico más importante.
- 1274 La estructura lógica que corresponde al principio de la alternancia es el de la subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la interferencia que corresponde al principio de la subsidiariedad o al concurso ideal.
- 1275 De acuerdo con la lógica, la regla general debería ceder el paso a la especial, pero, esto concluiría en un tratamiento favorable del delincuente, a quien tendría que imponerse una pena leve. Tal razonamiento no es correcto; pues, olvida que los criterios de interpretación no son meramente lógicos, sino también valorativos. Por tanto, la diferencia entre especialidad y alternancia (conforme a Binding) no se halla en la estructura lógica, sino en las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo con la naturaleza valorativa (teleológica) del sistema legal.
- 1276 En razón de su falta de autonomía lógica y de los inconvenientes que produce, se propone que la noción de alternancia sea completamente excluida del estudio del concurso aparente de leyes.
- 1277 Los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de alternancia, son en realidad errores legislativos, que consisten, ya sea en "considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante y atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en establecer un tratamiento

privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente".

e. Principio de especialidad

- 1278 El único principio respecto del cual casi todos los autores son contestes, es el de la especialidad.
- 1279 La claridad que existe en su noción y estructura lógica ha determinado a algunos legisladores a incorporarlo en sus leyes. En la Ley del Organismo Judicial, art. 13, se establece la primacía de las disposiciones especiales. Según esta norma, "las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales".
- 1280 La primera cuestión que se plantea es la de saber si es conveniente estatuir una disposición de este tipo. Al respecto, es de recordar que los principios para analizar los casos de concurso aparente son, en realidad, reglas de interpretación. De modo que su no regulación legislativa no comportaría inconvenientes en la aplicación de la ley. Si se hace abstracción del art 13 citado, leyes como el Código Penal no pierden en claridad. Por el contrario, regular legislativamente el principio de especialidad sin hacer referencia a los demás principios, puede conducir a creer que es el único admisible.
- 1281 Los juristas afirman, en su gran mayoría, que se da especialidad cuando "todas las características típicas del tipo general (de la ley general) se hallan también contenidas en el tipo especial (de la ley especial); pero que éste contiene aún otra u otras características más".
- 1282 Esta relación de especialidad se origina, generalmente, en el afán del legislador de mejorar la represión penal. Los tipos legales que elabora son necesariamente esquemáticos, generales; a partir de ellos, diferencia algunos casos y los trata independientemente. Se trata de las figuras calificadas y privilegiadas. El legislador retoma el tipo general y le agrega una circunstancia agravante o atenuante referente, por ejemplo, a la manera de cometer la acción, a las calidades personales de la víctima o del agente. Se encuentran en relación de especialidad los arts. 129 (infanticidio), 131 (parricidio),

132 (asesinato) frente al art. 123 (homicidio simple); el art. 247 incs. 1 y 5 (hurto cometido por doméstico o por dos o más personas) frente al art. 246 (hurto simple).

- 1283 Se da la especialidad también en los casos en los que el legislador juntando dos tipos legales simples elabora un tercero independiente. Por ejemplo, el robo (art. 251) en relación al hurto (art. 246) y la coacción (art. 214). Para la configuración del delito de robo es necesario que se den los elementos típicos del hurto más los de la coacción.
- 1284 Si bien es fundamental tener en cuenta la estructura lógica de la especialidad, no puede afirmarse que la ley general es dejada de lado en favor de la especial, sólo por un fundamento lógico. Aplicar la ley especial depende de si mediante ésta, el legislador ha tratado de completar, de modificar la disposición general o de hacer que aquella tome el lugar de ésta. La respuesta ha de obtenerse mediante la interpretación teleológica y sistemática.
- 1285 Finalmente, para concluir con el estudio de este principio, nos queda por tratar el caso en que concurren simultáneamente una circunstancia atenuante y otra agravante. Obviamente, los estudiosos, no optan por una sola solución, y algunos sostienen que se da concurso ideal, como otros admiten el concurso aparente.
- 1286 En nuestra opinión, no se puede establecer reglas fijas sobre el particular. Debe más bien analizarse cada caso concreto e interpretarse correctamente las disposiciones en concurso; sobre todo, teniendo en cuenta la naturaleza de las circunstancias invocadas para agravar o atenuar la figura básica.
- 1287 Cuando no existe una solución legislativa, debe tenerse en cuenta el caso particular. Por ejemplo, qué disposición ha de aplicarse a la madre que, encontrándose en las circunstancias previstas en el art. 129 (infanticidio, caso atenuado de homicidio), mata a su hijo, recién nacido, mediante veneno (asesinato, art. 132, inc. 3, homicidio calificado por la naturaleza del medio utilizado).

- 1288 Creemos que es determinante la naturaleza de las circunstancias que concurren. La atenuación de la represión penal en caso del delito de infanticidio es el estado psicológico de la madre, que es el que conduce a causar la muerte de su hijo. El haber optado por el veneno, como medio letal, no puede prevalecer sobre el estado excepcional en que se halla la madre. Este mismo estado puede haberla decidido a escogerlo.

f. Principio de subsidiariedad

- 1289 Se habla de subsidiariedad cuando de dos o más disposiciones que regulan la misma acción, una de ellas reclama su aplicación sólo cuando la restante o restantes, que prevén una pena más grave, no son aplicables. Dicha disposición funciona como auxiliar y se aplica sólo en la eventualidad de que se rechacen las otras. En torno a esta noción de subsidiariedad existe casi unanimidad; pero las divergencias reinan respecto a los casos que deben ser comprendidos.
- 1290 La estructura lógica de este principio es de interferencia. Es decir que al menos un caso que cabe en el concepto A, también cabe en B; y al menos uno de los comprendidos en A, no lo es simultáneamente en B. Es el caso del segundo párrafo del art. 125 (participación en riña) en relación con el primer párrafo de la misma disposición (homicidio en riña tumultuaria). La primera norma (subsidiaria) sólo se aplicará cuando no constare "quién o quiénes causaron las lesiones" que produjeron la muerte de uno de los participantes en la riña.
- 1291 Son casos de subsidiariedad, igualmente, aquellos en los que el legislador ha descrito diversos grados de la violación del mismo bien jurídico. Es el caso, por ejemplo de las formas culposas en relación con las dolosas; de las infracciones de peligro en relación con las de lesión; de la tentativa en relación con la consumación; de la complicidad en relación con la instigación.

g. Actos anteriores o posteriores impunes, como casos de subsidiariedad

- 1292 También es de comprender como un caso de subsidiariedad el del los denominados "actos anteriores o posteriores impunes". En realidad, esta denominación es equívoca por cuanto no se trata de una real impunidad. Estos casos son totalmente típicos y culpables; pero no serán reprimidos independientemente porque, mediante interpretación, se concluye en que la acción total del agente será reprimida desde la perspectiva de otra disposición que prevé otro tipo legal. Así por ejemplo, el que hurte una cosa mueble ajena (art. 246) y luego la destruya (art. 278) (hecho posterior) sólo será reprimido con la pena fijada para el primer delito o al que fabrique, introduzca al territorio nacional, o retuviere en su poder, cuño, sellos, marcas u otros instrumentos o útiles destinados a cometer falsificaciones (art. 333) (hecho anterior) y falsifique realmente moneda (art. 313), sólo se le impondrá la pena correspondiente a este último delito.
- 1293 En tales casos, existe una unidad de valoración, es decir, "que el ataque a la esfera jurídica ajena tiene un resultado exclusivo en relación con desarrollo y profundización de la violación del interés jurídico". Por esto sólo ha de admitirse la subsidiariedad en estos casos cuando se viole un mismo bien jurídico.

h. Principio de consunción

- 1294 En nuestra opinión, no es necesario mantener como criterio el llamado principio de consunción. El significado que debe darse a la consunción es muy discutido. Es así que Mezger consideró que se da un caso de consunción "cuando una ley, que conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra, no permite por ello la aplicación de esta última y la excluye". Los casos que comprende son los mismos que hemos agrupado bajo el principio de subsidiariedad. Lo decisivo es que los casos discutidos se hallan en relación lógica de interferencia, que es la estructura lógica de la subsidiariedad. De modo que no habría base autónoma como para admitir la consunción como criterio independiente.

- 1295 En todo caso, el juez, así como todo otro intérprete de la ley, debe tener en consideración que todos estos principios no son sino tentativas de sistematización de las innumerables posibilidades de relación que existen entre los tipos legales y de interpretación debido, precisamente, a sus características propias, de aplicación de los mismos a los casos concretos.
- 1296 Si la estructura lógica es indispensable para el análisis de los casos estudiados, es evidente que la solución definitiva no se halla únicamente con su auxilio. La apreciación valorativa es indispensable. Así, señalemos por último, la estructura lógica de la subsidiaridad, la interferencia, corresponde, también, a los casos del denominado concurso ideal de delitos. Si se da el uno o el otro, lo determina expresamente el legislador (subsidiaridad expresa), o se decide mediante la apreciación valorativa (interpretación teleológica). De ahí, la enorme importancia de la técnica legislativa que se emplee en la elaboración de los tipos legales y del correcto manejo de todos los criterios interpretativos que conducen a una adecuada aplicación de las normas legales al caso *in especie*.