



Cadernos de Direito Actual Nº 23. Núm. Extraordinario (2024), pp. 08-24
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Conflicto aparente de normas penales: Atribución de significado como punto fundamental

Apparent conflict of penal norms: Attribution of meaning as fundamental point

Alexis Couto de Brito¹

Jenifer Moraes²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumario: 1. Introducción; 2. Consideraciones generales; 3. Especialidad (lex specialis derogat legi generali); 4. Subsidiariedad (lex primaria derogat legi subsidiariae); 5. Consunción (lex consumens derogat legi consumtae); 6. ¿Alternatividad?; 7. Toma de posición; 8. Conclusión; 9. Referencias

Resumen: El presente trabajo pretende brindar un nuevo enfoque al conflicto aparente de normas penales, apuntando especialmente a sustituir el proceso de resolución del problema basado en principios resolutivos como especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad; para un proceso evaluativo comunicacional basado en el propio injusto penal y su significado a partir de las particularidades del caso específico.

Palabras clave: Ante factum. Post factum. Impunidad. Especialidad. Subsidiariedad. Consunción. Alternatividad. Acción. Atribución de significado.

Abstract: The present work aims to provide a new approach to the apparent conflict of criminal norms, especially aiming to replace the problem resolution process based on resolving principles such as specialty, consummation, subsidiarity and alternativeness; for a communicational evaluative process based on the criminal phenomena itself and its meaning, based on the particularities of the specific case.

Keywords: Ante factum. Post factum. Unpunishability. Specialty. Subsidiarity. Consumption. Alternativity. Action. Assigning meaning.

¹Profesor de Derecho Penal, Proceso Penal y Ejecución Penal en la Facultad de Derecho de la Universidade Presbiteriana Mackenzie. Profesor permanente del Programa de Posgrado en Derecho Político y Económico (Maestría y Doctorado) en la misma Universidad. Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Postdoctorado en las Universidades de Coimbra y Salamanca. Líder del grupo de investigación Modernas Tendencias de la Teoría del Delito (Cnpq).

²Profesora de Derecho Penal en la Universidad Presbiteriana Mackenzie y de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Nueve de Julio. Estudiante de Doctorado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Penal por la PUC/SP. Miembro del grupo de investigación Modernas Tendencias de la Teoría del Delito (Cnpq).

1. INTRODUCCIÓN

Un tema poco abordado –y a veces olvidado– por la doctrina y la jurisprudencia es el llamado concurso de normas. Son pocos los códigos penales modernos que resuelven expresamente el problema, lo que traslada al estudio doctrinal la obligación de establecer una solución adecuada y lúcida.

A pesar del bajo protagonismo del tema en los debates brasileños, se trata de una cuestión que estructura la dogmática contemporánea, ya que la interacción entre los diferentes instrumentos normativos que componen un sistema jurídico es lo que da racionalidad al ejercicio mismo del poder punitivo y, para ello, sirve de base para respetar las directrices constitucionales fundacionales, como la idea de *non bis is idem*. Eso porque las conductas practicadas por los seres humanos pueden descomponerse, desde una perspectiva puramente biológica, en un número importante de inervaciones y contracciones musculares. Si el análisis se produjera desde una perspectiva naturalista, podrían existir una serie de movimientos o actitudes que efectivamente produzcan una pluralidad de actos. Sin embargo, el criterio para determinar si existe unidad o pluralidad de delitos debe ser estrictamente jurídico (evaluativo). De esta manera, una secuencia de actividad humana puede configurar una unidad, lo cual es fundamental a la hora de definir el número de delitos cometidos y, en definitiva, el *quantum* de la pena a imponer³.

Como acertadamente destacó Puppe, el objetivo final del tema es determinar la pena, en los casos en que el autor comete varios tipos de delitos mediante diferentes acciones y en los casos en que los comete mediante una sola acción, y, en este sentido, aplicar una única pena global (o unitaria) al fenómeno, dirigida al autor por su culpabilidad, y no al delito⁴.

En resumen, la expresión “concurso de normas” puede referirse a dos situaciones distintas:

1. El primero se fundamenta en la situación concreta en la que (a) o una sola conducta termina provocando dos hechos injustamente valorados, cada uno con sus elementos típicos y ambos necesarios como parámetros de culpabilidad y aplicación de la pena –este es el caso del concurso formal nominado -, o (b) dos o más conductas afecten esta misma relación - el concurso material.

2. La segunda se refiere a la situación falsa en la que una o varias conductas pueden ser presupuestos de diversos tipos, pero que en verdad deberían constituir solo uno, que es suficiente para desaprobado el complejo injusto cometido.

En este trabajo, la preocupación sólo será con la segunda hipótesis -el llamado falso concurso o aparente conflicto de normas- y cómo se trabajan las especies enunciadas por la doctrina como principios dogmáticos que resuelven la cuestión -especialidad, subsidiariedad, consunción- para el desarrollo de una perspectiva propia, comunicacional y basada en la política criminal.

En un vuelo alto, las dificultades parecen pequeñas^{5 6 7 8 9}. Pero con una observación más precisa nos damos cuenta de que varios de los problemas planteados por lo llamado concurso de normas se resuelven por otros medios, distintos de la política criminal o la dogmática, cuando éstas deberían ser las formas

³FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NUÑEZ PAZ, M.Á.; OLIVERIA, W.T. & BRITO, A.C., *Direito Penal Brasileiro*, 3. ed., São Paulo, Tirant lo Blanch, pp. 502/503.

⁴PUPPE, I. “Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz. Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatumehrheit i.S. der h.L.”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2007, p. 254.

⁵Algunos autores tratan el tema con extrema sencillez o deficiencia. Conferir: CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*, 10ª Ed., Barcelona, Bosch, 1951, p. 686.

⁶FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal*, 2. Ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, t. 2, p. 246;

⁷MARSICO, A. *Diritto Penale*, parte generale, Dott, Napoli, 1969, p. 280.

⁸BUSTOS RAMÍREZ, J.J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, 1997, p. 99.

⁹SABATINI, G. *Istituzioni di Diritto Penale*, 4ª ed., Casa del Libro, Catania, 1946, p. 444.

ideales de resolver los casos. Cuanto más estudiamos y desarrollamos la dogmática, más seguridad jurídica y garantía otorgamos a los ciudadanos. De ahí la sencilla contribución que se pretende en este estudio.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Buscando abarcar el mayor número de situaciones potencialmente ofensivas, desarrollamos estándares normativos de diferentes densidades, plasmados en normas tanto en la parte general como en la especial, tanto en la legislación penal codificada como en leyes especiales. Muchos incluso tienen la misma referencia como objeto de protección, alternando únicamente el alcance del imperativo: si cubre el daño o solo el peligro de daño, en el caso de tipos penales. En este contexto, todos los imperativos que constituyen el ordenamiento jurídico se traducen en la unidad del sistema, de modo que mientras unos son independientes entre sí, otros, por el contrario, se coordinan, integrándose o excluyéndose recíprocamente¹⁰.

Frente a esta heterogeneidad normativa y a la continua promulgación de mandados prohibitivos - proporcionados por un legislador que se apropia de las demandas sociales relativas al uso del derecho penal como *prima ratio* para reducir la inseguridad característica de nuestra sociedad informacional - se hace imprescindible que la dogmática dote de racionalidad a la interacción entre estas normas, de modo que, en los casos en los que existe una competencia aparente, es decir, en los que más de una norma se adapta ilusoriamente al *factum*, haya certeza en identificar lo que realmente representa el mandato referencial de lo injusto.

Esta búsqueda de coherencia lógica es consecuencia de un proceso que necesariamente se subdivide en dos partes: en primer lugar, se debe definir cualitativamente qué norma representa el fenómeno observado, para que, en un segundo momento, se pueda identificar cuantas veces el contenido de la norma fuera ofendido, y si así fuera estaríamos ante un concurso real (formal o ideal, material y continuado)^{11 12}, en el sentido de que tenemos más de una norma violada en el caso específico.

Históricamente, la búsqueda de una solución a este asunto siempre ha dado lugar a variadas interpretaciones. Como destaca Honig, desde un punto de vista legislativo y doctrinal, nuestro problema puede compararse con la regulación de la pena en el contexto de los delitos: así como en este caso el principio de acumulación fue sustituido por el principio de exasperación, y este último viene paulatinamente siendo reemplazado por el principio de absorción, de la misma manera, en el conflicto de leyes, la verdadera concurrencia de delitos se va separando de la falsa o aparente, es decir, también se consolida la percepción de que, en lugar de aplicar acumulativamente los principios legales, considerase uno absorbido por lo otro¹³. Honig reconoce que la doctrina alemana ha avanzado significativamente desde Adolf Merkel en materia de concurso de leyes, ya que ni siquiera existía una noción distintiva entre un concurso aparente de normas y un concurso real. Merkel llamó a esto último un "concurso de leyes", lo que fue criticado por Von Liszt, quien afirmó

¹⁰GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I.), Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 477/478.

¹¹PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Milão, Giuffrè, 2000, p. 186.

¹²Esta crítica fue compartida posteriormente por Pagliaro, quien afirmó que sólo es posible que una ley compita con otra, no una ley consigo misma. En: PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 186/187.

¹³El autor continúa su afirmación con ejemplos: "Hoy ya nadie piensa en la pena acumulativa por la acción preparatoria, la tentativa y la consumación de un mismo delito, y mucho menos en la pena acumulativa por lesiones individuales o por lesiones corporales y homicidio. Sin embargo, en otras cuestiones específicas todavía estamos rezagados, porque todavía no se reconoce suficientemente la interconexión de las disposiciones del derecho penal y sus objetivos complementarios". In: HONIG, R. *Strafloße Vor- und Nachtat*, Leipzig, Scientia, 1927, p. VI.

que no se puede reconocer una concurrencia de varias leyes cuando sólo una de ellas es aplicable al caso concreto¹⁴.

Actualmente, dada la evolución conceptual de la teoría del crimen, que se reconoce como de naturaleza teleológica y mixta, es decir, que utiliza elementos ontológicos y valorativos, muchas concepciones resultan insatisfactorias. La propia nomenclatura que los autores dividen entre "conflicto de leyes", "conflicto de normas", "aparente conflicto de normas" ya demuestra que se pueden tomar diferentes soluciones, dependiendo de la base utilizada para resolver el caso.

Por supuesto, aunque el concurso real comparta ciertas similitudes con el concurso o el conflicto aparente, no puede confundirse con este último. En el concurso real, una o más acciones cumplen varios estándares que no son mutuamente excluyentes. En un aparente concurso o conflicto, una o más acciones se ajustan ilusoriamente a normas diferentes que, al final, se excluyen entre sí¹⁵. El punto de partida es el mismo: en una misma acción unitaria coinciden varias normas penales (diversos tipos jurídico-penales); la diferencia radica en que en el concurso real las diferentes normas son compatibles entre sí, no se excluyen entre sí, mientras que en el concurso o conflicto aparecen en tal relación que una de las normas penales desplaza y excluye a la otra. Desde el punto de vista fáctico, en el contexto de los delitos, hay varios actos cometidos y varias normas violadas. En el concurso aparente, el hecho es único y, por lo tanto, la regla violada debe ser única.

A pesar del acuerdo doctrinario actual con la diferenciación entre concurso o conflicto aparente y real, tradicionalmente se han formado dos corrientes en torno a la competencia normativa: la primera consideraba que el concurso presupone que todos los preceptos en juego efectivamente compitan entre sí, de modo que el *factum* efectivamente se encajaría en todos los preceptos, incluso si sólo uno de ellos fuera aplicable en la práctica. El segundo entendía que el concurso entre los distintos preceptos sólo sería aparente, ya que una interpretación correcta mostraría que, desde el principio, sólo uno de ellos sería aplicable. Muchos defensores dijeron que sería preferible la primera concepción, ya que permitiría tener en cuenta el precepto o los preceptos ignorados para ciertos fines –siempre que esté en combinación con el precepto preferido y, sobre todo, de modo que su aplicación sea posible en los casos en que el precepto preferido no sea posible¹⁶.

En otras palabras, muchos entendieron que el problema era sólo una cuestión de interpretación^{17 18 19 20 21 22}, que se trataba de una cuestión de aplicabilidad de la norma penal²³, porque si es cierto que antes de interpretar la norma no es posible determinar los límites respectivos, también lo sería que la

¹⁴BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 67.

¹⁵MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 363.

¹⁶MIR PUIG, S. *Derecho Penal – parte general*, 5ª ed., Corregrafic, Barcelona, 1998, p. 676.

¹⁷Neste sentido, FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. t. 2., p. 246;

¹⁸JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1992, t. 2., p. 532.

¹⁹BETTIOL, G. *Direito Penal*, (Trad. DA COSTA JÚNIOR, P.J. & SILVA FRANCO, A.), Saraiva, São Paulo, 1976, p. 322.

²⁰GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I.), Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 477.

²¹BUSTOS RAMÍREZ, J. J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, p. 101.

²²LANDECHO VELASCO, C.M. & MOLINA BLÁSQUEZ, C. *Derecho Penal Español – Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 135.

²³RANIERI, S. *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Padova, Antonio Milani, 1966, v. 1., p. 92.

interpretación de normas singulares *per se* no dice nada respecto del problema mismo^{24 25}.

Desde otra perspectiva, algunos autores entendieron que el aparente conflicto de normas pertenecería al problema de la unidad o pluralidad de acciones. Los autores que partieron de esta perspectiva basaron sus conclusiones en un concepto de acción que ya no encuentra espacio en la dogmática moderna, dado que, ante la ausencia de una valoración característica, la conducta se confundía, como concepto jurídicamente concebido, con los actos naturalistas perpetrados por el ejecutor del crimen²⁶. De esta manera, los distintos actos que en conjunto se interpretan actualmente como una unidad de acción, recibieron su propio desvalor, pues cada uno representaba una conducta individualmente considerada.

La impertinencia de la perspectiva ya fue denunciada por Pagliaro, quien criticó acertadamente el exceso teórico de quienes estudiaron e identificaron como competencia leyes penales mixtas alternativas, entendiendo que sería un formalismo exasperante considerar la existencia de una competencia basada en el uso de expresiones variadas por parte del legislador, ya que el concurso no se da entre varias expresiones lingüísticas, sino en la incertidumbre provocada entre la aplicación de las diversas leyes al momento de su interpretación²⁷.

Asimismo, en línea con el pensamiento de Honig, también se sugiere utilizar el bien jurídico como vector para identificar la norma aplicable. Para algunos, comprobar el alcance objetivo de protección de la norma sería suficiente para determinar qué ley debería aplicarse. Resulta que tal criterio no podría resolver muchos problemas debido a su generalidad y falta de precisión en un caso específico, especialmente cuando más de un bien jurídico está protegido por las normas involucradas²⁸. Quizás podría constituir una solución segura en los casos en que los distintos tipos a examinar protejan el mismo bien jurídico, especialmente considerando la gravedad del delito para identificar el estándar aplicable. Aun así, como se demostrará más adelante, se trata de una valoración que va más allá de los límites del intérprete en el caso concreto. En resumen, aunque el criterio del bien jurídico a veces sirve, rápidamente se perciben sus límites.

El intento de utilizar el grado de ofensa al bien jurídico como criterio para elegir el estándar aplicable se basa en un supuesto ampliamente utilizado hoy en día para responder al problema de la competencia aparente: la colocación de la norma en sí misma como objeto de valoración²⁹, de modo que se le da al intérprete la discrecionalidad de deducir qué norma sería más importante -o qué bien jurídico- y, con base en ello, legitimar la elección de ese mandato para representar la situación observada.

²⁴MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1988, p. 512.

²⁵En lo mismo sentido, PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 185.

²⁶No mesmo sentido: GRECO, L. & LEITE, A. "Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, 2022, p. 137.

²⁷PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 186/187.

²⁸Señalan la dificultad, en el derecho penal alemán, de utilizar exclusivamente el criterio del bien jurídico protegido para resolver el conflicto y separar la competencia aparente de la competencia real (material) o ideal (formal) de leyes. In: MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal - parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 552.

²⁹Como ejemplo, la posición de Patrícia Pereira: "La relación de aparente antinomia de la ley especial sobre la ley general se produce en el nivel del deber ser, a través de la comparación del modelo abstracto de los tipos jurídicos en concurso, lo que implica la necesaria prevalencia de la univocidad del principio de especialidad. En una expresión utilizada por Andrei Zenkner Schmidt (2001), en el análisis del proceso argumentativo del principio de especialidad, las premisas que se deben utilizar son verdaderas o falsas y no justas o injustas". In: PEREIRA, P.G.M. "Concurso aparente de normas e a consequente Unicidade de reação punitiva do estado no crime de Sonegação fiscal mediante fraude documental", *Revista digital: Constituição e garantia de direitos*, vol. 11, nº 1, p. 108.

Así, ante la imposibilidad de establecer un criterio uniforme para determinar la norma imperante, dada la multiplicidad de situaciones que pueden implicar un aparente conflicto normativo, la doctrina mayoritaria busca establecer principios rectores que, en teoría, deben ser utilizados por el intérprete en función de la situación que enfrenta. La competencia de leyes se entiende generalmente como "el caso en que varias leyes penales parecen ser aplicables a una conducta punible, pero al final sólo se aplica una ley penal, porque sólo esta ley cubre completamente la conducta en sus aspectos esenciales". Por lo tanto, si el concepto del concurso de leyes sólo debe caracterizar un "concurso aparente", para la cual se han acuñado las designaciones detalladas de "concurso de leyes aparente" y "concurso de leyes no genuino", por otra parte, la existencia de una conducta es la condición real de este estado de aparente coincidencia de varias leyes penales. El problema de tal coincidencia se plantea, desde que la doctrina alemana se centró en esta cuestión, precisamente en cómo y con qué medios resolver la "aparente concurrencia" de diferentes leyes penales sobre una conducta³⁰. La solución inicial se encontró en diferentes relaciones entre las disposiciones jurídicas penales. Los proverbios jurídicos *lex specialis derogat legi generali*, *lex primaria derogat legi subsidiariae* y *lex consumens derogat legi consumptae* caracterizan la prevalencia de determinadas disposiciones jurídicas sobre otras. Generalmente tratamos estos proverbios como "principios" de especialidad, subsidiariedad y consunción.

3. ESPECIALIDAD (LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI)

La idea de especialidad, como sugiere la nomenclatura, hace referencia a la aplicación de la norma que engloba el mayor número de características. Se trata de una valoración realizada a priori por el legislador, que optó por crear un imperativo específico para una situación que, si bien se ajusta a una norma existente, exige una clara desaprobación. En estas condiciones, correspondería al aplicador respetar la determinación legislativa y aplicar la norma lo más concentrada posible. La gran pregunta es cómo identificar la norma más especial y, por tanto, aplicable al caso.

Si bien el concepto es fácil de entender, los autores difieren en puntos cruciales para la operacionalización del principio, siendo el principal la perspectiva a través de la cual se realizará la valoración. Algunos sostienen que la especialidad de la norma es una característica deducible de la comparación entre los propios imperativos, prescindiendo de cualquier referencia al hecho observable. Sauer, por ejemplo, afirma que la exclusión de la aplicación de una ley frente a otra se produce mediante la contemplación general y abstracta de la situación jurídica, sin consideración alguna al caso concreto³¹. Mezger adopta una postura similar, entendiendo que la precedencia de una ley sobre otra descansa en fundamentos lógicos, de modo que todos los elementos del tipo general están también en el tipo especial. Para el autor, la configuración concreta del caso no sería decisiva y bastaría con una comparación del tipo abstracto, ya que todas las características del tipo general estarían también contenidas en el tipo especial, como en el caso de las agravantes o atenuantes en relación con el precepto secundario³².

Maurach y Zipf, por su parte, sostienen que esta consideración tiene una referencia concreta, basada en las particularidades del caso observable, de modo que la norma que se aplicará será la que mejor se adapte a los contornos de la acción respectiva, expresando de una manera más plástica su carácter criminal. Los autores defienden este mismo enfoque tanto para categorías típicas que protegen el mismo bien jurídico, como para casos en los que la ley más estricta se extiende más en

³⁰HONIG, R. *Straflose Vor- und Nachtat*, Scientia, Leipzig, 1927, p. 2.

³¹SAUER, W. *Derecho Penal – parte general*, (Trad. DEL ROSAL, J. & CEREZO, J.), Bosch, Barcelona, 1956, pp. 340/341.

³²MEZGER, E. "Tratado de Derecho Penal" (Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, V. 2, pp. 364/365.

protección, alcanzando bienes jurídicos que la ley general no cubre (por ejemplo, lesiones corporales cometidas por ciudadanos comunes o por servidores públicos).³³

Incluso la extensión del concepto a modalidades que tienen como referencia diferentes bienes jurídicos es un punto de desacuerdo en la doctrina, descartando algunos autores esta posibilidad e incluso la hipótesis de que las normas no sean contemporáneas. En Brasil, por ejemplo, Carvalho Filho identifica el principio de especialidad por: "a) la coexistencia de dos normas penales –generales y especiales– en aparente conflicto; b) la contemporaneidad de ambos; c) se prefiere la norma especial por la contingencia de la cláusula especializada (menos o más); d) la identidad de los elementos típicos más especializados; e) la infracción al mismo bien jurídico protegido"³⁴.

También en Brasil hay quienes defienden lo contrario de la postura mayoritaria, en el sentido de que la única base compatible con la aparente concurrencia de normas sería la de consunción, designándose el concepto de especialidad para los casos de "consunción total unilateral", en el que la "norma consuntiva es construida por el legislador como el *Unterbegriff* de la norma consumida". Para Barbosa:

La relación de especialidad se restringiría a la relación entre las normas del Derecho Penal especial con relación a las del Derecho Penal común, como ocurre en el caso de los delitos concursales también previstos en el Código Penal, o los casos de evasión fiscal que están sujetos a las normas de Derecho Penal común, además de otras de Derecho Penal Especial³⁵.

4. SUBSIDIARIEDAD (*LEX PRIMARIA DEROGAT LEGI SUBSIDIARIAE*)

Pese a ser cercanos, los conceptos de subsidiariedad y especialidad no se confunden³⁶. Mientras que la relación de especialidad se caracterizaría por una selección de normas hecha a priori por el legislador –en base a diferentes devaluaciones– correspondiendo únicamente al aplicador elegir la norma más específica, la subsidiariedad se referiría a la elección, por parte del intérprete, de la norma que sería más "relevante"³⁷, con la consiguiente aplicación de esta en sustitución del precepto de menor severidad³⁸:

Hay subsidiariedad de un tipo cuando ésta, desde el principio, sólo reclama validez como tipo residual, es decir, cuando no hay otro tipo que tenga mejor derecho a ser aplicado. La subsidiariedad está en parte expresamente ordenada por la ley (formal), pero también puede deducirse del contexto y alcance de las dos combinaciones delictivas aparentemente contrapuestas (tácita). La regla es la subsidiariedad de la ley dotada de un efecto punitivo más benigno,

³³MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal – parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 555.

³⁴CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009, p. 56.

³⁵BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 86.

³⁶Neste sentido: GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I.), Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 480 (nota de rodapé).

³⁷Bettiol afirma que: "El problema de la concurrencia de normas no existe sobre la base de una solución expresa que le dé el legislador, sino que depende del vínculo lógico o valorativo que subsista entre dos o más normas". In: BETTIOL, G. *Direito Penal*, (Trad. DA COSTA JÚNIOR, J. P. & SILVA FRANCO, A.), Saraiva, São Paulo, 1976, v. 2., p. 326.

³⁸Para Landecho Velasco e Molina Blásquez, "En la relación de subsidiariedad, a diferencia de la especialidad, no hay un núcleo básico en todas las leyes al que las otras atribuyen notas diferenciales, sino que cada una de ellas tiene notas distintas e independientes de las demás. Se da un precepto primario y otros preceptos subsidiarios. Se trata de comportamientos distintos que tienen una cierta conexión entre sí". In: LANDECHO VELASCO, C.M. & MOLINA BLÁSQUEZ, C. *Derecho Penal Español – Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 136.

pero también hay casos en los que el tipo residual quiere retirarse a cualquier otra ley penal igualmente aplicable, sin entrar en un examen comparativo de las sanciones penales³⁹.

El mayor problema de la relación de subsidiariedad se refiere a su modalidad tácita, es decir, en los casos en que esta relación de importancia se deduce en función de la intensidad de la infracción al bien jurídico⁴⁰. Según Maurach e Zipf:

Los casos de subsidiariedad tácita ofrecen mayores dificultades porque sólo es posible obtenerlos mediante una interpretación teleológica de la ley. Especial importancia exige aquí la relación entre los tipos de peligro y los correspondientes delitos de lesiones. Los denominados delitos de peligro concreto son habitualmente subsidiarios de los delitos de lesiones, como por ejemplo el de peligro en relación con el homicidio. Y también los delitos de peligro abstracto frente a los de peligro concreto. La relación entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de lesiones es diferente, máxime cuando sus tipos son fundamentalmente policiales preventivos. Por ello, no se deducirá una consumación de la punibilidad de la tenencia prohibida de armas según la ley de armas; Regularmente, en todos estos casos será necesario asumir una pluralidad de hechos y, excepcionalmente, también una competencia formal. La forma comisiva menos grave es generalmente también subsidiaria respecto de la más grave, de modo que la complicidad es subsidiaria respecto de la inducción y ésta respecto de la presentación del concurso de preparación, tentativa y consumación⁴¹.

Al igual que la especialidad, mencionada anteriormente, los autores también debaten sobre los criterios referenciales valorativos, especialmente en relación con la consideración de las particularidades del caso específico para la elección del estándar a descartar. Rodríguez Devesa, por ejemplo, entiende que "la relación se puede deducir de la simple comparación de leyes entre sí, sin necesidad de deducir las particularidades del caso concreto". Mezger, en cambio, a diferencia de lo que admite para la relación de especialidad, entiende que no basta la comparación abstracta entre los mandatos, sino la configuración concreta del caso para establecer el estándar a aplicar⁴².

Otro tema controvertido es la supervivencia de la ley despreciada, y algunos autores abogan por una sustitución completa, como es el caso de Kindhauser⁴³, mientras que otros, como Soler, defienden la supervivencia de la otra ley, en los casos en que por alguna razón el "delito mayor" ya no sea punible:

La justificación de un hecho desde el punto de vista de una figura no necesariamente significa impunidad desde el punto de vista de la responsabilidad subsidiaria. Una figura penal es subsidiaria de otra cuando la ley establece que su aplicación está condicionada a la no aplicación de otra figura (expresa) o cuando una figura entra en la composición de otra, pero sólo como elemento constitutivo o agravante y no como un tipo de delito (tácito). No tienen relación género-especie⁴⁴.

³⁹MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal – parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 554.

⁴⁰La cuestión entre el intento y la consumación es también un punto de inflexión doctrinal. Algunos, como MIR PUIG, entienden que sólo cabe hablar de concurrencia de leyes entre intento y consumación cuando ésta se produce tras un primer intento fallido. In: MIR PUIG, S. *Derecho Penal – parte general*, 5ª ed., Corregrafic, Barcelona, 1998, p. 679 (rodapé).

⁴¹MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal (...)*, *Ob. Cit.*, p. 555.

⁴²MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (...) *Ob. Cit.*, p. 365.

⁴³El autor entiende que la injusticia menos grave es despreciada por la más grave. In: KINDHÄUSER, U. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 364.

⁴⁴SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Tipografica, Buenos Aires, 1951, t. 2., pp. 192/193.

Precisamente por la posibilidad de mantener la ley sustituida, autores como Sauer proponen un cambio en la nomenclatura del principio por el término "eventualidad". Esto se debe a que, según su definición, el fenómeno se caracterizaría por la existencia de una norma auxiliar junto a la disposición principal, de modo que una ley sólo sería válida mientras no existiera otra de mayor rigor o alcance⁴⁵.

Otros, de manera mucho más radical, ni siquiera admiten la presencia de la relación de subsidiariedad como manifestación resolutoria de la aparente competencia de normas. En Brasil, por ejemplo, Barbosa sostiene que la subsidiariedad representa la "exclusión de la aplicabilidad de una norma a un hecho, mediante la aplicación de otra norma a otro hecho", lo que sería incompatible con la premisa original de la competencia aparente, que exigiría unidad de Hecho y pluralidad de normas aplicables⁴⁶:

Ahora bien, está claro que en tales casos no hay una situación competitiva, sino más bien un fenómeno de sustitución fáctico-normativa, basado en la residualidad y que ni siquiera es aparente, sino real, como tiene razón Lincoln Magalhães da Rocha cuando afirma que la subsidiariedad Depende de la determinación específica de la relación entre normas reemplazables en relación con hechos también reemplazables.⁴⁷

5. CONSUNCIÓN (*LEX CONSUMENS DEROGAT LEGI CONSUMTAE*)

Mientras que la subsidiariedad se la entiende mayoritariamente como la sustitución normativa según el grado de protección del mismo bien jurídico –de ahí que se elija el daño en detrimento del peligro–, la consunción se refiere a una norma que abarca a la otra en términos generales, sin que necesariamente exista un Convivencia en relación con el bien jurídico tutelado^{48 49}. En otras palabras, al mismo *factum* se ajustan dos normas con diferentes objetos de protección, pero una de ellas contiene enteramente el disvalor de la otra⁵⁰, como ocurre con el delito de robo, cuya norma necesariamente engloba la norma del delito de amenaza:

La regla final – tísica – representa el grado máximo del delito, de ahí el principio actual: *major absorbet minorem*. La norma consumida se

⁴⁵SAUER, W. *Derecho Penal (...), Ob. Cit.*, pp. 341/342.

⁴⁶Según él: "En cualquier caso, puesto que de entrada es evidente que no negamos la existencia de una «relación de subsidiariedad» que haga no punible uno de los hechos en cuestión, negamos la existencia de una situación de concurrencia, incluida la concurrencia aparente de normas. Y lo hacemos porque, como ya hemos señalado, desde el inicio de nuestro trabajo, la situación de concurrencia de normas, ya sean aparentes o reales, presupone la existencia de dos presupuestos ineludibles: la unidad de hecho y la pluralidad de normas aplicables, que en el caso de concurrencia aparente se traduce en el cumplimiento de una sola de las normas en cuestión". In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 112.

⁴⁷BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas (...), Ob. Cit.*, p. 113

⁴⁸Maurach e Zipf afirman: "cuando la ley de cambio comprende completamente a los tipos de leyes desplazadas; Contemplando, por tanto, en una disposición penal -que prevé regularmente un marco punitivo reforzado- el contenido de ilegalidad de los tipos desplazados. Se considera característico de la consunción que el tipo consumidor comprenda a menudo varios tipos con bienes jurídicos divergentes. El robo consume la coerción y el hurto, adquiriendo una dimensión de protección tridimensional". In: MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal (...), Ob. Cit.*, p. 554.

⁴⁹No mesmo sentido: STRATENWERTH, G. *Derecho penal – Parte General*, (Trad. ROMERO, G.N.), FD, Buenos Aires, 1999, p. 345.

⁵⁰Para Jescheck y Weigend "debe aceptarse la existencia cuando el contenido de injusticia y culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho o, en su caso, otro tipo; De esta manera, la condena desde uno de los puntos de vista jurídicos que se plantea agota y expresa el desvalor del éxito en su conjunto". In: JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal – parte general*, (Trad. OLMEDO CARDENETE, M.), 5ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 793.

convierte en una fase de realización del delito final. Se reafirma que, en la consunción, prevalece la relación de menos a más, de la parte al todo, del medio al fin. Por ejemplo, las lesiones corporales absorben los hechos y el homicidio los absorbe. Se diferencia, en consecuencia, del principio de especialidad en el que los hechos están en relación de especie a género, prevaleciendo el dístico latino: *generi per speciem derogatur*.⁵¹

Sin embargo, los mandatos se acercan más al exigir que el intérprete evalúe la prevalencia de una norma determinada sin ninguna interferencia previa del legislador⁵². Se trata de un análisis comparativo entre los propios imperativos, existiendo, en el caso de consunción, mayor discrecionalidad en la elección de los criterios a utilizar para elegir la norma predominante, dado que no existe una referencia concreta que oriente la interpretación.

Aunque es común identificar la garantía más eficaz basándose en una comparación entre ellas, es decir, de forma abstracta, pero no sólo de forma sistemática⁵³, algunos autores reconocen la necesidad de recurrir al caso concreto para realizar la valoración⁵⁴, es decir, rechazan la conclusión por consunción única y exclusivamente como producto de una comparación factualmente vacía. Según Mezger:

La precedencia de una de las leyes penales sobre otra resulta de la relación valorativa de ambas leyes. Cuando una ley, que, según su propio sentido, incluye dentro de sí el disvalor penal de otra, no permite, por tanto, la aplicación de ésta y la excluye, el fundamento que justifica dicha exclusión no justifica la relación lógica de ambas leyes entre sí, sino más bien su propio significado en relación con una interpretación valorativa. Por ejemplo, el hurto con daño no puede ser sancionado también por el daño porque no todo hurto calificado requiere necesariamente dicho daño y, por tanto, no es una especialidad. Como no se trata de una relación lógica entre diferentes leyes, el resultado definitivo no puede obtenerse de una comparación de tipos penales abstractos, sino normalmente sólo de la configuración concreta del caso en cuestión⁵⁵.

Como parte de la idea de consunción, algunos autores trabajan el concepto de progresión criminal, incluyendo el uso de vectores *ante* y *post factum* de impunidad. Grisigni, por ejemplo, trabaja sobre estos conceptos como consunción

⁵¹CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009, p. 88.

⁵²Jescheck y Weigend, Por el contrario, entienden que los tipos no guardan una relación lógica, sino criminológica, que el legislador también tiene en cuenta a la hora de establecer los marcos penales propios de los tipos implicados. In: JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho (...)*, Ob. Cit., p. 793.

⁵³En el mismo sentido: "La consunción, en tales condiciones, no se produce sólo por razones sistemáticas, como pretende Eduardo Correia al definir la consunción impura, como quinto principio en la resolución de una aparente contienda, sino porque la norma consuntiva es de mayor amplitud espacial que la consumida en relación con el problema-hecho". In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 93.

⁵⁴En este sentido: "Que debe prevalecer la norma que asume de manera más compleja el problema nos parece obvio, si aún partimos del hecho a la construcción del derecho, porque la configuración del caso a partir de la norma más compleja permite conocer el mayor número de datos jurídicamente relevantes y posibilita una regulación más adecuada, sobre todo porque, específicamente en el Derecho Penal, la consunción se ha puesto en términos de la consunción de disvalor". In: CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009, p.34.

⁵⁵MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal, (...)*, Ob. Cit., p. 366.

o subsidiariedad⁵⁶. Beling parte del mismo supuesto⁵⁷ y para Fiandaca y Musco nada impide mantener la nomenclatura tradicional de consumo⁵⁸. Para Pagliaro, en cambio, nada impide mantener la nomenclatura *post y ante factum* pero, en realidad, es una forma de consunción⁵⁹.

El problema que caracteriza la idea de consunción es, sin lugar a duda, la falta de criterios sistemáticos –y teleológicos– para realizar este análisis, así como la falta de argumentos que justifiquen este ejercicio por parte del intérprete.

6. ALTERNATIVIDADE?

El creador del concepto de "alternatividad" fue Binding, que siempre ha sido fuertemente cuestionado. Binding considera que existe un "carácter alternativo de las leyes penales", es decir, cuando "un mismo hecho es castigado dos veces en leyes distintas o cuando dos hechos se comportan como dos círculos que se cruzan"; o hay un error en la legislación o no hay competencia aparente de leyes, sino más bien un caso real de concurso ideal. Merkel intenta elevar la alternatividad a un metaconcepto, en el sentido de que varias leyes están en una relación "solamente alternativa" entre sí y en relación con una acción, de modo que sólo una de ellas "está destinada a ser aplicada", y así la alternatividad no significaría más que "un mero concurso de leyes" en general. Partiendo de esta identidad con el concepto de competencia de leyes, abarcaría sus casos individuales, apareciendo a veces como especialidad, a veces como subsidiariedad, a veces como consunción.

Honig es uno de los autores que intenta justificar la existencia de la alternatividad. El autor busca identificar criterios restrictivos para llegar a una definición que tenga valor práctico para resolver una supuesta competencia entre varias leyes penales. Según el autor⁶⁰:

Si seguimos la línea de razonamiento de Von Liszt, que sólo requiere que los elementos del delito contengan 'características conflictivas', entonces sería sensato descartar esta cuarta categoría; porque, con esta interpretación de alternatividad, sólo estaríamos expresando la idea de buscar la protección de los bienes jurídicos a través de disposiciones legales, cada una de las cuales asigna un área específica de protección jurídica.

Para Honig, el argumento de Von Liszt de que sólo requiere que los elementos del delito contengan "características conflictivas" implicaría de hecho descartar esta cuarta categoría. Identificar el conflicto entre características sólo tiene sentido cuando los elementos del delito también están vinculados por un punto de referencia común. Dado que se espera que este "conflicto" exista en el ámbito de los elementos delictivos, el punto de referencia debe buscarse en el ámbito "metatipológico" de la protección de los bienes jurídicos. Inicialmente se puede pensar en la identidad del bien jurídico protegido. La única pregunta es si este elemento determina suficientemente la alternativa de dos disposiciones legales y, para Honig, esta pregunta sólo puede responderse desde el punto de vista de la "finalidad" (Zweckstandpunkt)⁶¹. Un concepto útil de alternatividad para Honig requiere, además del elemento ya mencionado de la identidad del bien jurídico, otro criterio restrictivo: los "elementos contradictorios" que también deben tener un punto de referencia común. Este punto de referencia está en la intención del autor: sólo

⁵⁶GRISPIGNI, F. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., p. 485.

⁵⁷BELING, E. *Esquema de Derecho Penal – la doctrina del delito tipo*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 169.

⁵⁸FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale – parte generale*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1989, p. 511.

⁵⁹PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 203.

⁶⁰HONIG, R. *Straflose Vor- (...)* Ob. Cit., p. 97.

⁶¹HONIG, R. *Straflose Vor- (...)* Ob. Cit., p. 97.

cuando hay dos posibilidades de subsumir lo que el autor pretendía lograr puede surgir una duda de subsunción que justifique la formación de un concepto de alternativa. Respecto a los "elementos de tipo contradictorio", esto significa: deben ser medios diferentes para lograr el mismo objetivo⁶².

De hecho, el autor hace un gran esfuerzo por salvar la alternatividad, afirmando que la diversidad debe alcanzar el grado de exclusión mutua de los elementos del tipo penal, llegando a un "esto o lo otro" en la presentación de la acción, mientras que las reglas de interpretación de la especialidad, la subsidiariedad y la consunción se aplican precisamente bajo el supuesto de que la acción está bajo el signo de "tanto-cuanto", es decir, vista puramente en términos de elementos del tipo penal, realiza tanto uno como el otro tipo de delito. Finalmente, Honig conceptualiza que "existe una relación alternativa entre disposiciones jurídicas que, en términos de proteger un mismo bien jurídico, se comportan como medios diferentes para lograr un mismo objetivo; la diversidad de medios corresponde a la incompatibilidad de elementos del tipo penal"⁶³.

Entendemos que la alternatividad no contribuye al propósito de construir tales "principios", que precisamente es guiar al jurista en el momento de aplicar la ley para elegir entre uno u otro dispositivo. Si hay dos tipos penales y se puede elegir libremente entre uno y otro sin fundamentación, lo que ocurre es un conflicto real de tipos penales, es decir, un error del legislador, como sucede en Brasil con los delitos de prejuicio contra personas mayores⁶⁴. Se trata de un evidente error del legislador que construyó dos tipos idénticos y que solo otros criterios deberán resolver el conflicto, como el de pura *novatio legis*, o de *novatio legis in melius* o *in pejus*.

7. TOMA DE POSICIÓN

A pesar de la multiplicidad de criterios y posiciones teóricas encaminadas a resolver el problema, es posible notar que los aspectos más difundidos aún no brindan criterios interpretativos que satisfagan la necesidad de racionalizar el sistema, función que, es decir, es el objetivo primordial de la dogmática penal. Una mirada absolutamente superficial a la discusión ya nos muestra que los autores difieren no sólo en cuanto a la definición de los comandos que supuestamente sirven para realizar el análisis, sino también en cuanto a los elementos que los componen.

Más aún, las propuestas no proporcionan una justificación teleológicamente satisfactoria de la existencia de estos "principios", es decir, cuál es la vena común que legitima esta interpretación en el caso específico y en relación con episodios de naturaleza absolutamente diferente. Sin duda, evitar la doble pena por un mismo hecho es el objetivo que se persigue, pero ello, por sí solo, no explica por qué específicamente se crearon estas normas interpretativas, ni cuál es la legitimidad de su aplicación por parte del intérprete de la ley.

Para citar un ejemplo sencillo de la temeridad de lo mayoritariamente reivindicado, pensemos en el conflicto entre el delito de envenenamiento del agua potable (delito de peligro), con una de sus consecuencias, que sería el delito de lesiones corporales (delito de lesión). Si partimos de la comprensión de muchos, como Mezger, en el sentido de que uno de los fundamentos de la valoración casuística en la consumación es el hecho de que la lesión engloba el peligro, ¿cuál sería la consecuencia por aplicar en el caso de envenenamiento - qué es mucho más

⁶²HONIG, R. *Straflose Vor- (...) Ob. Cit.*, p. 97.

⁶³HONIG, R. *Straflose Vor (...) Ob. Cit.*, pp. 98/99.

⁶⁴Ley 40.741/03: "Art. 97. Dejar de prestar asistencia a la persona mayor, cuando sea posible hacerlo sin riesgo personal, en situación de peligro inminente, o *recusar, retrasar o dificultar su asistencia a salud, sin justa causa*, o no pedir, en estos casos, el socorro de la autoridad: Pena - detención de 6 (seis) meses a 1 (un) año y multa". Y, "Art. 100 - Constituye un delito punible con reclusión de 6 (seis) meses a 1 (un) año y multa: III - *recusar, retrasar o dificultar la asistencia a salud* a la persona mayor, *sin justa causa*".

perjudicial en términos de extensión - que en realidad resulta en una lesión? En resumen, política y criminalmente el resultado sería discutible.

En nuestra opinión, la dificultad para establecer un eje interpretativo deriva de que simplemente no es posible desarrollarlo, por lo que debemos cambiar completamente el objeto de valoración. Esto se debe, en primer lugar, a que es imposible establecer una escala de importancia en relación con las normas penales individualmente consideradas -como suele pretenderse- y mucho menos diseñar criterios cuantitativos o cualitativos para llevar a cabo esta medición.

En otras palabras, no sólo sería imposible concebir que las normas estén *a priori* dotadas de su propio desvalor, es decir, que algunas normas sean más importantes que otras, sino que también faltaría una explicación lógica para los casos en los que la norma se interpreta como "superior" desde el punto de vista de lo injusto, pero su precepto secundario atribuye una sanción al incumplimiento normativo de carácter cualitativamente inferior.

Respecto del primer aspecto, cabe aclarar que desde un punto de vista macro, las normas del ordenamiento jurídico están sujetas a escalada por su fuerza contundente en función de la naturaleza del instrumento legislativo que las establece. Evidentemente, las normas de carácter constitucional tienen más fuerza en términos de aplicación que las normas originadas en el derecho común, pero no es esta comparación de lo que trata el análisis al que aquí nos referimos. Lo que rechazamos, aunque implícitamente admitido por la doctrina, es el escalamiento de normas provenientes de una misma fuente, es decir, de la legislación federal, en relación con su "importancia", ya sea en relación con el bien jurídico tutelado, o en relación con hasta el punto de protección.

El problema actual del concepto jurídico refuerza también la impertinencia de esta solución que, *a priori*, puede parecer legítima. Al admitir que un mismo tipo delictivo puede tener como ámbito de protección más de un bien jurídico, ya sea de forma alternativa o acumulativa -como lo hacemos-, parece absolutamente impracticable realizar esta valoración. Más aún, la propia naturaleza de algunos bienes jurídicos hace imposible una posible comparación, por ejemplo: ¿Cómo es posible prevalecer el medio ambiente en términos de importancia sobre el orden fiscal nacional? ¿Libertad en relación con la integridad física? Más aún: ¿cuáles serían los criterios utilizados para llegar a estas conclusiones? Aún sobre el bien jurídico, afirmarse que la especialidad exige la misma afectación del bien jurídico reduce excesivamente el alcance del "principio" cuando, por ejemplo, nos enfrentamos a un delito de incendio en el cual haya o no exposición a peligro para la vida de alguien, ya que podría tratarse de un delito contra el medio ambiente o de peligro común, dos bienes jurídicos distintos. El problema se repite en otros "principios", como el de la consunción, cuando tenemos un delito de estafa - que protege el patrimonio - y el de falsedad - que protege la fe pública -, delitos que no tratan del mismo bien jurídico pero que lógicamente deben ser valorados como un único injusto.

Además de la inviabilidad teórica de concebir una escala entre normas provenientes de un mismo instrumento legislativo, también es posible identificar la ilegitimidad del propio intérprete concreto para emitir este juicio de valor. La gran pregunta respecto a este punto sería: ¿cómo permitir que el juez haga esta elección sin violar el principio de separación de poderes e incluso el principio de legalidad? De manera más concreta, si el poder legislativo implementa órdenes diferentes y de distinta amplitud, ¿cómo se puede garantizar que el juez desestima discrecionalmente un orden que efectivamente representa las características del hecho y sólo con base en su comprensión de la "importancia" del hecho?

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a esta pregunta es negativa, principalmente porque la satisfacción de los objetivos de seguridad jurídica sólo se cumplirá si los lentes de valoración se calibraran para considerar el *factum* y, por tanto, lo que éste comunica, y no, como se hace actualmente, analizar la norma con miras a identificar criterios para su elección.

En consecuencia, las bases para identificar este impasse, que es sólo aparente, deben ser las mismas que subyacen a la propia teoría del crimen, que es

también el resultado de un proceso de interpretación basado en una interacción comunicacional entre el evento (que comunica) y el juez (oyente). A partir de este supuesto comunicacional, la pregunta que debe guiar el primer paso hacia la resolución de la aparente competencia normativa es: *¿qué significado global se le puede atribuir a este fenómeno?*

En otras palabras, para definir cualitativamente qué norma representa el fenómeno observado, no se debe partir de la norma, sino del hecho, analizado con relación al contexto total de los hechos, considerando que el proceso atribucional propio del Derecho Penal es necesariamente llevado a cabo desde una perspectiva *ex post factum*. Al contrario de lo que enseña, por ejemplo, Vassali, quien reconoce correctamente el carácter interpretativo de los conceptos de impunidad *ante* y *post factum*, pero llega a la conclusión de que corresponde al juez asumir si la ley quería excluir la punibilidad del acto anterior o posterior⁶⁵, el proceso sería aquí la identificación de la norma que mejor represente este fenómeno a través de la atribución de responsabilidad⁶⁶.

La justificación de esta perspectiva no surge de la naturaleza de la competencia de normas, ya que la teorización generalmente la hace la doctrina, sino de la política criminal, que, desde un punto de partida teleológico, debe guiar no sólo la teoría del delito sino también la dogmática del Derecho penal en su conjunto.

La adopción de este proceso – y, especialmente, el reconocimiento de la necesidad de un análisis de orientación político-criminal – permite incluso resolver el infame debate sobre la instrumentalización de los conceptos de *ante factum* y *post factum* como vectores fundamentales de esta ecuación. Esto se debe a que el criterio comúnmente utilizado para excluir estos elementos se basa en la incompatibilidad de la idea “progresión criminal” con la definición clásica de competencia aparente de normas.

En la perspectiva aquí desarrollada, el *factum* se interpreta en su totalidad y lo importante es verificar qué representa político-criminalmente ese proceso comunicativo, prescindiendo de los moldes preconcebidos de especialidad, consumación y subsidiariedad.

Si, por ejemplo, alguien falsifica un documento para engañar a otros y, como resultado, obtener una ventaja a costa de otros, la pregunta que debe guiar el análisis del juez es qué representa esta dinámica en su conjunto en términos de incumplimiento normativo, no si el fenómeno representa o no una competencia de normas aparentes y qué “principio” se utilizaría para resolverlo⁶⁷. El significado que se le da a este hecho es el de fraude tipificado por Estafa (art. 171 del CPB), aun cuando pudieran identificarse dos bienes jurídicos distintos, de fe pública y propiedad. En otro ejemplo, si alguien roba un determinado objeto y luego le prende fuego, el significado que se le da es el de reducir el patrimonio ajeno, lo que no permite una prórroga en relación con el hecho posterior de que ese mismo bien -ya depreciado- sea prenderle fuego o no⁶⁸. En este contexto, la idea de *ante factum* y *post factum*

⁶⁵VASSALI, G. “Antefatto non punibile (...)”, Ob. Cit., p. 576.

⁶⁶Tampoco coincidimos con la afirmación del autor de que el mismo razonamiento permitiría también un resultado punitivo, ya que el proceso de valoración no termina con la elección de la norma violada. In: VASSALI, G. “Antefatto non punibile (...)”, Ob. Cit., p. 584.

⁶⁷Marcelo Fortes Barbosa, por ejemplo, comprende la imposibilidad de consumación entre falsedad y fraude: “En el concurso de falso y estafa no hay necesidad de hablar de consunción, en materia de concurso aparente, porque siendo formal el falso delito, que se consuma con su única potencialidad lesiva, cuando en el momento de la consumación del desfalco posterior, siendo el mismo delito material, en la continuación del desarrollo de la acción única, con la obtención efectiva de una ventaja ilícita en perjuicio de otros, habrá concurso ideal en sentido perfecto, y no hay necesidad de hablar de dualidad de intenciones y, en este caso, la pena única aplicada y resultante de la exasperación jurídica no es más que el reconocimiento de la incidencia normativa real de dos normas incriminatorias sobre un mismo hecho, definido a través de la única conducta”. In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas* (...), Ob. Cit., p. 119.

⁶⁸Como dice Puppe, “un autor que haya causado una pérdida de propiedad de forma delictiva, por ejemplo, mediante un robo o hurto, y luego haya asegurado esa pérdida de forma delictiva, por ejemplo mediante fraude o daños a la cosa apropiada, sería castigado dos veces con la

representa la necesidad innecesaria de un alcance de protección más amplio, basado en un atentado contra el bien jurídico definido con mayor precisión. Las normas anteriores y posteriores que fueron violadas por el perpetrador no tendrían autonomía suficiente para persistir comunicativamente ya que constituyen un paso previo o una consecuencia lógica posterior al contexto normativo final.

Es interesante la reflexión de Puppe sobre la interrelación entre conducta, resultados y normas violadas. Para la autora, la afirmación de que los distintos tipos de delitos no tienen elementos injustos en común es poco realista, tanto por razones fácticas como jurídicas. La autora dice que "salvo quizás ciertos actos circenses", la gente rara vez hace cosas diferentes al mismo tiempo que no estén relacionadas entre sí. Por tanto, si el autor realiza varios tipos simultáneamente o incluso mediante un mismo movimiento corporal, uno será un medio para conseguir el otro, o ambos serán medios para conseguir un objetivo común. No se puede esperar que varias disposiciones que se encuentran de esa manera no tengan elementos de injusticia en común. Las disposiciones individuales están diseñadas para que cada una contenga requisitos mínimos para una amenaza de pena. Sería sorprendente que estos conjuntos de requisitos mínimos estuvieran aislados unos de otros hasta el punto de no tener elementos en común. La autora afirma además que, si bien se trata de una idealización de la doctrina jurídica penal y "se han escrito bibliotecas enteras" para, por ejemplo, evitar que el fraude y el robo o el fraude y la extorsión se lleven a cabo en unidad de acción y unidad de resultado, es un ideal falso. Por el contrario, la regla es que disposiciones que se cumplen simultáneamente o mediante un mismo movimiento corporal también tienen elementos de injusticia en común. Por ejemplo, la violencia contra una persona, que como medio de sustracción satisface la disposición de hurto, es al mismo tiempo una lesión corporal o el fraude que satisface la disposición de defraudación consiste en el uso de un documento falso⁶⁹.

Por lo tanto, entendemos que nuestra concepción que opta por el análisis normativo global del significado no contradice ni excluye la aplicación de otros institutos como la concurrencia material o formal de delitos (arts. 69 y 70 del CPB), ni de la continuación del delito. (art. 71 del CPB), porque en estos casos el significado que se le da a la violación normativa es plural, ya sea por la pluralidad de conductas y resultados o simplemente por resultados que comunican disvalores normativos autónomos.

Finalmente, entendemos que la proposición aquí desarrollada no difiere tan drásticamente de lo que parte de la doctrina siempre ha admitido, aunque sea de manera implícita. Mezger, al desarrollar su perspectiva de impunidad *ante y post factum* sostiene, por ejemplo, que el acto anterior se consume mientras sirve al propósito del acto principal, mientras que el llamado acto posterior se consume mientras se realiza para el propósito del acto principal⁷⁰. Greco y Leite, del mismo modo, reconocen que los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción no son más que instrumentos para tratar de captar situaciones en las que no existe un nuevo desvalor respecto de lo injusto⁷¹ ⁷². Incluso Barbosa, que rechaza los conceptos de *ante y post factum* ⁷³, al trabajar en su concepto de consunción, afirma

misma pérdida de propiedad". In: PUPPE, I. "Die Erfolgseinheit, eine verkappte (...) Ob. Cit., p. 255.

⁶⁹ PUPPE, I. "Die Erfolgseinheit, eine verkappte (...), Ob. Cit., p. 257.

⁷⁰ MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 370/371.

⁷¹ GRECO, L. & LEITE, A. "Concurso de delitos: (...), Ob. Cit., p.154.

⁷² Nos atrevemos a discrepar parcialmente con el planteamiento de los autores, por otro lado, en lo que respecta a los distintos disvalores en relación con lo injusto (cualitativo y cuantitativo). El proceso de valoración aquí no sería comparativo, sino interpretativo en relación con el fenómeno en su conjunto.

⁷³ Segundo él, "En cuanto a hablar de una progresión penal en sentido amplio, comprendiendo el *ante factum* y el *post factum no punible*, se trata de una afirmación inadecuada, ya que, como ya hemos visto, en materia de *ante factum* no punible, o bien se trata en realidad de uno de los elementos de hecho insertos en el propio delito progresivo o bien no es más que un hecho autónomo, impune por la indiferencia penal y por tanto ajeno a la estructura de concurso aparente, dada la pluralidad de hechos, el consumo se produce de forma meramente

que lo que lleva a la exclusión de una de las normas en casos de competencia aparente es la "asunción de la forma más compleja del problema por parte de la norma consuntiva". Y por "supuesto para una forma más compleja del problema" el autor entiende que "el sentido de relevancia del hecho para la norma consumida es tomado en cuenta y consumido en la configuración problemática del caso, en función de la norma consuntiva"⁷⁴.

En definitiva: para el derecho penal siempre la pregunta debe ser que sentido se atribuye a un acto/facto, y no que acto/facto constituye un tipo penal.

8. CONCLUSIÓN

Entendemos que la forma en que el conflicto aparente de normas ha sido tratado por la doctrina mayoritaria no hace más que repetir lo que se consagró en momentos anteriores de la teoría del delito, sobre bases causales u ontológicas, que actualmente no tienen tanto rendimiento. Por lo tanto, en el camino de adaptar el tema a las nuevas construcciones teóricas, ya sean funcionales o lingüísticas, concluimos que una teoría sobre la concurrencia de leyes que tenga un enfoque normativo, es decir, que trate el conflicto como normativo y que tenga como base directa el *ante y post factum* no punibles, es capaz de obtener mayor rendimiento que la predicción mayoritaria de "principios" para la resolución de aparente conflicto de leyes, y no un conflicto normativo que presupone la atribución de sentido o valoración que se le puede imputar a un fenómeno delictivo, que se basa en más de una acción y en ocasiones puede tener más de un resultado. Creemos que esta postura es más coherente con un derecho penal basado en el funcionalismo y que tiene como principio y fin la política criminal de *ultima ratio*.

9. REFERENCIAS

- BACIGALUPO, E. *Derecho Penal – Parte General*, 2ª Ed., Hamurabi, Buenos Aires, 1999.
- BELING, E. *Esquema de Derecho Penal – la doctrina del delito tipo*, (Trad. SOLER, S.), Librería El Foro, Buenos Aires, 2002.
- BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.
- BETTIOL, G. *Direito Penal*, (Trad. DA COSTA JÚNIOR, P. J. & SILVA FRANCO, A.), Saraiva, São Paulo, 1976.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 1997.
- CARVALHO FILHO, J.C. *Concurso Aparente de Normas Penais*, Revan, Rio de Janeiro, 2009.
- CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*, 10ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1951.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NUÑEZ PAZ, M.Á.; OLIVERIA, W.T. & BRITO, A.C. *Direito Penal Brasileiro*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, pp. 502/503.
- FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale – parte generale*, 2ª Ed., Zanichelli, Bologna, 1989.
- FONTÁN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- GRECO, L. & LEITE, A. "Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, 2022.

artificial, pues ya hemos dicho que existen relaciones de consumo fuera del esquema concursal. Y en cuanto al *post factum*, al mero agotamiento de un delito, es necesario indagar, como ya lo hemos hecho, en relación con la llamada "concurrencia negativa de normas"; ¿progresión a dónde? ¿De qué manera? Ya que el *post factum*, que es siempre un hecho autónomo, está fuera de la órbita de la relevancia jurídica y va más allá de los límites de la incriminación penal". In: BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas (...)*, *Ob. Cit.*, p. 101.

⁷⁴BARBOSA, M.F. *Concurso de Normas (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 33/34.

- GRISPIGNI, F. *Derecho Penal Italiano*, (Trad. DE BENEDETTI, I), Depalma, Buenos Aires, 1948.
- HONIG, R. *Straflose Vor-und Nachtat*, Scientia, Leipzig, 1927.
- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal – parte general*, (Trad. OLMEDO CARDENETE, M.), 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1992.
- KINDHÄUSER, U. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- LANDECHO VELASCO, C.M. & MOLINA BLÁSQUEZ, C. *Derecho Penal Español – Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1988.
- MAURACH, R. & ZIPF, H. *Derecho Penal – parte general*, (Trad. BOFILL GENZSCH, J. & AIMONE GIBSON, E.), Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MARSICO, A. *Diritto Penale*, parte generale, Dott, Napoli, 1969.
- MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, (Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- MERKEL, A. *Derecho Penal - Parte general*, (Trad. DORADO MONTERO, P.), B de F, Montevideú, 2004.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal – parte general*, 5ª ed., Corregrafic, Barcelona, 1998.
- NUVOLONE, P. *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1966.
- PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale - Parte Generale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- PEREIRA, P.G.M. "Concurso aparente de normas e a consequente Unicidade de reação punitiva do estado no crime de Sonegação fiscal mediante fraude documental", *Revista digital Constituição e Garantia de direitos*, vol. 11, nº 1.
- PUPPE, I. "Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz. Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatmehrheit i.S. der h.L.", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2021.
- RANIERI, S. *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Antonio Milani, Padova, 1966.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal Español, Parte General*, 9ª ed., Dykinson, Madrid, 1985.
- SABATINI, G. *Istituzioni di Diritto Penale*, 4ª ed., Casa del Libro, Catania, 1946.
- SAUER, W. *Derecho Penal – parte general*, (Trad. DEL ROSAL, J. & CEREZO MIR, J.), Bosch, Barcelona, 1956.
- SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Tipografica, Buenos Aires, 1951.
- STRATENWERTH, G. *Derecho penal – Parte General*, (Trad. ROMERO, G.N.), FD, Buenos Aires, 1999.
- VASSALI, G. "Antefatto non punibile. Postfatto non punibile", *Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1997.