

La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis»

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Profesor Ayudante de Derecho penal. Universidad de Sevilla

SUMARIO (*): A. EL DELITO «SUI GENERIS».—I. Introducción.—II. ¿Delito «sui generis» o jurisprudencia de conceptos?—III. El concepto de delito «sui generis»: *a.* El concepto de delito «sui generis» en la evolución doctrinal. *b.* Toma de posición: *a'*. Premisa metodológica: la función de la normativa concursal. *b'*. La prueba del delito «sui generis». 1. La participación en los delitos contra la vida. 2. La relación hurto- robo: problemas concursales. 3. El error en el cohecho.—IV. Conclusiones.—B. LA FUNCIÓN DE LA NORMATIVA CONCURSAL.—I. Presupuesto: *a.* La interpretación de los tipos penales. *b.* El contenido del tipo como criterio de delimitación en materia concursal.—II. *El concurso de leyes*: unidad de acción y de norma penal violada.—III. *El concurso ideal de delitos*: unidad de acción y pluralidad de normas penales violadas.—IV. *La unidad jurídica de acción*: pluralidad de acciones y unidad de norma penal violada.

A. EL DELITO «SUI GENERIS»

I

En toda comunidad organizada jurídicamente existe una serie de intereses sociales que el legislador eleva a la categoría de Bienes jurídicos y a los que hace objeto de protección especial. Dicha protección la lleva a cabo el legislador mediante la creación de *mandatos y prohibiciones*. Normas, en definitiva, que vinculan a todos los miembros de la comunidad (1). El instrumento de que se va a valer el legislador para obligar a que las normas se respe-

(*) Por razones de extensión aparecerá el artículo dividido en dos partes.

(1) Véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, Introducción, Madrid, 1976, págs. 11-13. Una exposición de la evolución de la doctrina del Bien jurídico protegido, con especial referencia a la fundamentación basada en el «funcionalismo» americano, puede encontrarse en MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, páginas 128-140.

ten es el Derecho penal, que responde con la pena a *determinados* ataques a los bienes jurídicos.

En su tarea de protección de Bienes jurídicos, habría podido proceder el legislador estableciendo que toda lesión o puesta en peligro de aquéllos sería castigada con una pena. Ello significaría que el Juez podría castigar *cualquier* atentado contra el Bien jurídico protegido, una vez demostrada la antijuricidad y la culpabilidad del autor. Sin embargo, esa manera de proceder supondría un grave atentado contra la *seguridad jurídica*, ya que el Juez podría moverse con excesivo arbitrio. Contra tal estado de cosas luchó el *liberalismo* en el siglo XVIII, a fin de conseguir que la ley estableciera de manera *precisa* los límites dentro de los cuales determinada conducta es penalmente relevante; consiguiendo delimitar con ello el campo del actuar humano en que el ciudadano puede moverse libremente. El medio de que el legislador se sirve para llevar a cabo esta tarea de garantía es el de la formación de *tipos penales*. De las muchas maneras en que el individuo puede atentar contra los Bienes jurídicos protegidos, el legislador selecciona, configurando *en abstracto* el marco o conjunto de los comportamientos que sí van a ser penalmente relevantes, y a los que hace merecedores de una sanción penal. Esta manera de proceder del legislador en materia penal, es lo que constituye el *carácter fragmentario del Derecho penal* (2).

En este trabajo empleamos el concepto *tipo penal* como determinación por parte del legislador, con carácter *abstracto* (3), de una

(2) Como estima MEI WALD, el carácter fragmentario del Derecho penal es, a veces, el tributo que aquél debe pagar como consecuencia de su voluntad de respeto a la dignidad humana y garantía de libertad para el ciudadano, principios de rango constitucional en países democráticos. MEI WALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en Fest. für R. MAURACH, Karlsruhe, 1972, págs. 9-23. Por supuesto que el legislador penal se equivoca muchas veces, y el intérprete debe distinguir, a mi manera de ver, estos casos de aquellos en que el legislador ha querido deliberadamente limitar el ámbito de punición en un caso concreto. Ello no quiere decir que el intérprete sea libre para subsanar el error del legislador, extendiendo dicho ámbito de punición a su arbitrio. Muy al contrario, es el contexto más amplio de la totalidad de la ley penal y los principios de Justicia y Seguridad jurídica que la informan los que facilitarán al intérprete una solución en el caso concreto, conforme a la Idea de Justicia y a la voluntad de la ley penal. Ejemplos de lo que decimos aparecen frecuentemente en este trabajo. La interpretación aislada del artículo 409 CP, que sanciona la inducción y el auxilio al suicidio (en relación con el artículo 407), permite, en un caso de error sobre la voluntad del suicida, castigar menos severamente que mediante una interpretación conectada de ambos preceptos en la que se tenga en cuenta tanto el presupuesto del tipo como la consecuencia jurídica, es decir, la gravedad de la pena a imponer en uno y otro caso (ver *infra*, A. II. b. b'. 1.).

(3) A diferencia del tipo *concreto*, que expresa una circunstancia de hecho, el tipo *abstracto* hace referencia al presupuesto de la sanción penal, presupuesto recogido en la ley. Y frente a otros tipos «abstractos», se diferencia el empleado aquí en que aquellos hacen referencia a la «función dogmática del tipo» en la teoría del delito; mientras que éste, como dice ENGISCH, se refiere a la «estructura ontológica y lógica de cada uno de los elementos del

concreta conducta humana a la que une como consecuencia la sanción penal; pues se trata, en definitiva, de analizar la frontera entre determinados tipos de la Parte especial del Código penal, dado el parentesco o proximidad existente entre ellos.

En su función de concretar lo más posible la tarea del Juez, dispone el legislador de una pluralidad de recursos mediante los que indicarle los *límites* dentro de los cuales desea que aquél haga intervenir a la Justicia penal, a través de la aplicación de una sanción. Según la manera de proceder del legislador, es decir, el recurso empleado, pueden ser calificadas las circunstancias modificativas de la punibilidad en dos grandes grupos:

a. *Modificaciones sin el carácter de típicas.* Entre ellas están: a' Todas las causas genéricas de modificación de la punibilidad, sean de naturaleza *agravatoria* (agrupadas en nuestro Derecho en el art. 10 del Código penal), sean de naturaleza *atenuatoria* (agrupadas también en el art. 9 CP); existiendo todavía un tercer grupo, de naturaleza *mixta*, cual es el formado por las circunstancias recogidas en el artículo 11 CP. Estas modificaciones suelen encontrarse en la Parte General del Código. b' Causas especiales de modificación de la punibilidad, recogidas, a diferencia de las anteriores, en la Parte especial del Código, para un delito o grupo de delitos en concreto, que pueden ser también de carácter *privilegiado* o *cualificado* (como, por ejemplo, el art. 506 del Código que obliga al Juez a imponer la pena máxima a los robos de los arts. 504 y 505 cuando concurren una serie de circunstancias concretas y perfectamente delimitadas como las de llevar armas, verificarlo en una casa habitada, o cuando se asaltare una oficina bancaria; o el art. 511, que permite al Juez elevar a la pena superior en grado los robos de los artículos señalados, teniendo en cuenta la alarma producida, alteración del orden público, antecedentes de los delinquentes u otras circunstancias que hayan influido en el propósito criminal). c' Las *cláusulas generales*, empleadas por el legislador para la determinación de la pena, que son declaraciones de aquél con el carácter de *pseudotipo* y que contienen causas de modificación explícitas, pero de forma *vaga y generalizadora*, por lo que no pueden merecer la caracterización de típicas (4). También hay que distinguir entre aquéllas que

tipo» (ver ENGISCH, K., *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en Fest. für E. MEZGER, Munich, 1954, págs 130-131). El concepto de tipo que aquí empleamos es aquel que hace referencia a las normas del Código penal, es decir, aquella parte de la norma que contempla una conducta humana y que sirve para determinar si unas «circunstancias de hecho» (ocurridas realmente) pueden ser consideradas como un caso que «cae» dentro del tipo en cuestión. HASSEMER, W., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, pág. 11.

(4) Empleamos el concepto *cláusula general* en su sentido más amplio posible, que abarca en su seno no sólo a las *cláusulas generales* en sentido estricto, sino también los *conceptos jurídicos indeterminados, reglas de determinación de la pena por el juez, conceptos necesitados de valoración y reglas*

producen efecto de privilegio (como ocurre en el art. 318 del Código que permite imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada para los delitos incluidos en el Capítulo donde aparece y en los precedentes teniendo en cuenta la «gravedad del hecho») o de *cualificación* (tal es el caso del art. 546 bis d) que permite imponer además la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión y el cierre temporal o definitivo del establecimiento de los autores del delito de receptación recogido en los artículos precedentes, cuando a juicio del Tribunal los hechos previstos en los artículos anteriores fueran de «suma gravedad»; o el art. 546 bis e) que impone a los Tribunales la obligación de graduar las penas señaladas en los artículos anteriores atendiendo a las «circunstancias del hecho»).

b. *Circunstancias modificativas con el carácter de típicas*. A diferencia de lo que ocurría en los casos anteriores, las circunstancias modificativas aparecen formando parte de un nuevo tipo, no quedándole más remedio al Juez que partir del ámbito de determinación de la pena del tipo derivado, sin necesidad de acudir en principio al tipo *básico*.

Como ya decíamos al principio, el legislador no se conforma con castigar cualquiera de las formas de conculcar el Bien jurídico protegido, sino que exige del Juez que sólo lo haga en los casos concretos a que se refiere con carácter abstracto en el respectivo tipo penal. Por otra parte, no ha creado un único tipo para cada uno de los Bienes jurídicos protegidos, como lo demuestra el hecho de que los Bienes jurídicos sean unos pocos, mientras que los tipos de la Parte especial son varios cientos. Con un simple vistazo a la Parte especial puede comprobarse la existencia de unos cuantos tipos básicos (que casi se corresponden con los Bienes jurídicos protegidos), que el legislador utiliza como punto de partida para la formación de grupos de delitos. Así ocurre que el artículo 407 del Código, que castiga el homicidio, puede ser considerado como tipo básico de los delitos contra la vida humana independiente (Capítulo primero y segundo del Título VIII), entre los cuales se encuentran como formas cuali-

de casuística (GARSTKA, H., *Generalklauseln*, en KOCH, H.-J. (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg/Ts., 1976, págs. 96-123). Así, pues, en el esquema de RICHTER, que en líneas generales hemos seguido (RICHTER, J., *Zum Begriff des «delictum sui generis»*, tesis doctoral, Munich, 1956, págs. 4-11), introducimos una doble salvedad: considerar dentro de los grupos de *circunstancias modificativas de la punibilidad*, circunstancias de carácter *descriptivo*, es decir, no necesitadas de valoración especial por parte del juez; y traer al apartado de las *cláusulas generales* las circunstancias modificativas a que acabamos de hacer referencia. Ello quiere decir que RICHTER sostiene, al igual que MAURACH, R., *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, Tomo I, Bonn, 1954, pág. 250), un concepto abierto de *cláusula general*, obligándose a establecer una delimitación no del todo clara. Naturalmente, la diferenciación introducida por nosotros es intencionada.

ficadas, de una u otra manera emparentadas, el parricidio (artículo 405), el asesinato (art. 406), el homicidio en riña tumultuaria (art. 408), la ayuda e inducción al suicidio del artículo 409. O entre los delitos contra el patrimonio de apoderamiento, dentro de los cuales el hurto del artículo 514 es el tipo básico, tanto de otros hurtos cualificados recogidos en el Capítulo II del Título XIII del Código, como respecto a las diversas modalidades de robo del Capítulo I de dicho Título.

Para la construcción de la Parte especial, la formación de estos grupos de delitos es de especial significado, pues permite al legislador partir de determinados tipos delictivos para concebir todas y cada una de las restantes figuras delictivas mediante el fácil procedimiento de describir de forma sencilla aquellos casos que se desvían del tipo básico que sirvió de punto de partida. Puede verse cómo es utilizado este procedimiento por el legislador español en el delito de aborto (art. 411), donde recoge el tipo básico de realización del aborto por un tercero ajeno a la propia mujer, y donde ya se distingue según que aquél haya obrado con o sin el consentimiento de la embarazada, con o sin violencia, o cuando resultase la muerte de la mujer. Y a continuación, una modalidad imprudente de producción violenta del mismo por persona ajena a la mujer, en el artículo 412; el aborto ocasionado por la propia mujer y el consentido, en el artículo 413; el aborto «honoris causa», en el artículo 414, con penas atenuadas para la mujer y los padres de la misma. Para acabar finalmente con señalar una pena agravada para el facultativo que intervenga en un aborto (art. 415).

La delimitación, en particular, en estos casos de qué figura delictiva constituye el tipo básico y cuáles sus formas cualificadas no puede ser hecha «a priori» ni de una vez para siempre (5) residiendo ahí la razón de por qué la doctrina no se pone de acuerdo sobre el concepto delito «sui generis» y su eficacia para la interpretación (6). Sin embargo, es un tema en íntima conexión con la llamada «Parte general de la Parte especial», de tanto interés práctico (7).

(5) Como en este trabajo se verá con frecuencia el defecto inicial de partir de un tipo básico respecto del que pueden aparecer otros tipos cualificados (con el carácter de delito autónomo o no) puede producir efectos negativos, si se incide en el error de sólo acudir al tipo básico para interpretar el tipo cualificado y no proceder también a la inversa, es decir, tener en cuenta el tipo cualificado para interpretar el tipo básico; siendo así que el tipo cualificado siempre «se apodera» de alguna característica que deja de pertenecer al tipo básico, delimitando, por tanto, el ámbito de punición de aquél.

(6) Ver el apartado inmediatamente inferior, «¿Delito sui generis o jurisprudencia de conceptos?».

(7) La conexión de los problemas que aquí queremos estudiar con la llamada «Parte general de la Parte especial» es grande, sin que lleguen a identificarse. La relación entre ambas es paralela a la ya vista entre los tipos *abstractos* de delito. Con ello queremos decir que mientras E. WOLF (*Die Ty-*

Las circunstancias que tiene en cuenta el legislador en la formación de estos tipos *derivados* pueden ser de la más diversa naturaleza, estando basadas unas veces en criterios objetivos, como la cuantía o el valor del resultado producido (así ocurre por regla general en los delitos contra el patrimonio, donde el legislador español atiende al valor de lo sustraído para determinar la medida de la pena, por ejemplo el art. 505 CP), o en la forma de producción, como puede verse en el robo, donde la modalidad comisiva de que se haya empleado o no violencia contra las personas o fuerza en las cosas es la que determina que estemos ante un robo (arts. 500 y ss.) o ante un hurto (arts. 514 y ss.). O basada en criterios que hacen referencia a un «tipo de autor», entre los que destaca la repetición del actuar delictivo (como ocurre en materia de prostitución o en los numerosos delitos cualificados por la reincidencia de su autor, como vemos en el artículo 515, 4.º), lo representativo de su posición o una relación de autoridad (así ocurre en numerosas figuras del estupro del artículo 434 y ss., o en muchos delitos de funcionarios del Título VII del Libro II del Código), la presencia de un ánimo especial (tal es el caso del ánimo de uso en las figuras del art. 516 bis de utilización de vehículos de motor ajenos, o el ánimo de ocultar la deshonra de la madre o familiar que mata al hijo recién nacido, del art. 410).

La diversidad de efectos jurídicos que produce esta manera de proceder del legislador y la imposibilidad de obtener soluciones uniformes para todos los casos analizados, serán puestas de relieve a lo largo de este trabajo, que quiere tratar el delito «sui generis» no como un concepto fijo, sino como una constelación de casos muy diversos unidos por la característica común de que en todos ellos se plantea la interpretación de dos tipos que en cierta manera se corresponden. Si al final de nuestra exposición hubiésemos dejado claro cuál es nuestra opinión sobre la «manera» de enfrentarse con esta problemática, nuestro trabajo habría cumplido la finalidad que desde el principio nos guió.

pen der Tatbestandsmässigkeit, Breslau, 1931), W. NAUCKE (*Der Aufbau des § 330 StGB*, en Fest. für H. WELZEL, Berlín, 1974, págs. 761-774) y M. FINCKE (*Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlín, 1975) se preocupan de realizar la exposición y clasificación de una serie de delitos de la Parte especial que, por una razón o por otra, determinan una revisión, en esos casos concretamente analizados, de las categorías de la Parte general, nosotros sólo queremos ver la configuración concreta de una serie de delitos de la Parte especial, sin extraer consecuencias desde el punto de vista de la teoría general del delito, ubicada en la Parte general del Derecho penal. En las figuras analizadas aquí, el conflicto siempre se presenta entre dos tipos de la Parte especial del Código penal, estando la solución en la concreta interpretación de los tipos de injusto en cuestión, aunque, por supuesto, ello tenga una repercusión grande en categorías de la teoría del delito, como la participación, la progresión criminal o el delito continuado.

II

Tratados y Comentarios a la hora de exponer la Parte especial del StGB alemán se han visto en la necesidad de acudir al concepto delito «sui generis», en busca de ayuda para la interpretación de tantos y tantos tipos penales en alguna medida emparentados. Los resultados a que se ha llegado han sido, sin embargo, dispares. Los términos en que se realizaba su configuración variaban casi de autor a autor, siendo muy numerosos, quizá por esta razón, los impugnadores que no han aceptado la validez del concepto.

En 1956, tras el incremento de los trabajos dedicados al tema desde 1950, aparecidos sobre todo en forma de tesis doctorales (8), y especialmente tras la aportación realizada por Maurach sobre el tema entre los *Materialien* para la Reforma del StGB (9), llega E. Schneider (10) a la conclusión de que estamos ante un concepto «superficial». Parece que para Schneider todos los males del concepto se reducen a uno: el intérprete cuando se encuentra ante dos tipos de la Parte especial, en alguna medida «emparentados», sólo tiene dos alternativas, calificar de delito *especial* (sui generis) o de tipo *cualificado*. Sin acudir a un criterio fijo de decisión. Schneider quiere deducir del «error procedendi» de la doctrina una consecuencia para el delito «sui generis»: la de su inutilidad, o peor aún, la de su nocividad.

Algo, no obstante, parece claro para Schneider. El concepto delito «sui generis» no permite eludir la tarea de interpretación del contenido de sentido de un determinado tipo penal. En este aspecto, sí tiene razón Schneider. La elaboración de un concepto de delito «sui generis» no es presupuesto de la interpretación, ni un remedio para evitar su necesidad. El concepto delito «sui generis» es una consecuencia de aquélla. Siempre hay que interpretar. Lo que ocurre es que el intérprete se sirve de los elementos que el legislador le proporciona (en este caso dos tipos que se encuentran conectados de tal manera que la interpretación del contenido de uno de ellos puede ser de utilidad para la del otro, de donde se deduce la conveniencia de su interpretación simultánea) y otros que él crea, para obtener una solución adecuada a la Idea de Justicia. Por otra parte, sometiendo a comparación los resultados interpretativos a que llega en un grupo de casos con otros semejantes, obtiene conclusiones adecuadas a la Idea de Seguridad jurídica. Esa es la tarea del intérprete.

(8) HEILL, W., *Delicta sui generis*, tesis de Heidelberg, 1951; SIGLOCH, H., *Der Sondertatbestand (Delictum sui generis)*, tesis de Tübingen, 1952; HILLEBRAND, R., *Delictum sui generis oder Verbrechenfall?*, tesis de Köln, 1955; RICHTER, J., *Zum Begriff des «delictum sui generis»*, tesis de München, 1956.

(9) MAURACH, *Materialien*, tomo I, págs. 249-258.

(10) SCHNEIDER, E., *Das eigenständige Verbrechen -ein überflüssiger Begriff*, en NJW, 1956, págs. 702-703.

Como era lógico, la respuesta por parte de los partidarios del concepto no se hizo esperar. Hillebrand (11), monografista del tema, responde a las objeciones de Schneider rotundamente. El concepto y su contenido son de honda raigambre doctrinal. Las definiciones proporcionadas, frente a lo que supone Schneider, son numerosas. La función del concepto es muy concreta para Hillebrand: la respuesta a la pregunta sobre si estamos o no ante un delito «sui generis» es tarea del intérprete, que ha de aceptarlo, y deducir de él las consecuencias que se derivan, tras analizar el Bien jurídico protegido, el lugar sistemático del tipo en cuestión o la formulación legal del mismo, es decir, el sentido de la Ley o la finalidad perseguida por el legislador con esta técnica. Todos los criterios señalados son puntos de referencia a los que ha de acudir el intérprete para obtener un criterio seguro que le permita constatar la existencia de un delito «sui generis». Hecha esta constatación, no habrá ningún inconveniente en deducir las consecuencias derivadas de tal conceptualización. Con ello se obtienen resultados muy satisfactorios desde el punto de vista de la Seguridad jurídica.

Nada hay que objetar a Hillebrand sobre la importancia de los criterios a que alude para detectar la existencia de un delito «sui generis», sobre todo en lo que se refiere al criterio *teleológico*, de la finalidad perseguida por el legislador. Prueba de ello es que a dicho principio se alude en todos los trabajos de interpretación. Sin embargo, no se pueden aceptar las consecuencias a extraer de la calificación de un tipo de una manera o de otra. Deducir de dicha calificación la misma consecuencia para todos y cada uno de los problemas en torno a los cuales hay que plantear *en concreto* si estamos ante un delito «sui generis», en virtud del *telos* de la ley, es obrar en términos de la criticada *jurisprudencia conceptual*, siendo por ello rechazable (12).

La concepción de Hillebrand coincide en lo fundamental con la de los demás monografistas del tema. Por esa razón tiene sentido la crítica formulada por otros sectores de la doctrina al concepto delito «sui generis» (sobre todo los autores que recientemente se han ocupado del tema) (13), como una categoría típica de la *jurisprudencia de conceptos*. Los partidarios del concepto han discrepado mucho sobre la configuración o alcance del mismo, es decir, sobre los criterios conforme a los cuales estimar su existencia. Sin embargo, todos, salvo muy pocas excepciones, han coincidido en atribuir las mismas consecuencias una vez detecta-

(11) HILLEBRAND, *Nochmals: Das eigenständige Verbrechen ein überflüssiger Begriff?*, en NJW, 1956, págs. 1268-1270.

(12) Este sentido tiene la crítica de HAFCKE al concepto, que permite resumir todos sus defectos: partir de un presupuesto conceptual, como el título de su artículo pone de relieve. HAFCKE, B., *Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz*, en JuS, 1973, págs. 402-407.

(13) Además del propio HAFCKE, hay que señalar a V. HASSEMER, *Delictum sui generis*, Köln, 1974.

da su existencia, evitando la necesaria *interpretación* y prejuzgando unos efectos jurídicos que automáticamente se hacen derivar de la simple calificación delito «sui generis». De los efectos derivados de este «modus operandi» se podrían aducir un número considerable de ejemplos lamentables (14).

En su reciente trabajo sobre el tema delito «sui generis» y jurisprudencia de conceptos se plantea Haffke la utilidad de aquél desde el punto de vista a que acabamos de hacer alusión. En el artículo de Haffke, se hace particular referencia a las constelaciones de casos concretos en los que de manera ilustrativa se plantea la problemática del delito «sui generis». Consurrencia de tipos privilegiados y cualificados, participación de los delitos especiales, coautoría, delito continuado, error y tentativa, son categorías dogmáticas en torno a las cuales se cuestiona la incidencia de la conceptualización delito «sui generis», pues es allí donde está llamado a producir sus efectos. Dicho de otra manera: de un tipo de la Parte especial se dice que se encuentra en una relación de delito «sui generis» respecto a su correspondiente tipo básico, cuando en la interpretación de aquél el tipo básico no puede producir efecto alguno. Ese delito será entonces, y en ese punto en concreto, un delito «sui generis». En el caso contrario, estaremos ante un tipo cualificado, que no produce efectos especiales sobre los extremos a que acabamos de hacer referencia.

De todo ello deduce Haffke la inutilidad de un concepto como el delito «sui generis», que en ningún caso va a evitar la necesidad de una interpretación minuciosa en cada uno de los problemas en cuestión, sin que la calificación delito «sui generis» signifique ayuda alguna en la tarea del intérprete (15).

Tiene razón Haffke en señalar la manera de proceder del intérprete en su confrontación con el tema delito «sui generis». Ese método de análisis minucioso es el único que permite no caer en los errores de la *jurisprudencia de conceptos*. Conduciendo, por otro lado, a unos resultados interpretativos satisfactorios.

Sin embargo, como el propio Haffke ha puesto de manifiesto, quizá sin darse cuenta, dos son las funciones a realizar por el concepto delito «sui generis», que él rechaza: la primera es la de delimitar el campo de actuación en que dicho concepto ha de ser utilizado. Las categorías dogmáticas examinadas por Haffke son precisamente las adecuadas para tener en cuenta los efectos producidos por el llamado delito «sui generis». Por otro lado, las consecuencias a que llegue la doctrina al confrontarse con tales

(14) Uno de los ejemplos más lamentables, porque además se trata de un defecto en el que han incidido juristas de tanto prestigio como Artuhr KAUFMANN o Eberhard SCHMIDT, es el del cohecho, que en este trabajo tratamos exhaustivamente (ver *infra* A. III. b. b'. 3.). En nuestro Derecho también se podrían citar algunos ejemplos muy lamentables, como la participación en el asesinato (ver *infra* A. III. b. b'. 1.).

(15) HAFFKE, *Delictum sui generis*, pág. 407.

categorías serán el resultado de una interpretación que, en confrontación con otras teorías sobre el mismo punto, permitirán una aproximación a la Idea de Justicia. Por eso es importante tener en cuenta el concepto en cuestión.

V. Hassemer es el más reciente monografista del tema. Para Hassemer, un tipo es independiente si su consideración como tal conduce a una decisión correcta (16), de donde resulta que el método *teleológico* ofrece la posibilidad de determinar en abstracto los caracteres que constituyen la autonomía de un tipo. Sin embargo, los esfuerzos de Hassemer para lograr detectar en los típicos supuestos del delito «sui generis» esos «caracteres diferenciales» que constituyen o determinan su independencia están condenados al fracaso, y su balance sobre el valor interpretativo del concepto delito «sui generis» no tenía más remedio que ser negativo: «En ningún caso podría proporcionar el d.s.g. un concepto valorativo practicable» (17).

La regla de la *subsidiariedad* a que acude en los casos del *error* y la *participación*, con que quiere aludir a la manera de unificar ambas problemáticas, en el sentido de señalar que no estaremos ante un delito «sui generis» en esos supuestos de error y participación cuando la imposibilidad de aplicar la norma *especial* determine automáticamente la entrada en juego del tipo básico (18); como la relación *plusminus* del *delito continuado*, según la cual habrá que admitir el delito «sui generis» cuando un tipo no pueda ser realizado como delito continuado de otros tipos próximos, y negarlo en el caso contrario (19); y la valoración de la *razón de penar* en los casos de *conurrencia de tipos privilegiados y tipos cualificados*: si el tipo cualificado es independiente, no tiene preferencia el tipo privilegiado, y para que ello ocurra es necesario que posea un contenido de injusto propio (20), son formalizaciones de las soluciones dadas por el autor a los concretos grupos de casos analizados, que no le permiten generalizaciones sobre el concepto delito «sui generis».

Pretender extraer, como hace Hassemer, del delito «sui generis» un concepto valorativo, sería lo mismo que pretender obtener un criterio interpretativo de la normativa del concurso de leyes, cuya función es muy distinta, como la del propio delito «sui generis». Ambas categorías requieren siempre la interpretación previa de los tipos de la Parte especial conforme a otros criterios: la Idea de Justicia a que, en definitiva, alude Hassemer. Por esa razón, no se puede decir que la normativa del concurso de leyes no tenga una función específica en el sistema de Derecho penal. ¡Claro que

(16) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 53.

(17) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 99.

(18) HASSEMER, *Delictum sui generis*, págs. 92-93.

(19) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 94.

(20) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 94.

la tiene!, como así mismo la tiene el delito «sui generis». Lo que ocurre es que dicha función se realiza en una fase posterior del proceso de concreción de la pena.

III

a

Antes de ocuparnos directamente de nuestra concepción del delito «sui generis», es muy conveniente hacer un excursus sobre la evolución del concepto en la doctrina alemana. En él podrá verse cómo el concepto nunca ha gozado de una configuración unitaria y bien delimitada de sus características, funciones y consecuencias. Podrá verse confirmado también nuestra tesis de que el delito «sui generis» cumple la función de delimitar una serie de puntos sobre los que el intérprete ha de pronunciarse en cada caso particular (21), radicando la importancia práctica en los efectos que se deduzcan de una interpretación u otra.

Puede decirse que se inicia en Frank, en sus Comentarios al StGB, esta evolución del concepto delito «sui generis» (22). En efecto, en el tema de la tentativa y en el apartado dedicado a los supuestos de «discutible punibilidad» (*Delicta mit bestrittener Versuchsmöglichkeit*), junto a los delitos de omisión pura, delitos de tentativa y delitos cualificados por el resultado, sitúa a los llamados delitos de preparación (*Vorbereitungsdelikte*) «cuya punibilidad comienza excepcionalmente ya con una acción preparatoria» (23). Lo que Frank hace es caracterizar a los delitos de preparación en relación con la tentativa y el desistimiento por un lado, y con el concurso por otro. Frente a una serie de autores, sostiene Frank que en estos delitos no cabe la tentativa, siendo posible, por otra parte, el desistimiento, una vez consumada la fase de preparación e iniciada la auténtica tentativa. Frank acude al «argumentum a maiori ad minus». Así mismo sostiene que estos delitos no pueden entrar en concurrencia con el delito principal (*Hauptdelikt*).

En oposición al concepto de delito de preparación está el delito «sui generis», cuya esencia consiste en que la acción está amenazada con pena no por su relación con un delito principal, o como simple forma de aparición del mismo, sino a causa de su «propio significado independiente». Para la obtención de criterios que

(21) Prueba de ello es que la doctrina más reciente, representada por HAFKE y HASSEMER, se plantea los mismos problemas, que coinciden con los que consideramos en la parte analítica de este trabajo (ver *infra* A. III. b. b'). «La prueba del delito 'sui generis'».

(22) FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed., Tübingen, 1931, págs. 92-94.

(23) FRANK, *Strafgesetzbuch*, pág. 93.

permitan establecer la línea divisoria entre un concepto y otro acude Frank a los siguientes puntos: hay que aceptar la existencia de un delito «sui generis» en aquellos casos en que el dolo no ha de extenderse más allá del tipo de delito en cuestión. Y aún incluso en los casos en que el dolo del delito en cuestión deba ser puesto en conexión con otro delito «situado» más allá del propio tipo, siempre ofrecerá la pena amenazada un importante punto de referencia, aunque no sea definitivo.

De la caracterización de Frank del delito «sui generis» se deduce una consecuencia importante, y es la de permitir con ella la no confusión entre el delito «sui generis», propiamente dicho, y el delito de *preparación*, con lo que eso significa de no conceder especial relevancia al hecho de que el legislador haya querido adelantar el momento de punición a un momento anterior a la tentativa de lesión del Bien jurídico protegido (24). Como afirma Hillebrand (25), emplea Frank el concepto delito «sui generis» allí donde la Ley ha tipificado independientemente determinadas acciones de preparación y de tentativa, para las que ha previsto su propia pena.

Como continuador de la obra de Frank aparece Sauermann, con su obra *Der Versuch als «delictum sui generis»* (26), si bien extiende el concepto, de la preparación y la tentativa, a las *formas de participación*.

El punto de partida, para Sauermann, es la distinción de Belling (27) entre *Tatbestand*, que se limita a describir el aspecto externo objetivo de una determinada clase de delitos (28) y *Erscheinungsform* (29), a la que considera una *Nebenfigur* o *modificación del tipo*. Quedando todavía una figura intermedia o *tipo dependiente* que se distingue externamente como tipo de las formas de aparición, a través de su punición independiente, pero que *naturalmente* representa el complemento de otro tipo.

A los efectos del delito «sui generis» es esta figura del *unselbständige Tatbestand* la que juega un papel fundamental, pues, dado su significado material autónomo, habría que cuestionar si es un delito consumado una vez que se hayan realizado todas sus características típicas, en cuyo caso sí estaríamos ante un delito «sui generis». Y, por eso, habría que extraer la consecuencia de la imposibilidad de estimar la relevancia del desistimiento, ya que jugaría la normativa de la tentativa de igual manera a como actúa frente a cualquier tipo autónomo (*selbständige Tatbestand*) (30).

(24) FRANK, *Strafgesetzbuch*, pág. 93.

(25) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 5.

(26) SAUERMAN, K., *Der Versuch als delictum sui generis*, Breslau, 1927.

(27) BELLING, E., *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, reed. Aalen, 1964, págs. 110-112.

(28) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 4-5.

(29) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, págs. 11-12.

(30) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 38.

Por lo que se refiere a la caracterización del concepto, y al igual que Frank, acude Sauermann a la punición del tipo en cuestión en relación con la pena correspondiente al tipo básico. Pues para él es un indicio de que estamos ante un delito «sui generis» el hecho de que la pena correspondiente al delito de tentativa o preparación sea superior a la del delito consumado. En cambio si la pena de ambos delitos es la misma, entonces habría que concluir que no estamos ante un delito «sui generis» (31), sino más bien ante una pena «sui generis», de donde se deduce que el legislador ha seguido el criterio de política criminal de equiparar las conductas de preparación, tentativa y consumación, pero nada más.

Finalmente, respecto a las *formas de participación* (inducción y complicidad), distingue Sauermann entre el abstracto *Tatbild*, como tal, y la acción de participación, subsumible de aquél. El criterio de distinción tan adecuado que se veía en la necesidad de que el dolo de tentativa tuviera que ir más allá del tipo o no para estimar el delito «sui generis», no sirve en el caso de la participación, ya que de suyo estas acciones exigen que el dolo vaya más allá, abarcando la consumación de delito por el autor principal.

Sin embargo, el criterio de la gravedad de la pena sí es relevante, pues siendo más grave la pena señalada al partícipe que la correspondiente al delito principal, ha de extraerse la consecuencia de que estamos ante un delito «sui generis» (32).

Pese a ello, el criterio más decisivo es el de la existencia o no de un tipo independiente (*selbständige Tatbestand*), frente a los tipos de tentativa y preparación, que casi siempre son *tipos dependientes*. En estos casos, estaremos ante un delito «sui generis» cuando el legislador haya configurado una conducta de participación de manera independiente. Así, pues, en los típicos casos, sobre todo en supuestos de tentativa de inducción como modalidad especial de *delito de empresa* (*Unternehmensdelikt*), en que el legislador ha configurado tipos dependientes, no se puede hablar de delito «sui generis», con la consecuencia de admitir el desistimiento y negar la posibilidad de tentativa (33).

Un paso más de la evolución del concepto delito «sui generis» es el dado por Seligmann (34), que a los casos ya estudiados de *extensión*, representados por la preparación, la tentativa y la participación, añade los *Strafänderungsfälle* (35). Por lo que se refiere a la terminología, distingue Seligmann entre *Unterdelikte* y *Eigendelikte* (o delito «sui generis») (36) entre los que estudia

(31) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 45.

(32) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 71.

(33) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 72.

(34) SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, Berlin, 1920.

(35) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, pág. 29.

(36) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, pág. 39.

casos de los delitos contra la vida y los relacionados con el robo, fundamentalmente.

Para Seligmann es muy importante el criterio de la existencia de un *doppelwertiger Tatbestand*, con lo que alude a aquellos casos que, estando tipificados con una pena propia, sin embargo, aparecen tanto como *Grunddelikte*, es decir, delito autónomo, y como forma unida a otro delito; que es lo que ocurre con muchos *delitos de peligro* en relación con el delito de lesión al que intencionadamente pueden tender (37). Ello quiere decir que aunque un determinado tipo aparezca como *Nebendlikte*, podrá ser caracterizado de delito «sui generis» siempre que proteja un Bien jurídico distinto al ya protegido en el delito principal (*Grunddelikt*). El criterio de la independencia de Bienes jurídicos protegidos es para Seligmann el único que no ofrece contradicción alguna, a diferencia de otros como el histórico, gramatical, de la conexión, de la medida de la pena, fundamento o finalidad.

El procedimiento seguido por Seligmann para derivar las consecuencias de su división entre *Unterdelikte* y *Eigendelikte* consiste en señalar, en primer lugar, una serie de características que son comunes a ambas categorías de delitos, y, a continuación, indicar las diferencias que les separan.

Entre las características comunes a ambos destaca la que hace referencia al problema concursal, ya que para Seligmann, dado el carácter de *Nebendelikte* de una y otra figura, ambos casos se hayarán siempre respecto al delito principal (*Hauptdelikt*) en una relación de *concurso de leyes*, no pudiendo encontrarse nunca en una relación de concurso ideal o real de delitos (38), extremo éste de la máxima importancia para nosotros, como más adelante se verá.

A continuación señala las diferencias entre *Unterdelikte* y *Eigendelikte*, distinguiendo según que se trate de formas típicas de preparación, tentativa y participación o casos de modificación de la pena (*Strafänderugsfälle*).

En uno y otro caso, sostiene Seligmann que si se trata de *Unterdelikte* habrá que aplicar el § 43 y el § 50, que regulaban en el Código penal del Reich toda la problemática de las llamadas «formas de extensión de la punibilidad», según las reglas dadas por la Parte general: es decir, que en los casos de preparación y participación habrá que considerar a éstos como formando ya parte de la preparación o participación del tipo principal (*Hauptdelikt*), lo que impedirá lógicamente que a la vez sean objeto de preparación o se pueda participar en estas formas de participación. Y por lo que se refiere a los *Strafänderugsfälle*, estima que normas aplicables al tipo principal, como la que sanciona

(37) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 43-44.

(38) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 47-50.

la reincidencia, también serán aplicables cuando se trate de casos de *Unterdelikte* (39).

Por el contrario, en los casos de *Eigendelikte* no habrá inconveniente en aplicar las normas extensivas de la punibilidad, si se trata de delitos de preparación y participación, como así mismo no se aplicarán normas como la de la reincidencia en los *Strafänderungsfälle* (40).

El nivel alcanzado, la precisión con que el concepto delito «sui generis» es configurado en la obra de Selgimann, habría caído en el vacío si no hubiera sido por la intervención de Nagler, que con motivo de la Ordenanza de 5 de septiembre de 1939 contra los abusos sobre el pueblo con motivo de la situación de guerra, castiga en el § 4 a quien dolosamente utilice aquella situación, valiéndose de relaciones especiales, para cometer un delito. La cuestión que se plantea Nagler (41) es ésta: ¿Ante qué estamos, ante un delito «sui generis» o ante un *caso de delito (Verbrechensfall)*?

El delito propio (*eigenständige*) o delito «sui generis» se caracteriza según Nagler en que pese a estar asemejado materialmente su tipo a otra forma de delito, formalmente, sin embargo, se ha distanciado de aquel caso normal (*Regelordnung*), excluyéndose y representándose a sí mismo con una configuración propia (42). La configuración del *eigenständige Verbrechen* puede ser hecha de tres formas: bien se hacen derivar determinados grupos de casos de la sustancia de un delito básico (*Grunddelikt*) ya desarrollado (como ocurre con las diversas modalidades del robo en el StGB), o bien se constituye una unidad con una pluralidad de tipos básicos (por ejemplo, el pillaje), o determinadas formas de aparición de un delito ya existente (preparación, tentativa y participación) se separan de aquél y aparecen autónomamente construidas.

La caracterización más importante del nuevo tipo de injusto es que, como unidad que forma, se distancia de las manifestaciones con que aparece emparentado, con las que entre en relación de *especialidad*. Las consecuencias que se derivan de esta manera de proceder de legislador (para Nagler que un caso concreto sea un delito propio o no ha de ser deducido del Derecho positivo) (43) no se hacen proceder de una consideración formal, como podría ser la ubicación sistemática del parágrafo en cuestión (Nagler concede gran importancia a este criterio sistemático para

(39) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 50-53.

(40) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 53-56.

(41) La aportación de J. NAGLER a esta materia está recogida en sus siguientes artículos: *Die Struktur des § der Verordnung gegen Volksschädlinge*, en ZAkDR, 1940, pág. 219-221; *Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation*, en ZAkDR, 1940, pág. 365-367 y *Herausgehobenes oder eigenständiges Verbrechen?*, en ZAkDR, 1940, págs 383-386.

(42) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 365.

(43) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 366.

detectar la existencia de un delito «sui generis») (44), sino que, por el contrario, a la distinción tipo básico-tipo autónomo corresponde siempre una valoración material, acuñada muchas veces por la propia sensibilidad del pueblo que ha sentido la distinción desde hace mucho tiempo, en materias como el robo respecto al hurto o la apropiación indebida (45). Así, pues, la oposición entre delito propio (*eigenständiger Verbrechen*) y caso (*unselbständiger Verbrechenfall*) ha de ser hallada, según Nagler (46), en la configuración de la nueva formación, en base a una síntesis de valor; y la continuidad, como una simple variación de valor.

Por lo que se refiere a la caracterización del concepto delito «sui generis», acude Nagler a una pluralidad de criterios (47) entre los que se encuentran: la situación en el seno de la Parte especial del StGB, la peculiaridad del objeto de ataque o la forma del mismo; como así mismo, la medida de la sanción (tan relevante desde Frank). En cualquier caso, siempre será necesario tener en cuenta la voluntad del legislador, pues, como ya hemos dicho, el delito «sui generis» es para Nagler una creación del Derecho positivo, y nunca de la voluntad subjetiva del intérprete, cuya intuición no tiene por qué convencer.

De lo acabado de exponer extrae Nagler (48) la siguiente conclusión: en los casos en que se vea claramente que la nueva figura infringe una nueva norma, que quizá se corte con otra ya existente, con la que se corresponde en parte, no hay inconveniente en apreciar delito «sui generis». En otro caso siempre habrá que suponer que estamos ante una simple modificación, pues el delito propio tiene el carácter de ser una excepción.

Con Nagler puede decirse que finaliza la primera fase de elaboración del concepto delito «sui generis». Fase marcada por el esfuerzo de la doctrina en configurar y caracterizar de una manera precisa los casos de delito «sui generis», como la manera de detectar tal figura en oposición a las simples formas calificadas; y, sobre todo, determinar los puntos donde la calificación delito «sui generis» está llamada a producir efectos especiales, como así mismo, el alcance de éstos.

Expuesta pues, en líneas generales, esta primera fase de la evolución, hemos de entrar en consideración de la segunda, caracterizada fundamentalmente por una revisión continua del concepto en cada uno de sus extremos, con un profundo sentido crítico, que hace poner muy seriamente en duda la validez de este concepto.

Para W. Heil, dos son los campos donde encontrar el criterio que nos permita estimar la concurrencia de un delito «sui gene-

(44) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 367.

(45) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 365.

(46) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 366.

(47) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 367.

(48) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 367.

ris», y son el del Bien jurídico protegido y el de la formación de los tipos: la esencia, características y variaciones de un tipo han de ser determinadas en base a la función de protección del Bien jurídico propio. Variaciones típicas que poseen la misma función de protección, es decir, el mismo Bien jurídico protegido, serán sólo variaciones privilegiadas o cualificadas del tipo básico. Variaciones típicas con distinta función de protección son verdaderos delitos autónomos (*selbständiger Straftaten*), es decir, delitos «sui generis» (49). Con la referencia a la formación de los tipos quiere decirse que la delimitación obtenida con la alusión al Bien jurídico protegido puede ampliarse de la siguiente manera: el nuevo tipo construido, o bien contiene un Bien jurídico distinto al protegido por el tipo básico, o bien añade al Bien jurídico protegido en el tipo básico uno nuevo (50).

Mayor importancia concede Heil a las consecuencias a derivar del concepto delito «sui generis» en lo que se refiere al § 50, II StGB, que modifica la accesoriedad de la participación, el error sobre las circunstancias constitutivas del delito «sui generis», las relaciones concursales con el tipo básico, la aplicación de las normas que completan el tipo básico, y en relación con la clasificación de los delitos en base al § 1 StGB.

Por lo que se refiere al § 50, II StGB que rompe la accesoriedad de la participación, en el sentido de que las características personales que modifican la penalidad sólo se aplicarán a aquel partícipe en el que concurren, y en base al criterio material del que Heil parte para estimar que estamos ante un delito «sui generis», sostiene que se aplicará aquel parágrafo a delitos como el *infanticidio*, ya que éste no protege un Bien jurídico nuevo distinto al *homicidio*, conteniendo solamente una circunstancia modificativa referente a la culpabilidad de la madre. Mientras que quienes parten del carácter de delito «sui generis» del *infanticidio* se han de ver en la necesidad de no aplicar dicho parágrafo (51). Algo parecido ocurre con el error, pues las circunstancias constitutivas del delito «sui generis», al tipificar el injusto, habrán de ser sometidas al mismo tratamiento de todas las circunstancias a que se refiere el § 59 StGB, que regula el error sobre el tipo (*Tatbestandirrtum*) (52).

En materia concursal, distingue Heil según que el nuevo delito proteja un nuevo Bien jurídico, o que solamente complete el anterior. En el primer caso habrá que acudir a la normativa del concurso ideal de delitos, en el segundo bastará con la norma de la especialidad. Finalmente, sostiene que no cabe estimar delito continuado entre el tipo básico y el delito «sui generis» (53).

(49) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 47.

(50) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 53.

(51) HEIL, *Delicta sui generis*, págs. 76-79.

(52) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 85.

(53) HEIL, *Delicta sui generis*, págs. 57-98.

En cambio, por lo que se refiere a las normas que completan el tipo básico (reincidencia), no es partidario, a diferencia de Seligmann y Nagler, de una exclusión «a priori»; por el contrario, es necesario un examen de las particularidades de cada caso (54). A los efectos de la clasificación del § 1 StGB también habrá que considerar autónomamente las figuras de delito «sui generis», al igual que ocurre con otros tipos cualificados y privilegiados (55).

Sigloch (56) parte de dos presupuestos, que son: el rechazo de la tradición que arranca de Sauer mann, según la cual hay que prestar atención a la medida de la pena; ya que a los efectos del § 1 StGB tan delito es la forma cualificada no autónoma de un delito básico como el propio delito «sui generis», con las consiguientes consecuencias que se derivan de la calificación de delito conforme al § 1 StGB de alguno de los tipos de la Parte especial. Así pues, para Sigloch, dependiendo la producción de esos efectos jurídicos de la calificación «formal» de delito conforme al § 1 del StGB, no podrá distinguirse en base a la medida de la pena si estamos ante un delito «sui generis» o ante una simple forma cualificada (pues podríamos estar ante esta figura y no obstante se producirían los efectos que en principio querían caracterizar al delito «sui generis») (57).

Por esa razón, estima Sigloch que no hay que atender a las consecuencias jurídicas (*Strafandrohung*), sino a sus presupuestos (*Strafsatzung*) (58); según lo cual, la diferencia entre una forma de aparición (*Erscheinungsform*) y un delito «sui generis» estará en su «voluntad de ser independiente», al margen de que vaya acompañado de una sanción autónoma o no. Por eso las formas de aparición con sanción independiente no dejan de ser tales, siendo de tener en cuenta su independencia sólo a los efectos de la medida de la pena, y nada más (59).

Para Sigloch, un criterio material de distinción sólo puede proporcionarlo la dependencia en la descripción del tipo: «La configuración "quien mediante... (medio)... prepara" o "el funcionario que... permite" (dudoso en cambio: "quien con la finalidad de... un delito..."). Independiente y completo es por el contrario un delito cuya descripción no permite reconocer conexión alguna con otra norma, aunque a través de su contenido o tendencia descrita coincida más o menos verbalmente con la descripción de otra norma» (60). Pero, como el mismo Sigloch reconoce, se trata de un criterio sin valor absoluto, siendo las fronteras con las formas de calificación muy flexibles.

El punto de partida de Maurach en los *Materialien* para la

(54) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 102.

(55) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 103.

(56) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 162.

(57) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 164.

(58) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 164.

(59) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 167.

(60) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 169.

Reforma del StGB, es muy simple. El legislador es muy libre si, en la configuración de los diversos tipos de la Parte especial del Código, se decide por una forma no independizada del tipo; o si, por el contrario, prefiere la figura del delito «sui generis». Por otra parte, una vez que se ha decidido por una de las formas a su disposición, los efectos que se derivan de su decisión, delito «sui generis» —forma cualificada, se producen automáticamente, sin que aquél pueda preveer todos los efectos producidos por su decisión: «Además, el legislador es soberano si quiere comprender la forma derivada del tipo básico como modificación dependiente o como delito propio. En cambio, una vez que se ha decidido por una u otra forma, las consecuencias prácticas que se produzcan no caen bajo su dominio» (61). «La diferencia entre forma modificada y delito propio ha de buscarse siempre sobre la base del Derecho positivo» (62).

Las razones que llevan al autor de la ley a una solución u otra pueden ser diversas, resaltando la que se refiere a la economía legislativa de no tener que repetir varias veces el núcleo de un delito, o estilística, en el mismo sentido, para evitar dificultades de interpretación. Por otra parte, las razones de Política criminal pueden jugar también un papel importante según que se quieran conseguir los efectos propios del delito especial o los de la forma derivada (*unselbständige Abwandlung*). Como ya estimase Nagler, en caso de duda habrá que pensar que estamos ante una forma derivada y no ante un delito «sui generis» (63).

Por lo que se refiere a la configuración del delito «sui generis», afirma Maurach: «En particular, es una cuestión de interpretación si estamos ante un delito propio o ante una forma derivada». Así por ejemplo en los delitos de funcionario (*Amtsverbrechen*): «Contra la naturaleza del delito impropio de funcionario como simple forma modificada, está la circunstancia de que en él han de ser protegidos dos Bienes jurídicos: de una parte el protegido en el delito común; y además, al igual que el propio delito de funcionario, el Bien jurídico especial de la confianza en la pureza de la función pública» (64).

Una vez que el intérprete ha detectado que el legislador ha querido crear una forma derivada o un delito «sui generis», se van a derivar una serie de consecuencias de su calificación. Ciertamente que el legislador es soberano de modificar ocasionalmente la consecuencia que habría de derivarse: «Naturalmente que a éste (el legislador) nadie le impide determinar una norma para el caso concreto» (65). «Contra semejantes decisiones hay que poner sobreaviso...», pues el abuso de esta técnica llevaría a una inevitable complicación del sistema, ya que el legislador no

(61) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 249.

(62) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 250.

(63) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 250.

(64) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 251.

(65) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 252.

podrá pensar todas las soluciones a las posibles dudas que se derivarían de esta manera de proceder. La mejor forma de evitar semejante complicación estaría en que ya la determinación de la sanción penal permitiera detectar al intérprete de una manera clara si se encuentra ante un delito «sui generis» o ante una forma derivada.

Como muestra de las muchas consecuencias que Maurach deriva de una u otra calificación, seleccionamos el apartado que dedica a la problemática concursal, es decir, aquellos casos en que se encuentran circunstancias típicas de carácter privilegiado y cualificado. En este caso, distingue Maurach de la siguiente forma, según que se trate de una modificación del tipo o de un delito propio (*eigenständige Verbrechen*): a) si se trata de una modificación del tipo hay que considerar, si la consecuencia jurídica (*Rechtsfolge*) del tipo privilegiado y la del tipo cualificado se excluyen mutuamente, entonces sólo se aplicará el tipo privilegiado (*Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes*). De manera contraria, si las consecuencias del tipo privilegiado y del tipo cualificado no se excluyen, sino que se corresponden y compensan, entonces se aplicarán ambas; b) si por el contrario se trata de un delito propio, no se podrá acudir a la solución anterior, ya que entonces juega la regla de la *exclusiva alternatividad*, es decir, sólo se aplica uno de los tipos, aunque éste no siempre sea fácil de determinar en el caso en cuestión (66).

Hillebrand, del que ya conocemos su faceta de apologista del concepto delito «sui generis» (67), parte del criterio teleológico del Bien jurídico protegido para la caracterización del «delictum sui generis», que aplica al delito de *apropiación indebida en el desempeño del cargo* del § 350 StGB, en relación con la forma simple del § 246 (68). Y más adelante añade con toda claridad: «Considero un criterio absoluto del "delictum sui generis" la novedad del Bien jurídico protegido» (69).

Sin embargo, añade esta afirmación: «La regla, sin embargo no es válida a la inversa: un tipo secundario puede ser un delito "sui generis", pese a la identidad de Bienes jurídicos protegidos de uno y otro delito». Y cita como ejemplo al *infanticidio*.

A continuación, trata de proporcionar indicios sobre varios grupos de delitos: así para los delitos de dos actos sostiene que el acto preparatorio habrá de tener influencia sobre la medida de la pena, sin que ello sea razón suficiente para estimar delito «sui generis». Sin embargo, habrá que llegar a la solución contraria en los casos «... donde el objeto del acto preparatorio ya es objeto de ataque en otro tipo. Aquí estamos próximos a la suposición de que si el motivo que se cuestiona está en condiciones de fundamentar

(66) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 255.

(67) Ver *supra*, II. «¿Delito 'sui generis' o Jurisprudencia de conceptos?».

(68) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 166.

(69) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 168.

la pena, debe ser jurídicamente capaz de *modificarla*. Por eso protege el § 253, junto al patrimonio, el Bien jurídico de la libertad, protegido en el § 240, porque con la misma finalidad aparece en el robo, junto a la propiedad y la posesión, como tercer objeto de ataque» (70).

Por lo que se refiere a las acciones de preparación y tentativa, concede una gran importancia a la medida de la pena, lo que apoyándose en Frank y Sauermann, le lleva a decir: «La tentativa aparente debe ser de hecho un "delictum sui generis"» (71). Sin embargo, el criterio definitivo seguirá siendo la existencia de una determinada tendencia, que Hillebrand pone siempre en conexión con el Bien jurídico: «La ausencia de una tendencia proyectada más allá de la propia acción preparatoria o de tentativa obliga a interpretar que estamos ante un "delictum sui generis"». «Un tipo secundario (*Nebentypus*) que contenga como característica típica la intención de lesionar otro Bien jurídico, distinto al protegido en ese tipo objetivo, hace suponer que el tipo secundario posee un segundo Bien jurídico, junto al Bien jurídico del tipo básico. En este sentido se manifiesta la tendencia interna proyectada como un criterio positivo de diferenciación» (72).

En los supuestos de la tentativa sostiene: «Una acción de participación, para la que hay prevista una pena, que ha roto su conexión con el tipo básico, de tal manera que su punición no esté ya condicionada por la de aquél, punible aunque, no lo sea la conducta del autor principal, semejante conducta de participación produce la apariencia de que no estamos ante una acción de participación, sino por el contrario ante un hecho principal, que posee una finalidad distinta a la del tipo básico. Por eso, el celestinaje, por ejemplo, es un delito propio, como el cohecho activo del § 333» (73).

Finalmente, por lo que se refiere a las causas de modificación de la penalidad (*Strafänderungsgründe*), se limita a estimar que la ubicación sistemática de un determinado tipo en la Parte especial del Código no es criterio seguro para pronunciarse sobre su dependencia o independencia.

A continuación se dedica a analizar otra serie de criterios, de cuya resulta son de destacar dos puntos. Uno de ellos, en relación con el parágrafo 50, II del StGB, es llegar a la conclusión de que parágrafos como el anterior tienen la función de permitir reconocer que estamos ante un delito «sui generis» (74), es decir, no se trata de estimar que un delito es autónomo, para decidir que el citado parágrafo se aplica o no, sino que, por el contrario, que a un determinado tipo se le puede aplicar la caracterización de

(70) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 169.

(71) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 170.

(72) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, págs. 170-171.

(73) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 171.

(74) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 179.

delito «sui generis» si después de interpretar su contenido llegamos a la conclusión de que se ha de aplicar la disposición contenida en el § 50, II StGB.

En conexión con el punto anterior está la indecisión de establecer un criterio que con carácter general nos permita estimar la presencia de un delito «sui generis». En relación con las causas de disminución de la culpabilidad, afirma: «Hay que tener en cuenta que en los supuestos de circunstancias atenuatorias de la punibilidad independientemente tipificadas, especialmente las causas atenuatorias de la culpabilidad, como los §§ 216, 217, 218 I, 248 a, 246 a, ha sido planteada por la doctrina la cuestión sobre el "delictum sui generis". Si de aquí se puede derivar una regla, no lo tengo yo por definitivo» (75).

En la tercera parte de su Tesis doctoral (76), procede Richter a la crítica del concepto delito «sui generis», cuyas características expone en los capítulos anteriores. El punto de partida de Richter para detectar que estamos ante un delito «sui generis» es la voluntad del legislador, para lo cual se remite a Nagler, que como hemos visto propugna ese punto de partida. En este sentido pone de relieve Richter cómo frente a la voluntad del legislador, plasmada unas veces en los trabajos preparatorios y otras no, interviene siempre con posterioridad el intérprete, que va a proceder a la calificación del delito de una manera o de otra, conforme a criterios que él se proporciona, y sin que pueda acudir a un criterio estricto en la voluntad del legislador. Ello le lleva a la conclusión de que la voluntad del legislador no es un criterio unívoco que permita resolver nuestro problema (77).

Tras poner de manifiesto la dificultad de encontrar en la voluntad del legislador el criterio definitivo que nos permita detectar el delito «sui generis», acude Richter, siguiendo también a Nagler, a la labor de la Jurisprudencia: «Dentro de la función de ordenación de la Jurisprudencia se encuentra la formación de conceptos y del sistema, y nada debe objetarse a Nagler si atribuye a la teoría del "delictum sui generis" una función que persigue dinámicamente una finalidad práctica» (78). Richter no duda que la problemática del delito «sui generis», en su formulación y solución, sea tarea del intérprete: «Frente a esto, hay que sostener que la caracterización del tipo como *proprio*, no expresa más que la independencia del tipo en cuestión de algo distinto, o sea, otro tipo del Código penal. El concepto jurídico "delictum sui generis" sólo permite una relación, describir la relación de determinados tipos con otros. Esto ha sido siempre expresado claramente por los partidarios de la teoría, cuando muchas veces los tipos son llamados simplemente "delicta sui generis", sin indicar

(75) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 174.

(76) RICHTER, *Delictum sui generis*, págs. 52-75.

(77) RICHTER, *Delictum sui generis*, págs. 58-59.

(78) RICHTER, *Delictum sui generis*, pág. 59.

al mismo tiempo con cuáles otros tipos ha de existir esta relación de autonomía» (79). Muy al contrario, lo que Richter hace es cuestionarse la validez del concepto, tal como lo concibe la doctrina, y como veíamos en el apartado II, de proceder a la calificación de delito «sui generis» o de *Verbrechensfall*, y hacer derivar de esa calificación «a priori» una serie de consecuencias, automáticamente, sin plantearse lo adecuado de la extensión de una consecuencia semejante.

Richter no duda que la interpretación en concreto de un tipo puede arrojar el resultado de la *independencia* respecto a otro con el que aparece emparentado, en todos y cada uno de los extremos en que la doctrina hace producir determinados efectos a la calificación de delito «sui generis» (80). Lo que rechaza Richter es el empleo de un método interpretativo conceptual, en lugar de otro basado en la interpretación del tipo en cuestión, y hacer nacer una serie de consecuencias de la *independencia* declarada conforme a dicha rechazable interpretación: «El trabajo de interpretación exigido sobre el tipo en particular va a ser desplazado, imposibilitado, sustituido por un procedimiento inverso (*Inversionsverfahren*); en lugar de una interpretación del tipo de sentido se emplea un método de interpretación jurídico-conceptual, que hace derivar una decisión sumaria para todas las cuestiones particulares en el sentido de la autonomía».

Hassemer, en su ya citada monografía, comienza exponiendo una serie de casos en los que se ha planteado por la doctrina con todo rigor la problemática del delito «sui generis». Los casos presentados por Hassemer son los siguientes: 1. «¿Estamos ante una tentativa de robo si de una acción continuada de apoderamiento solamente se han realizado los primeros actos y lo robado hasta entonces no ha superado el marco del § 370 apartado I, núm. 5 StGB?». La cuestión está en que, mientras Rudolf Schmitt estima que la decisión ha de ser negativa, ya que el § 370 apartado I núm. 5 StGB (81) es un delito «sui generis», de tal manera que su consumación no puede ser a su vez la tentativa de un robo. Sin embargo, para A. Mayer hay que dudar del carácter de delito «sui generis» de esta figura, que representa más bien una diferencia *cuantitativa* que *cualitativa* respecto al robo-tipo básico, siendo la solución contraria la correcta en este caso.

2. El segundo caso está representado por el § 216 StGB, que castiga el homicidio a petición de la propia víctima (*Tötung auf Verlangen*) en relación con el asesinato (parágrafo 211) y con la

(79) RICHTER, *Delictum sui generis*, págs. 59-60.

(80) RICHTER, *Delictum sui generis*, pág. 74.

(81) El § 370, 1, 5, de la antigua redacción decía: «Con multa de hasta quinientos marcos o con pena de privación de libertad de hasta seis semanas será castigado:

5. Quien se apodere o se apropie de alimentos u otros objetos de uso casero, en pequeñas cantidades o de escaso valor, para su consumo inmediato». HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 1.

problemática de la participación «Que el § 216 predomina es mayoritariamente aceptado por partidarios y enemigos de la autonomía. Por contra para Eberhard Schmidt es esa autonomía motivo para que el § 211 predomine. También la problemática de la participación lleva a partidarios y enemigos de la autonomía del § 216 a resultados diversos. Quien tiene al § 216 por autónomo debe castigar al partícipe también accesoriamente, según ese parágrafo; quien no considere al § 216 como d.s.g. debe atender sólo al motivo de punición del partícipe. Schönke-Schröder por ejemplo rechazan que la respuesta a esta cuestión esté subordinada a la dependencia del § 216; según ellos, el partícipe ha de ser castigado accesoriamente conforme al § 216, porque esta norma no puede ser considerada como un simple privilegio de la culpabilidad» (82).

3. Finalmente, el parágrafo 331 plantea un problema típico del tema delito «sui generis», en materia de delito continuado y de error. «La tercera norma en que el empleo del d.s.g. puede mostrarse como ejemplo es el § 331 StGB. Aquí aparece como consecuencia de la naturaleza especial que un nexo de continuidad entre los § 331 y 332 no debe ser posible. Con ello se quiere decir que las dos normas se excluyen mutuamente a causa de sus presupuestos contradictorios, en relación con el ejercicio del cargo conforme a Derecho; de ahí que ambos preceptos tengan contenidos de injusto diversos. En el § 331 juega también un papel la cuestión de la calificación d.s.g. Así, reprochan Schönke-Schröder a los representantes de la autonomía la inconsecuencia de aplicar a pesar de todo el § 331 StGB si al autor le falta el saber sobre las circunstancias fundamentadoras de la contrariedad al deber de la acción del funcionario. Baldus fundamenta este resultado sobre la incompleta oposición de estos dos tipos, y Mezger-Blei no quieren hacer depender esta cuestión de la problemática d.s.g.; teniendo mucho mejor por decisivo que el funcionario se haya dejado pagar por un acto de su cargo, lo que realiza el tipo del § 331» (83).

Seguidamente expondremos la manera como Hassemer ha formalizado el problema en cuestión y las soluciones por él propuestas. En dicha exposición podrá verse cómo, consciente o inconscientemente, todos los problemas en cuestión se presentan en última instancia como un tema concursal. Cuestión concursal que Hassemer va a resolver siempre conforme a la normativa del concurso ideal de delitos en aquellos casos en que estima el delito «sui generis». Para Hassemer se da siempre una conexión directa entre delito «sui generis» y concurso ideal de delitos.

Comencemos por el supuesto del § 216 StGB. Por lo que se refiere a la participación en este delito estima Hassemer «A aquél que toma parte en un homicidio sin haber sido determinado me-

(82) HASSEMER, *Delictum sui generis*, págs. 3-4.

(83) HASSEMER, *Delictum sui generis*, págs. 4-5.

dianete la petición de la víctima se le aplicará la descripción del § 212. En este terreno, la realización de un delito no depende simplemente de la preexistencia de los elementos personales especiales del § 216 StGB. Por el contrario, existe un tipo más amplio para abarcar la punibilidad del partícipe que actúa sin reunir los caracteres personales del § 216 StGB. El apartado III y no el II del § 50 StGB, en el marco del § 216 ha de ser aplicado» (84). Es decir, a los efectos de la participación, el parágrafo 216 no es un delito «sui generis» respecto al § 212, ya que el partícipe responde directamente en base al parágrafo 212, no formalizándose un problema a resolver conforme a la norma del concurso ideal. De ahí concluye Hassemer: «Un delito autónomo ha de hallarse tan distanciado de los delitos con que aparece emparentado que el partícipe que no posee los elementos personales exigidos no pueda a su vez realizar ningún otro tipo, a parte de lo que se refiera a los párrafos 48, apartado II, 49 apartado II y 50 apartado III del StGB» (85).

Lo mismo ocurre con la relación entre el parágrafo 216 y el parágrafo 211, es decir, la relación *calificación-privilegio*. La solución de este problema dependerá de la relación en que se encuentren los tipos en cuestión. Hassemer desea partir de la base de que la razón de penar del *privilegio* predomina sobre el tipo básico y sobre las formas cualificadas: «En relación con el tipo básico, el privilegio excluye la ratio penal del tipo más genérico y estricto» (86). La consecuencia a extraer de esta premisa es evidente: «Si eso es así, entonces el privilegio del § 216 corresponde también al asesinato. Porque la muerte a petición ha sido recogida como medida de la pena frente al ocasionamiento de la muerte por otros motivos; y también el § 211, a pesar de sus modificaciones, representa esa producción de la muerte, persistiendo el predominio del § 216 StGB» (87). La conclusión a los efectos del delito «sui generis» coincide prácticamente con la del caso anterior: «La cualificación es, según la conexión anterior, autónoma si no es anulada por el privilegio, porque entonces dispone de un contenido de injusto propio. Al revés: es un delito autónomo en este sentido, entonces no se le superpondrá un delito de los emparentados que contenga un privilegio» (88). O dicho de otra manera: la cualificación es autónoma cuando la correcta medición de la pena en el caso concreto exige recurrir a

(84) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 61.

(85) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 62. Parágrafo 50, III, StGB, redacción antigua: «Los elementos personales que, según determina la ley, disminuyen o excluyen la pena, sólo tendrán validez para el autor o partícipe en quien concurren».

(86) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 65. El § 216 del StGB recoge una figura *semejante* a nuestro *homicidio-suicidio*, y el § 211 es el equivalente a nuestro *asesinato*.

(87) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 66.

(88) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 67.

la señalada en la cualificación y en el tipo básico, ya que realiza el contenido de injusto de ambos tipos, es decir, hay que recurrir a la normativa del concurso ideal de delitos. En el caso contrario, en el que hay que recurrir al concurso aparente de normas, no estaremos ante un delito autónomo, «sui generis». Conclusión: «Para la problemática en concreto, significa eso que la autonomía del § 216 no interesa; sí, en cambio, la del § 211. Según la consideración que hemos hecho llegamos al resultado de que en el sentido de esta problemática el § 211 ha de ser considerado no autónomo».

Veamos a continuación los casos relacionados con el *delito continuado*. El punto de partida es la búsqueda de un criterio distinto al del tiempo en la estimación del delito continuado. Un criterio que se base en la Idea de Justicia, y no sólo en una cuestión de oportunidad en virtud de las dificultades probatorias. Ese criterio ha de estar en la *unidad del injusto realizado* («*Einheit des objektiven Handlungsunrecht*») (89), de tal manera que esa acción continuada en el tiempo no determine la realización de un nuevo injusto: «La autorización para ello no ha de ser vista en cualquier igualdad, sino en que el tipo que no va a ser considerado, en relación con el desarrollado en la unidad de acción, no añade ningún injusto nuevo» (90). Es decir, decidirse por el delito continuado es decidirse por el concurso aparente de normas, estando condicionada esa decisión por la misma razón que lo están otras modalidades del concurso de leyes, o sea, el contenido de injusto del tipo en cuestión. Si de la interpretación del tipo se deriva que los diversos ataques realizados no rompen la unidad representada por aquél, no habrá inconveniente en estimar el delito continuado, en caso contrario sí, y estaremos ante un concurso ideal o real de delitos. El delito continuado es uno de los grandes catalizadores para detectar la autonomía o dependencia de un tipo respecto a otro, ya que quien admita la posibilidad del delito continuado no tendrá más remedio que estimar la existencia de una forma dependiente, y quien no lo acepte tendrá que concluir la presencia de un delito autónomo: «Por ejemplo Schönke-Schröder suponen el concurso de leyes, en cuanto parten de la no autonomía del § 332 StGB, mientras que los defensores de la autonomía de los §§ 331 y 332 deben estimar concurso ideal» (91). O, como conclusión propia, unas líneas más abajo: «Hay que suponer un d.s.g. si el tipo en cuestión no puede ser realizado continuamente con aquéllos junto a los que aparece emparentado» (92). O en terminología concursal: «Como se puso de manifiesto arriba, hay que suponer un delito no autónomo, y con ello la igualdad de los tipos y la posibilidad del delito conti-

(89) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 73.

(90) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 74.

(91) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 75.

(92) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 78.

nuado, cuando los tipos en cuestión no concurren en el sentido de los §§ 73 y 74 StGB» (93).

Finalmente, el tema del error. El párrafo 332 del StGB se diferencia del 331 en que, mientras aquél cohecho incorpora la existencia de una acción contraria al deber de funcionario, éste sólo incorpora el injusto de recibir regalo o alguna ventaja en relación con una actuación propia de su cargo. Piénsese en el supuesto del funcionario que lleva a cabo una acción contraria al cargo en la creencia de que no lo es, al objeto de obtener una ventaja o regalo. ¿Puede decirse que se ha realizado el injusto del cohecho simple del párrafo 331 StGB? Continuando con nuestra argumentación sobre el delito «sui generis», en el caso de que se estimara que el § 332 es un delito autónomo (respecto del § 331) se podría deducir que su ejecución no incorpora también el injusto del párrafo 331.

Frente a ello pretende Hassemer partir de otro criterio: «Siempre se trata, en definitiva, sólo del ámbito del § 331 StGB; de si una conducta determinada que puede ser considerada como cohecho para un acto administrativo injusto cae también bajo el § 331 StGB. No es la relación de los tipos entre sí, sino el campo de aplicación de un determinado delito lo que se cuestiona» (94). De lo que se trata es de obtener la solución más justa.

Desde el punto de vista de la «Justicia material» parece absurdo que en un caso como el expuesto no se pueda castigar al funcionario en base a ninguna de las modalidades del cohecho: «Sería absurdo rechazar la realización del tipo objetivo del § 331 StGB en un autor que se deja sobornar para un acto injusto, y no se le hace responder tampoco por el cohecho simple consumado» (95). De todas formas, existe el problema dogmático de la posibilidad de subsumir el supuesto en cuestión en el tipo del párrafo 331: «A pesar de todo, la cuestión dogmáticamente decisiva es si la conducta de semejante autor es subsumible bajo el § 331 StGB. Si se parte del tenor literal, entonces no cabe duda alguna sobre la negación de esta pregunta. El carácter típico "acción no antijurídica en sí" no se da, porque se ha actuado realmente de manera contraria a deber» (96). Sin embargo, no se debe atender al *Wortlaut* aisladamente. Muy al contrario, hay que preguntar por el sentido de la norma, que sí nos permitirá la deseada subsunción: «Si se parte de este sentido del elemento típico en cuestión, entonces la subsunción no sólo es posible, sino que además la exige: el § 331 StGB sólo sería inaplicable si la punición por el más severo de los cohechos fuera posible. Si no existe el cohecho grave por ausencia del tipo sub-

(93) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 83. Los §§ 73 y 74 de la antigua redacción del StGB regulaban el *concurso ideal y real de delitos*.

(94) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 84.

(95) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 85.

(96) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 86.

jetivo o del objetivo, entonces no es anulado el § 331 StGB. El autor en cuestión ha de ser castigado entonces conforme al cohecho simple».

La conclusión a derivar sobre el concepto delito «sui generis» es la misma que en los casos anteriores. Si el conflicto entre los dos tipos puede ser resuelto en base al concurso de leyes, y no es necesario acudir al concurso ideal de delitos, no estaremos ante un delito «sui generis». O cuando la no aplicación de un precepto, no impide la posibilidad de recurrir a otro respecto del que se encuentra en relación de especialidad, como ocurre aquí. Así pues, el § 332 no es un delito «sui generis» respecto al parágrafo 331: «Si estamos ante un d.s.g., no se aplicará el tipo cualificado si un tipo especial emparentado no se realiza a causa de la insuficiencia del dolo del autor. Por contra, en caso de la no autonomía del delito especial se realiza el más genérico, en semejante constelación de casos. El § 332 no es en este sentido un tipo autónomo» (97).

b

a'

Como decíamos en la Introducción, bajo la calificación delito «sui generis» se produce siempre una tensión entre dos tipos de la Parte especial del Código (excepcionalmente uno de los tipos puede encontrarse en la Parte general). Dicha tensión da lugar a la necesidad de tener en cuenta al otro tipo en la interpretación de uno de los términos de la relación. Elemento necesario en la interpretación del tipo especial es el tipo básico. Ello quiere decir que éste limita, condiciona y posibilita la interpretación de aquél. Los resultados que se pueden obtener de unos tipos así concebidos son excelentes.

Los criterios proporcionados por la Teoría general del Derecho para la interpretación de las normas jurídicas (gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico) se revelan insuficientes (98). Su procedencia del positivismo (Savigny), que concibe el Ordenamiento jurídico como un todo cerrado y autosuficiente, y la ausencia de un criterio jerárquico de aplicación de los mismos, son sólo algunos indicios de su insuficiencia. En el fondo late un problema más importante: el de la necesidad de concebir el Ordena-

(97) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 87.

(98) Véase MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 2.^a ed., Berlín, 1976, págs. 56-72, donde puede encontrarse una exposición crítica del positivismo jurídico desde el punto de vista de la llamada *Rechtstheorie*, que agrupa en Alemania a los partidarios de la superación del positivismo mediante la aplicación de criterios de hermenéutica en la interpretación de la norma jurídica. Aunque la *Methodik* de MÜLLER está proyectada al Derecho estatal, sus presupuestos son válidos para cualquier otra rama del Derecho.

miento jurídico de manera distinta a la realizada hasta ahora. El Ordenamiento jurídico ha de ser entendido como un sistema *abierto* de normas, queriendo expresar con ello la realidad de que el legislador no ha previsto la *complejidad* del conjunto de normas creadas por él. Las consecuencias que se derivan son importantes, destacando las que afectan a la labor del intérprete. El intérprete y el Juez no *aplican* la norma al caso concreto, sino que la concretizan (99). La labor de *hermenéutica* realizada por el intérprete es más amplia que la simple aplicación, ya que su concreción llena de *contenido de sentido* lo que en la formulación legal era equívoco o susceptible de diferentes interpretaciones (100).

En el marco de esta concepción de la labor del intérprete la relación delito «sui generis» juega un papel de ayuda fundamental. Papel al que alude, quizá inconscientemente, la doctrina sobre el delito «sui generis» con la relevancia concedida al *criterio teleológico* en la interpretación de aquél. En efecto, si el intérprete se pregunta por el «telos», por la finalidad perseguida por la ley en la tipificación específica de «algo» que ya ha previsto con carácter general, es porque intuye que en la averiguación de la finalidad perseguida por el legislador en la tipificación del delito-base va a encontrar alguna razón que le permita encontrar la razón de punir el tipo especial. Y viceversa, con la pregunta sobre el «telos» del delito especial. El resultado interpretativo a que llegue en un caso servirá para el otro, facilitando la labor del intérprete, al proporcionarle más puntos de apoyo de lo que ocurre en un supuesto normal. La labor a realizar por el Juez penal es la de aplicar la pena adecuada al caso concreto sobre el que ha de recaer su juicio. En esta labor, el Juez ha de encontrar entre los delitos de la Parte especial del Código el tipo que más se adecúe al caso enjuiciado. La idea que le servirá de guía en su labor es la de Justicia material, a cuya finalidad va encaminada su función de aplicación del Derecho. Esa *Idea* y la configuración que de los hechos concretos se haya hecho, condicionarán su tarea de buscar en la Parte especial del CP el tipo penal a aplicar constituyendo ese conglomerado un *prejuicio* (*Vorverständnis*) que determinará la búsqueda del precepto adecuado (101).

(99) Cuando hablamos de «concretar» en lugar de «aplicar», estamos entendiendo por aplicación del Derecho la tarea que el positivismo jurídico asigna al intérprete de *subsumir* el supuesto de hecho en la norma jurídica como procedimiento rígido y automático en que el «elemento fáctico» no condiciona de ninguna manera la interpretación de la norma. Es sintomático que una Metodología tan reciente y tan clásica como la de FIKENTSCHER, pese a sus reservas frente al método hermenéutico, tenga que dedicarle a los partidarios de la *Rechtstheorie* la mayor parte del capítulo donde se ocupa de la *aplicación del Derecho*. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts, III. Mitteleuropäischer Rechtskreis*, Tübingen, 1976, págs. 736-760.

(100) ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, pág. 8.

(101) ESSER, *Vorverständnis*, pág. 10; MÜLLER, *Methodik*, pág. 71. La vaguedad e imprecisión que estos autores atribuyen a los conceptos jurídicos.

Es entonces cuando, al llegar a plantearse el problema del delito «sui generis», tendrá que analizar el intérprete las consecuencias que se derivan de tal entendimiento del problema. Veamos cómo se desarrolla este proceso en algunos ejemplos:

1) A, funcionario, acepta la dádiva ofrecida por B, particular, que tiene pendiente con aquél la adjudicación de unos terrenos para la construcción de viviendas de protección oficial. A' es consciente de que su conducta no sólo le está prohibida como funcionario, constituyendo el delito de cohecho, sino que además dicho comportamiento es a su vez un delito de estafa respecto a los demás licitadores del concurso. En realidad se trata de un simple acto administrativo de decisión que sólo da lugar a un injusto administrativo.

En este supuesto, ¿ante qué estamos? ¿Ante una tentativa de la forma más grave del cohecho del artículo 385 CP (102), que no se consuma en virtud del *error al revés (ungekehrter Irrtum)* en que se encuentra el funcionario? o ¿ante un cohecho consumado del artículo 386 (103), donde sólo se castiga un *acto injusto*, y no un *delito* como en el artículo anterior? ¿Pese a que el funcionario ignora que se trata de un acto injusto? ¿En qué relación se encuentran los distintos cohechos del artículo 385 y ss. CP respecto al error?

Si sostenemos que se trata de una tentativa de cohecho del artículo 385 CP, a la hora de determinar la pena nos encontramos con que, en aplicación de las disposiciones de la Parte general del Código sobre la tentativa, el Juez podrá rebajar la pena del funcionario en uno o dos grados. Ello quiere decir que siendo aquélla la de presidio menor, podrá ser rebajada hasta por debajo de la pena de arresto mayor. El Juez no está *obligado* a ello, pero puede hacerlo en uso del arbitrio que le concede el artículo 52 del Código.

es el punto utilizado por los partidarios de la filosofía analítica para criticar a la *Rechtstheorie*: ROTTLEUTHNER, H., *Hermeneutik und Jurisprudenz*, en *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, págs. 7-30; KOCH, *Über Juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrechts*, en KOCH, H.-J. (Hrsg.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht (Über Grenzen von Verfassung und Gesetzesbindung)*, Frankfurt, 1977, págs. 129-133.

(102) El artículo 385 C. P. dice así: «El funcionario público que solicitare o recibiere por sí o por persona intermedia, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, será castigado con las penas de presidio menor y multa de tanto al triple del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa».

(103) El artículo 386 señala: «El funcionario público que solicitare o recibiera, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de presidio menor y multa de tanto al triple de la dádiva; si el acto injusto no llegara a ejecutarse se impondrán las penas de arresto mayor y multa de tanto al duplo de la dádiva».

Aquí reside la importancia interpretativa de la relación delito «sui generis», pues si no existiese el artículo 386 no habría inconveniente en aceptar la interpretación propuesta. Sin embargo, puestos en relación los artículos 385 y 386 esta solución se presenta más que problemática, injusta. Porque, como el artículo 386 permite ver, se produce la paradoja de que aquel funcionario que se propone efectuar un acto relativo al ejercicio de su cargo y constitutivo de *delito*, sin que realmente lo desea, es decir, se propone realizar algo más grave que el simple acto injusto, resulta más beneficiado que quien desde un principio sabe que el acto administrativo que va a efectuar es un acto injusto, no constitutivo de delito. Ello querría decir que se castiga más atenuadamente a quien realiza un delito más grave, cual es el de efectuar un acto administrativo injusto *creyendo* que se trata de un delito.

Con ello se ponen de manifiesto los resultados injustos a que puede llevar la calificación «a priori» de delito «sui generis», en el sentido de delito autónomo o independiente. También se revela la necesidad de «calar» en el sentido de los preceptos que se encuentran entre sí en una relación de delito «sui generis» *aparente*. Porque si llegamos a la conclusión de que el artículo 385 lo único que hace es añadir alguna característica especial nueva al cohecho del artículo 386, entonces no habrá inconveniente en aplicar la normativa del *concurso de leyes* del artículo 68 CP, pues estando los artículos 385 y 386 en una relación de *especialidad*, habrá que acudir al tipo básico (art. 386) cuando no se dé la característica especial típica que acompaña al tipo agravado (artículo 385).

Pero puede que no ocurra así, y resultar que la relación de *especialidad* no se adecúe a la problemática en cuestión, ya que esa característica que acompaña al artículo 386 no representa un «plus» respecto al artículo 385, sino un «allid». Entonces la pregunta que habrá que formularse es la siguiente: ¿Puede ser aplicada la normativa del artículo 385 sin más, y no tener en cuenta que lo que el autor infructuosamente se propuso hacer no es aquello por lo que se le castiga, sino algo más grave? ¿Puede dejarse de lado a la hora de determinar la gravedad de su conducta, y por tanto la pena, el injusto de la tentativa de la forma agravada del cohecho (art. 386 CP)? Si la respuesta es negativa, entonces habrá que admitir que no estamos ante un *concurso de normas* del artículo 68 CP (104), y será en la normativa del *concurso ideal de delitos* (105) donde habrá que buscar una respuesta

(104) El artículo 68 C. P. reza así: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código lo serán por aquel que implique mayor sanción al delito o falta cometidos».

(105) El artículo 71 C. P. indica: «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más

adecuada a nuestras exigencias interpretativas. En ese caso sí estaríamos ante un «real» y «auténtico» delito «sui generis».

2) A, amigo de B, que reiteradamente le ha manifestado su deseo de morir a causa de la enfermedad que padece, que le obliga a llevar una vida casi vegetativa «metido» en un aparato que realiza las funciones más importantes del organismo, interpreta mal lo que B le dice, procediendo a desconectar el aparato para ayudarle a morir, hasta el punto de ejecutar él mismo la acción que le quita la vida. B, en realidad no quiere morir. ¿Qué conducta integra el comportamiento de A, una tentativa de ayuda al suicidio con actos de ejecución del artículo 409 CP (106), en concurso con un homicidio imprudente, en el caso de que se den todos los elementos de la imprudencia? ¿O estamos ante un delito consumado de la forma agravada de auxilio al suicidio, aunque falte el elemento esencial a éste de la voluntad del suicida?

En este caso se presenta un problema semejante al analizado en el ejemplo propuesto con anterioridad. En efecto, de nuevo es aquí el análisis del artículo 409 CP en relación con el 407 (107) lo único que nos puede proporcionar una solución satisfactoria. Así puede verse cómo la interpretación que del artículo 409 se hiciese, en el sentido de que el auxiliador del «suicida» con actos ejecutivos errase sobre la voluntad de aquél impediría hablar de auxilio al suicidio a falta del requisito esencial del artículo 409: la propia voluntad del suicida. Entonces estaríamos ante una tentativa de auxilio al suicidio en concurso con un homicidio imprudente, lo que produciría unas consecuencias insatisfactorias en el momento de determinación de la pena. En tal supuesto, tendríamos que el auxiliador respondería por la tentativa de auxilio con una pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 409, que es la de reclusión menor en *concurso ideal* con un homicidio por imprudencia, que caso de ser temeraria, determinaría la aplicación de la pena de prisión menor (art. 565 CP). El resultado de aplicar la normativa del concurso ideal de delitos del artículo 71 CP, sería la pena de prisión menor en su grado máximo, que es inferior a la pena señalada para el delito consumado de auxilio al suicidio con actos de ejecución material.

El resultado interpretativo es insatisfactorio, porque el «auxiliador» resultará beneficiado de que el «suicida» no quería morir.

delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las que pudieren imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite se sancionarán los delitos por separado».

(106) El artículo 409 C. P. dice así: «El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor, si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor».

(107) El artículo 407 dice así: «El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor».

Y parece absurdo que se castigue más severamente a quien da muerte a quien quería morir, que a quien mata a alguien que en realidad no lo quería. Por supuesto que a nosotros nos parece menos grave querer matar a alguien de quien se cree desea su muerte. Pero de lo que desde luego no cabe duda es de que para el legislador español es tan grave matar a quien desea morir como matar a quien no lo desea. Al menos eso parece deducirse de las sanciones que impone en ambos casos: reclusión menor para el homicida, y reclusión menor también para quien auxilia ejecutando la muerte de quien desea morir. De lo que, pese a todo, no se encontrará dispensado el intérprete será de encontrar una solución satisfactoria para el problema anterior, pues la propuesta con inmediata anterioridad no lo es a todas luces.

La cuestión está en analizar la estructura de ambos tipos para encontrar una construcción satisfactoria que justifique la consecuencia que previamente se quiere extraer (*Vorverständnis*). El único camino que le queda al intérprete es el de examinar si los artículos 407 y 409 del Código están emparentados de tal manera que se puede decir que cabe una amplia esfera de comunicación entre ellos, hasta el punto de que quien produce la muerte de una persona (elemento común a ambas figuras delictivas) en la creencia errónea de que aquélla se quería suicidar, responda en virtud de la sanción del artículo 409; como así mismo, que en el caso contrario de quien produce la muerte de una persona sin saber que ésta se quería suicidar, siendo ayudado por el «homicida» en su finalidad, puede responder sin más por un delito consumado de homicidio. Si se puede demostrar esta hipótesis, habrá que concluir que en este punto concreto *el auxilio al suicidio no es un delito «sui generis» respecto al homicidio*; y se habrá obtenido un resultado interpretativo satisfactorio.

3) La normativa concursal de los artículos 68 y siguientes del Código penal representa el punto de conexión entre la concreción del tipo, como tarea de interpretación de la Parte especial del Código, y la determinación de la pena para el caso en cuestión. O dicho de otra manera: la normativa concursal, situada sistemáticamente entre las disposiciones del Código dedicadas a la determinación de la pena, tiene la función de facilitarla o posibilitarla en aquellos casos en que se plantea un «conflicto interpretativo» en torno a diversos tipos de la Parte especial, o cuando un mismo tipo se repite una pluralidad de veces.

Como hemos tenido ocasión de repetir en varias ocasiones, en todos los casos en que se hace necesario recurrir a la normativa concursal, es porque se presenta un problema previo de interpretación del tipo, o mejor dicho: las disposiciones establecidas por el legislador sobre el concurso están ahí para posibilitar la solución de un problema interpretativo. Las normas del concurso no tienen la misión de llevar a cabo una tarea valorativa, no exigen-

dose al intérprete, pues, la interpretación de lo que el legislador haya querido desvalorar en ellas. Por el contrario, las normas concursales se limitan a facilitar la determinación de la pena una vez resuelto el problema a que sus distintas modalidades (concurso de leyes, ideal y real de delitos) hacen referencia. Resuelto el problema interpretativo previo, podrá decidirse el recurso a la aplicación de uno u otro precepto concursal. En este sentido, es en el que queremos hablar del carácter *abierto* de la normativa concursal.

Tratemos de aclarar lo que acabamos de decir con un ejemplo: A, cerrajero y reincidente en anteriores delitos de apoderamiento, provisto de sus instrumentos y acompañado por primera vez de B, «aprendiz del oficio» se introduce en una Iglesia al objeto de forzar la cerradura del cepillo de las limosnas. Después de múltiples intentos infructuosos para forzar la caja, comprueba que el mecanismo de cierre no se encuentra cerrado, por lo que basta con un leve movimiento de la mano para abrirla sin fuerza. A y B se apoderan de cuatro mil pesetas que en ese momento se encontraban en la caja, y vuelven a dejarla en un estado primitivo, con la intención de volver al día siguiente para apoderarse de su contenido. ¿Ante qué delito estamos? ¿Ante el hurto cualificado del artículo 516, 1.º CP, en relación con el más leve de los hurtos del artículo 515, 4.º por ser el autor reincidente y la cuantía de lo hurtado inferior a cinco mil pesetas? ¿Ante una tentativa de robo con fuerza en las cosas en concurso con el anterior hurto? ¿Ante una tentativa cualificada de hurto en virtud de la doctrina del *delito continuado*? ¿De qué responde B? ¿Le afecta la reincidencia del autor principal que convierte en delito la conducta de éste, que de otra manera no sería punible como tal dada la cuantía de lo hurtado, o no?

Si de las múltiples cuestiones que acabamos de formular, y que ponen de manifiesto la riqueza de problemas concursales que se presentan en los delitos contra el patrimonio, seleccionamos sólo la segunda, es decir, la posibilidad del concurso ideal de delitos que se produce entre el hurto consumado y la tentativa de robo, por ser quizá uno de los supuestos más frecuentes a que acude la doctrina que podríamos llamar *dominante* para caracterizar el *concurso ideal de delitos* (108), tendremos lo siguiente:

Si nos fijamos en las penas correspondientes a las normas sancionadoras en cuestión, podremos observar que mientras el artículo 516 del Código, en el apartado 1.º, obliga al Juez a imponer la pena inmediatamente superior en grado a la correspondiente del artículo anterior (que en nuestro caso es la del apartado 4.º), es decir, la pena de arresto mayor habrá de convertirse en este caso, en virtud de la concurrencia de la agravante de efectuar el

(108) Ver *infra*, A. III. b'. 2.: «La relación hurto-robo: problemas concursales».

hurto en edificio destinado al culto, en su superior, o sea, prisión menor. Sin embargo, el artículo 505, 1.º, que castiga el robo, en relación con la agravante del artículo 506, 2.º, de efectuarlo en edificio destinado al culto, permite imponer al autor la pena de arresto mayor en su grado máximo; pero, por tratarse de un delito en grado de frustración (recuérdese que en el ejemplo propuesto el autor y su ayudante no lograban consumir el robo, y si el hurto agravado), podrá el Juez, a su arbitrio, imponer la pena inferior en grado, es decir, se podrá llegar a imponer una sanción por debajo del arresto mayor. De todo lo dicho parece poder concluirse que el problema concursal, resuelto conforme a la normativa del concurso ideal de delitos, nos llevaría a imponer la pena de prisión menor en su grado máximo, que es la que corresponde al delito más grave, es decir, seis años.

La solución propuesta por la doctrina mayoritaria parece, a primera vista, justa. Sin embargo, si la comparamos con la de otros casos emparentados, podrá verse lo injusto de aquella solución. En efecto, pensemos que en el ejemplo propuesto el autor «se sale con su empeño» inicial, es decir, logra forzar la caja de las limosnas. En este caso nadie dudaría en afirmar que la pena correspondiente vendría señalada exclusivamente por el artículo 506, 2.º, y que éste impone la de arresto mayor en su grado máximo, es decir, seis meses. Esta argumentación pone de manifiesto lo injusto de la solución del concurso ideal en el caso estudiado por nosotros. Así, pues, vemos cómo el autor «sale peor parado» porque no ha logrado conseguir su objetivo de realizar la conducta más grave que se proponía realizar de robo en lugar sagrado; lo cual pone de manifiesto que la solución propuesta por la doctrina dominante no es satisfactoria desde un punto de vista de Política criminal, ya que se castiga más severamente una conducta que en la propia letra de la Ley es menos grave que la otra, que aparece con una penalidad atenuada.

Lo expuesto pone de relieve que la solución dominante no es satisfactoria, y que el intérprete ha de esforzarse en conseguir una solución adecuada que evite semejantes contradicciones de la Ley (en definitiva es la Ley la que provoca semejante interpretación defectuosa por parte de la doctrina). La normativa concursal, en este sentido, ha de desempeñar una labor estabilizadora. Como más adelante exponremos detenidamente, en casos como éste y otros que se presentan en relación parecida al hurto-robo, en la relación homicidio-lesiones, por ejemplo, la solución satisfactoria estará en recurrir a la norma del concurso de leyes, y no al concurso ideal, poniendo con ello de manifiesto la función que en nuestra opinión ha de desempeñar la normativa concursal.

b'

1. El grupo de los delitos contra la vida humana es uno de los más característicos de nuestro Código penal. En él puede verse claramente cuál es el procedimiento del legislador en la configuración de los tipos de la Parte especial; como partiendo de un tipo básico (art. 407) que recoge y sanciona la infracción del mandato: No matarás. Lo enlaza con una serie de figuras que representan formas modificadas o atenuadas de aquel tipo inicial.

La problemática que se plantea precisamente por la conexión existente entre las distintas figuras construidas por el legislador en torno al homicidio es enorme. Aquí, sin embargo, sólo vamos a ocuparnos de un par de ellas, en el buen entendimiento de que con ello no afrontamos toda la problemática de los delitos en cuestión. En los casos que vamos a estudiar analizaremos la relación *infanticidio-homicidio-asesinato*, y la relación *homicidio-inducción y ayuda al suicidio*. Comencemos por el primero.

El supuesto a que queremos aludir con la relación *infanticidio-homicidio-asesinato* es aquél en el que la conducta de la madre a los abuelos maternos del artículo 410 no sólo está encaminada a ocultar la deshonra de la madre, presupuesto típico del delito en cuestión, sino que además concurre alguna de las circunstancias constitutivas del asesinato (art. 406), por ejemplo el veneno o el envenenamiento.

La solución dada por la doctrina española a esta cuestión no es unitaria. En efecto, Rodríguez Devesa (109) y Muñoz Conde (110), que sigue en este punto a Gimbernat (111), parten del carácter de delito especial del *parricidio* y del *infanticidio* y de la no ruptura del título de imputación, por lo que se refiere a la participación del «extraneus». De ello concluyen que en el caso propuesto, el infanticidio es «*lex specialis*» respecto del asesinato (112). Dejando para más adelante el problema de la *especialidad* del infanticidio, una cosa es cierta, y es que el *infanticidio* no es *lex specialis* del *asesinato*. El infanticidio no es un asesinato al que se le añade alguna característica; y por otro lado, el infanticidio no es un caso especial del asesinato (113). Muy al contra-

(109) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español*, Parte especial, 6.ª ed., Madrid, 1975. Para RODRÍGUEZ DEVESA tanto el *parricidio* como el *infanticidio* son «*delictum sui generis*» (pág. 51 y 57).

(110) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 2.ª ed., Sevilla, 1976, págs. 34 y 38. MUÑOZ CONDE habla de *autonomía*.

(111) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs. 285 ss.

(112) MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, pág. 41: «En relación con el parricidio el infanticidio es *lex specialis*, al igual que frente al homicidio y el asesinato». RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte especial*, págs. 55 y 60, habla de «relación de subsidiariedad».

(113) En el mismo sentido, HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 63.

rio, la única manera de poner en conexión al infanticidio con el asesinato es la vía del *homicidio*, que sirve de puente entre ambos tipos. Así, pues, la relación del infanticidio con el asesinato es *indirecta*, a través del homicidio. En efecto, el asesinato es una *forma cualificada* del homicidio, y el infanticidio una *forma privilegiada*.

En cambio, Del Rosal, Cobo, Rodríguez Mourullo (114), con mejor criterio, partiendo de la *estructura típica* de estos delitos llegan a la teoría de la ruptura del título de imputación. Independientemente de lo criticable que pueda ser la solución de estos autores, cuyo error principal consiste en extender la solución propuesta para el infanticidio y el parricidio a los demás *delitos especiales*, algo queda claro: la conclusión de que el *extraneus* no responde por el infanticidio o el parricidio. Y la razón de ello es muy sencilla: *el infanticidio no es un delito especial*. Con esta figura delictiva lo único que quiere el legislador es *generalizar una causa de atenuación de la culpabilidad* en la madre cuya culpabilidad aparece disminuida al estar motivada por la finalidad específica de ocultar la deshonra. Algo parecido ocurre con el parricidio, aunque en este caso la causa sea de carácter agravatorio. Al ser una circunstancia que afecta a la culpabilidad de la madre, ha de ser considerada subjetivamente, en virtud del *principio de la culpabilidad* (la culpabilidad es un juicio personalizado que no afecta al injusto, no siendo transmisible a los demás partícipes, aunque haya sido recogido por el legislador en el tipo), no alcanzando pues a los demás partícipes en el infanticidio que no son la madre o los parientes indicados en el artículo 410 CP (115).

Que el *asesinato* tiene más «lugares comunes» con el homicidio de los que la doctrina española se ha empeñado en demostrar, nos llevaría mucho tiempo. Tan sólo quiero aludir en este lugar a las injusticias a que ha llevado la aplicación de las circunstancias constitutivas del asesinato, injusticias no ocultadas por la doctrina (116), como consecuencia de la consideración *autónoma* del delito de asesinato. No se puede estar de acuerdo con semejante

(114) DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español* (Parte especial), «Delitos contra las personas», Madrid, 1962, págs. 185 ss.: «La solución que hemos de adoptar parece ya prejuzgada a la vista de cuanto hemos expuesto anteriormente. A nuestro modo de ver reiteramos una vez más— el plano del cual hay que partir en busca de la solución que nos permita resolver la problemática que plantea la participación de extraños en el delito de parricidio, viene dada por las peculiares exigencias que se derivan del tipo delictivo configurado en el artículo 405. Queremos decir con esto que la reflexión técnico-jurídica sobre el problema sólo cobra sentido a la luz del tipo penal y, en consecuencia, es obligado contraer la polémica a los términos concretos en que la plantea el propio artículo 405».

(115) El artículo 410 dice así: «La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito».

(116) Véase por todos, MUÑOZ CONDE, Parte especial, pág. 30.

conclusión que tan gravemente atenta contra el principio de culpabilidad: piénsese lo absurdo que es hacer depender el castigo del partícipe, como asesinato o como homicidio, según que el Juez, arbitrariamente, tome una circunstancia u otra para determinar la caracterización del asesinato. La consideración de las circunstancias constitutivas del asesinato ha de ser realizada de manera particularizada. Mientras que puede ser discutible la posibilidad de estimar la concurrencia de las circunstancias subjetivas caracterizadoras del asesinato en el partícipe, careciendo de ellas la conducta del autor principal (en cuyo caso habría que castigar al autor como homicida y al partícipe como «asesino» en un delito de homicidio) (117), sin embargo, no basta el simple conocimiento por parte del partícipe de la concurrencia de tales circunstancias subjetivas en el autor principal para castigarle como partícipe en un delito de asesinato. Para que ello fuera posible sería necesario que aquéllas concurriesen en su persona (118). Frente a ello no existe objeción dogmática ni legal, pues las normas de la Parte general no pueden nunca forzar la concreta determinación del injusto hecho en la Parte especial (119).

(117) SCHMIDHAUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958, pág. 265. Sobre esta polémica, véase por todos: HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, Besonderer Teil, § 211, Frankfurt, 1977, págs. 7-9.

(118) La doctrina alemana es unánime en este punto. Véase por todos: ARZT, G., *Strafrecht*, Besonderer Teil, LH 1, Delikte gegen die Person, Bielefeld, 1977, págs. 27-37. De otra manera se sostendría una teoría *culpabilista* de la participación (*Schuldteilnahmelehre*), según la cual el partícipe toma parte en la culpabilidad del autor. Esta teoría está totalmente superada. En este sentido, R. D. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, página 122.

(119) La doctrina alemana suele acudir al siguiente ejemplo para aclarar el juego de los distintos apartados de los §§ 28 y 29 StGB: A, sabe que su padre se encuentra gravemente herido a consecuencia de un accidente. Excitado toma un taxi y promete a B, taxista, una buena gratificación si le lleva al lugar donde se encuentra su padre lo más rápidamente posible. Como A supone, conduce B con temeridad manifiesta, con grave peligro para el tráfico, realizando maniobras prohibidas y conduciendo a excesiva velocidad. Sin estar motivado como A, sino que para él lo único importante es el dinero prometido. Para la doctrina alemana la característica *rücksichtslos* (desconsideradamente) del § 315 c I, Nr. 2, es interpretada como elemento perteneciente a la culpabilidad del autor, es un elemento especial de la culpabilidad (*spezielles Schuldmerkmal*), que no caracteriza el injusto sino la culpabilidad. El hecho de que la característica fundamental de la culpabilidad *rücksichtslos* concurra en el autor y no en el partícipe (inductor) obliga a plantearse si A puede responder como inductor de la conducta de B. Mientras que la doctrina dominante no tiene inconveniente en hacer responder a A por la conducta de B, existe un sector que se va imponiendo poco a poco, según el cual en este caso no hay que acudir al § 28, I (que permite castigar a A con una pena disminuida), sino que según el § 29 falta en el partícipe un elemento exigido para la culpabilidad de su acción. No tratamos en este lugar de ver la posibilidad de trasplantar esta polémica a nuestro artículo 340 bis a) 2.º, lo que obligaría a realizar una interpretación de la *temeridad manifiesta* distinta a la de la doctrina dominante; lo único que nos ha llevado a plantear el supuesto es su plasticidad para expresar cómo

Las precisiones hechas por los párrafos 28 y 29 del StGB alemán (antiguo § 501) van encaminadas precisamente a la finalidad arriba expuesta. En estos párrafos se establece: 1.º, en el § 29, que la culpabilidad del partícipe ha de ser constatada individualizadamente, y la regla de que al partícipe no le afecta el hecho de que la conducta del autor esté exenta de punibilidad por una causa genérica de exclusión de la culpabilidad; y 2.º, en el § 28,2 que aquellas *características personales* recogidas en los tipos de la Parte especial (independientemente de que se refieran al tipo, a la culpabilidad o a la penalidad) que sólo sirven para aumentar, disminuir o excluir la pena, sólo valen para el partícipe en quien concurren (autor o partícipe) mientras que, si aquellos caracteres personales que fundamentan la punibilidad del autor faltan en el partícipe, se ha de disminuir la pena conforme a los mismos criterios de la tentativa. (Estos son, entre otros, los casos de los delitos especiales propiamente dichos) (120). Téngase muy en cuenta que las circunstancias personales que no fundamentan la punibilidad del autor a que se refiere el párrafo 28,2, no se corresponden con nuestras circunstancias genéricas de los artículos 8, 9, y 10, no siendo aquel párrafo el equivalente de nuestro artículo 60. Es decir, que circunstancias como las recogidas en nuestro Código para caracterizar el asesinato, el infanticidio o el parricidio encajarían en el párrafo 28,2 del StGB y no en el 28,1 (121).

La cuestión es si esta solución dada por el Legislador alemán a tan compleja problemática puede o no ser la misma en nuestro Derecho, donde el Legislador no se ha preocupado de resolver este problema. Mi opinión es que sí, y que la doctrina española se ha quebrado la cabeza buscando una solución dogmáticamente correcta conforme a los criterios de la teoría jurídica del delito en materia de participación, cuando la solución estaba en la Parte especial, es decir, en los tipos concretos que describían las conductas que el Legislador quería que fueran punibles. Procediendo de otra manera forzaba el intérprete la voluntad del legis-

se puede confrontar el intérprete con los elementos constitutivos del tipo referentes a la culpabilidad. Sobre esta problemática en el Derecho alemán, véase por todos, SAMSON, en *Systematischer Kommentar*, Band 1, Allgemeiner Teil, págs. 224-227.

(120) SAMSON, SK, Allgemeiner Teil, pág. 227.

(121) HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, págs. 114-117.

Los párrafos en cuestión son éstos:

«§ 28. Elementos personales especiales. (1) Si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales (§ 14 Abs. 1) que fundamentan la punición del autor, ha de ser disminuida la pena de aquél conforme al § 49 Abs. 1. (2) Si determina la ley que elementos personales especiales agravan, disminuyen o excluyen la pena, ello tiene validez sólo para el partícipe (autor o partícipe) en quien concurren».

«§ 29. Punición independiente del partícipe. Cada partícipe será castigado según su culpabilidad sin consideración a la culpabilidad de los demás».

lador en nombre de abstractos criterios dogmáticos. Leyendo la Parte especial del Código y respetando el principio de culpabilidad vigente aunque no lo haya formulado el Legislador de forma específica en un artículo del CP para el partícipe, se obtienen mejores resultados prácticos.

Así, pues, en conclusión, el asesinato es sólo una forma *cualificada* del homicidio y el infanticidio una forma *privilegiada* respecto del homicidio, y no un delito especial. No vamos a pretender resolver en este lugar y de una vez para siempre el problema concursal que se plantea entre el infanticidio y el asesinato. Tampoco pretendemos elaborar una teoría que nos permita decir que la *forma privilegiada* predomina sobre la *forma cualificada*, o ésta sobre aquélla. Aquí sólo pretendemos hacer resaltar que la solución requiere una valoración minuciosa de ambos tipos; y no partir de unos presupuestos artificiales como el de la autonomía o no autonomía, o de un principio estricto como sería decir que el privilegio predomina siempre sobre la cualificación, porque aunque ello quizá fuese cierto en el caso concreto aquí estudiado, puede no serlo en otros supuestos que nos planteásemos.

Finalmente, nos interesa hacer resaltar cómo el conflicto concursal que se plantea ha de ser resuelto conforme a la normativa del *concurso de leyes* y no del *concurso ideal de delitos*. Esta conclusión se impone por sí misma, no requiriendo esfuerzos argumentativos por nuestra parte: una misma conducta típica no puede ser privilegiada y cualificada a la vez. Lo uno excluye a lo otro. Y todo ello como consecuencia de la interpretación de los tipos concretos, no de una norma general cual sería la que sirve en el Código penal español (arts. 68 y ss.) para *determinar la pena* de los distintos problemas concursales, solucionados previamente mediante la interpretación de los tipos en conflicto.

Pasemos ahora a la segunda de las hipótesis que nos hemos propuesto analizar en este Capítulo de los delitos contra la vida: la relación homicidio-ayuda e inducción al suicidio del artículo 409 CP. Dejemos aparte el supuesto que acabamos de analizar en el caso anterior, la relación ayuda e inducción al suicidio-homicidio-asesinato que podría darse; basta para ello que quien estuviera dispuesto a ayudar al suicida con actos de ejecución material lo haya hecho mediante el precio o recompensa de la propia «víctima»-suicida, cuya solución habría de ser planteada en el sentido de demostrar cómo el *privilegio* representado por la voluntad de morir del suicida del artículo 409 predomina sobre el asesinato del artículo 406; es decir, quien ayuda al suicida matándolo por precio o recompensa sólo responde por el 409 y no por el asesinato del artículo 406 CP. En cuyo caso habría que concluir que el asesinato del artículo 406 CP no es un delito «sui generis» respecto a la ayuda al suicidio del artículo 409, pues no produce efecto alguno. Por supuesto que se puede realizar otra interpre-

tación del artículo 409: por ejemplo, viendo un elemento «subjetivo» especial de trasfondo que exigiera para el tipo un determinado móvil de «piedad» o «compasión» incompatible con el móvil interesado del lucro, en cuyo caso sólo produciría sus efectos la norma para el asesinato del artículo 406, retrotrayéndose la norma del artículo 409, en cuya premisa no encajaría el supuesto en cuestión. Lo que en cualquier caso queda claro es que es el tipo de injusto de la Parte especial en cuestión el único que nos puede servir para solucionar el problema concursal planteado.

Efectos semejantes a los acabados de exponer produce la hipótesis que planteábamos en forma de caso práctico al exponer nuestras premisas metodológicas. Allí presentábamos el supuesto de quien da muerte a una persona pensando que ésta se quería suicidar. Como punto de partida de nuestro planteamiento comencemos con el caso inverso, es decir, alguien mata a su enemigo sin saber que éste se quería suicidar. En este caso no habrá inconveniente alguno en estimar el homicidio del artículo 407, sin que se plantee problema concursal alguno con el artículo 409, ya que el tipo de la ayuda al suicidio no se da en ningún momento, puesto que le falta una característica personal especial que ha de acompañar siempre al sujeto en quien está pensando el artículo 409, y que obviamente no tiene el del ejemplo propuesto (122). Como consecuencia de ello parece que no hay ningún inconveniente para estimar que el sujeto en cuestión realiza la conducta del homicidio a que se refiere el artículo 407, a cuya aplicación no es obstáculo alguno que la víctima desease su propia muerte. Así, pues, y para exponer claramente lo que queremos decir sobre la compenetración mutua de diversos tipos de la Parte especial, parece que en este caso tendríamos que concluir diciendo: el homicidio del artículo 407 es un tipo de la Parte especial del Código penal español que castiga a quien matare a otra persona (aunque esta otra persona desease su propia muerte, siempre que aquél no lo supiere). En este sentido, pues, el artículo 409 no es un delito «sui generis» respecto al homicidio, puesto que para que lo fuera habría de ser autónomo, es decir, que en el caso de quien realizare los elementos objetivos del tipo careciendo de alguna de las características subjetivas, personales, se impediría que entrara en juego el otro tipo de la Parte especial (123), lo que no ocurre en el presente caso donde la ausencia de uno de los elementos de la *ayuda al suicidio* determina la aplicación automática de la norma sancionadora del *homicidio*.

Pero, volvamos al caso inicial, de quien realiza el elemento objetivo del homicidio, pensando, sin embargo, que la víctima deseó su propia muerte. Del análisis simultáneo de las normas sancionadoras del homicidio (art. 407) y de la ayuda al suicidio

(122) En el mismo sentido, HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 61.

(123) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 62.

(art. 409) se deduce que para el Legislador español merece el mismo desvalor la muerte de un hombre que no quiere morir (art. 407 CP) que la ayuda a morir del suicida que sí lo quería (art. 409), prueba de ello es que castiga ambas conductas con la misma pena: reclusión menor. Este punto de referencia de la medida de la pena creo que es un buen criterio de interpretación, sobre todo por lo que se refiere a la función de Política criminal del Derecho penal, respecto a la cual hemos denunciado los efectos negativos que se derivaban de una determinada interpretación del artículo 409, es decir, desconectada del artículo 407, ya que el «auxiliador» del «suicida» saldría más beneficiado si el suicida no quería morir que en el supuesto normal de que aquél hubiera interpretado correctamente el deseo de quien sí lo quería.

Esta premisa nos obliga a plantear la conexión que se puede establecer entre los artículos 407 y 409, al objeto de realizar una interpretación del artículo 409, en este caso concreto que tenemos entre manos, que se adecúe al criterio de Política criminal, mediante la comparación de las penas señalada a ambos delitos, sin incidir en los defectos que hemos señalado respecto a la interpretación que previamente hemos expuesto.

La solución es muy semejante a la expuesta para el caso anterior, de quien mata con ánimo homicida a quien se quería suicidar, sólo que al revés. La formulación que tendríamos que hacer para que el intérprete llegase a la conclusión correcta desde el punto de vista de Política criminal, sería la siguiente: el artículo 409 castiga la conducta de quien mata a otro hombre pensando que este hombre desea su propia muerte aunque realmente no lo quisiera, y aunque el error sobre la voluntad de morir del falso «suicida» sea debido a una conducta imprudente del autor de la muerte. Con ello se obtiene una solución satisfactoria conforme al criterio de Política criminal de la medida de la pena. Lo cual quiere decir en definitiva, y a los efectos que nos interesan, que el homicidio no es un delito «sui generis» respecto de la ayuda al suicidio por la misma razón que éste no lo es respecto a aquél. Esta solución que parece una perogrullada en el fondo no lo es, pues puede darse el caso de que un tipo de la Parte especial del Código esté en una relación de delito «sui generis» respecto a otro básico que a su vez no lo sea respecto a aquél.

En el caso que nos ocupa, es decir, *en la relación homicidio-ayuda al suicidio existe un terreno común constituido por la producción de la muerte de alguien, constituyendo la otra nota definitiva el ánimo del autor del delito, pues según que su intención sea la de matar con ánimo homicida o ayudar a morir a alguien de quien se cree desea morir estaremos ante un homicidio del artículo 407 del Código penal o ante la ayuda al suicidio del artículo 409, y ello con independencia de que el sujeto pasivo desease realmente su muerte en el primer caso y no la desease en el segundo.*

2. En un trabajo sobre la dogmática de las lesiones en el Derecho español, y comparado publicado por Beristain en el año 1971 (124), vuelve a poner de relieve el interés de la Sentencia del TS de 10 de enero de 1879 en la que se castigó como autora de un delito de mutilación del artículo 419 CP a la mujer que consiguió su propósito de castrar a su marido, quedando su efecto reducido a la pérdida de un testículo. El hecho de que la pena correspondiente al delito de castración frustrado sea inferior a la correspondiente al delito consumado de mutilación indujo al TS, con buen criterio, a recurrir a la pena correspondiente al delito consumado de mutilación, mediante la aplicación de la normativa del *concurso de leyes* (125).

El ejemplo representado por esta Sentencia y otras que se podrían aducir en materia del delito de lesiones, dada la compleja casuística con que el legislador español regula este grupo de delitos, debe ponernos en prevención contra el criterio proporcionado por la doctrina dominante para delimitar la función de la normativa del concurso ideal de delitos. La opinión dominante brevemente expuesta es la siguiente: «De ahí que la concurrencia ideal tenga también una función de clarificación (*Klarstellungsfunktion*), que ha de ser tenida en cuenta para la frontera con el concurso de leyes. Si el autor ha herido a la víctima cuando intentaba cometer un homicidio, ha de ser castigado a causa de la tentativa de homicidio en unidad de hecho (*Tateinheit*) con la lesión consumada. Además, la lesión es delito intermedio del homicidio y por tanto subsidiaria. La simple punición por el homicidio intentado no permitiría aclarar que el autor llegó a herir a la víctima. La aceptación del *concurso ideal de delitos* posibilita, por contra, esta clarificación» (126). Lógicamente este entendimiento de la función de la disposición del concurso ideal se corresponde con el sostenido por Samson para el concurso de leyes, donde los supuestos en que la normativa del concurso ideal está llamada a cumplir su *Klarstellungsfunktion* constituirán el límite de aplicación de la norma de *subsidiariedad*: «La subsidiariedad sólo existe si la acción que realiza el delito intermedio no presenta un contenido de injusto más grave que el hecho del estadio posterior. Ese no es el caso, si en estadios anteriores se realizan cualificaciones que faltan en el hecho del estadio posterior, por ejemplo, en la relación entre la tentativa de robo y hurto consumado; la subsidiariedad desaparece también si el tipo intermedio se consume, mientras que el delito subsiguiente sólo ha sido intentado, como por ejemplo en las lesiones consumadas y el homicidio intentado» (127).

(124) BERISTAIN, A., *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, en RGLJ 1971, separata, págs. 36-40.

(125) MUÑOZ CONDE, Parte especial, pág. 78.

(126) SAMSON, SK, Allgemeiner Teil, pág. 358.

(127) SAMSON, SK, Allgemeiner Teil, pág. 35.

Ciertamente que no es de este lugar hacer una crítica exhaustiva de la doctrina recaída sobre la función de la normativa concursal, ni siquiera para intentar una aproximación parcial al tema del límite entre el concurso de leyes y el ideal de delitos, tema al que pensamos dedicar la segunda parte de este artículo. Aquí sólo tratamos de demostrar cómo el punto de partida propuesto para determinar la función de la normativa concursal no se adecúa a los casos que analizamos en este apartado, viendo en ello un indicio de que el criterio de la doctrina dominante no puede ser mantenido de manera absoluta. Y, lo que es más importante, puede oscurecer la función que dicha normativa ha de cumplir por encima de todo: servir de instrumento en la interpretación de los tipos de la parte especial, para evitar los resultados injustos a que llevaría en ciertos casos la aplicación estricta de los preceptos de la Parte especial. En definitiva, será el caso en concreto el que nos dirá a cuál de los recursos de la normativa concursal (concurso de leyes, ideal o real de delitos) hemos de acudir a fin de obtener una solución justa, es decir, la determinación de la pena adecuada a los fines del Derecho penal. Schünemann, en un estudio sobre determinados problemas concursales en el seno de los delitos contra el patrimonio ha recogido con acierto esta concepción de la función concursal, en el caso del acto subsiguiente impune (*Straflose Nachtat*): «Como formas de concurrencia conoce el StGB el concurso ideal y el concurso real. El acto posterior impune se considera como una forma de la concurrencia aparente (*Scheinkonkurrenz*). Esta 'concurrencia aparente' es un instrumento dogmático para salir del dilema que representa la realización de dos tipos de la Parte especial, aunque según la sensibilidad jurídica natural sólo la aplicación de uno tiene sentido. En tanto en cuanto se pueda encontrar ayuda en el pensamiento jurídico general 'lex specialis derogat legi generali' no existe problema alguno. En los restantes casos se llega a una situación difícil, pues no se puede extraer de la ley ningún criterio para la renuncia de uno de los tipos. La construcción del acto posterior impune sirve para corregir una configuración del tipo defectuosa e incompleta, evitando, por lo demás la amenazada concurrencia. De aquí se sigue que el lugar dogmático del acto posterior impune no se encuentre en el concurso, sino en la teoría del tipo, o, en todo caso, entre ambos» (128).

Una exacta comprensión del tema en el Derecho español obliga a tener en cuenta un precepto de nuestro Código penal que carece de paralelo en el StGB alemán, y que, a nuestra manera de ver, juega un papel definitivo en la solución del problema planteado. Se trata del artículo 50 CP, sobre todo su párrafo segundo. El contenido del artículo 50 de nuestro Código es uno de los más complejos de todo nuestro Derecho penal, prueba de

(128) SCHÜNEMANN, B., *Die Stellung der Unterschlagungstatbestände im System der Vermögensdelikte* -BGH St 14, 18, en JuS 1968, pág. 119.

ello es que ha atraído a juristas españoles de todos los tiempos. En este lugar no vamos a entrar en el estudio exhaustivo de los supuestos del «versare in re illicita» contemplados por el artículo cincuenta. Muy al contrario, sólo vamos a resaltar la función que su párrafo segundo cumple. Para ello, ningún ejemplo mejor que el que a nosotros nos ocupa (128 bis).

De los trabajos recientes, destaca el esfuerzo iniciado por Rodríguez Mourullo (129), y continuado por Muñoz Conde (130), de dejar claramente establecido el presupuesto y límite de aplicación de la norma del artículo 50. De los muchos ejemplos utilizados por la doctrina a éste fin, pocos han sido tan unánimemente considerados como la relación homicidio-lesiones. Más todavía, se llega a afirmar que el artículo 50, I, está pensando en típicos supuestos como el de quien con ánimo de producir lesiones ocasiona la muerte de la víctima (el llamado homicidio preterintencional). En tales supuestos, se dice, está llamado a producir sus efectos el artículo 50, apartado primero. La gravedad del resultado producido, en oposición al daño menor que el autor se propuso realizar, constituye su característica de cualificación por el resultado. Sobre la adecuación de este precepto al principio de culpabilidad y conformidad con los criterios de Política criminal no hemos de pronunciarnos aquí.

Mayor importancia tiene para nosotros el caso inverso, es decir, el supuesto de quien queriendo producir la muerte de la víctima sólo logra ocasionarle lesiones de una determinada gravedad. A mi manera de ver, no hay ningún inconveniente en pensar que tal supuesto encaja en la estructura del artículo 50, apartado II, con independencia de que se sostenga que quien actúa con ánimo homicida, abarca con aquél el dolo de lesiones, en cuyo caso no podría hablarse de delito cualificado por el resultado, ya que éste ha sido abarcado por el dolo del autor (131). Aparte de que no existe ningún obstáculo dogmático para extender a este supuesto el ámbito de aplicación del artículo 50, II, existen criterios de Política criminal que abogan a favor de esta solución. En efecto, piénsese en aquellos casos expuestos por nosotros en que el recurso a la normativa del concurso ideal de

(128 bis) No queremos pronunciarnos en este lugar sobre el «versari in re illicita» y el artículo 50. Tan sólo queremos poner de relieve cómo incluso partiendo de la tesis dominante en nuestra doctrina sobre la interpretación del artículo 50, debe absorber supuestos en los que no cabe apreciar cualificación por el resultado alguna.

(129) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, 1970, págs. 207-214.

(130) MUÑOZ CONDE, F., *Del llamado homicidio preterintencional*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974, págs. 164-186.

(131) Es significativo que R. SCHMITT, pese a sostener la teoría de que el dolo homicida abarca al dolo de lesiones, no obstante estima con buen criterio en estos casos la norma del concurso de leyes y no la del concurso ideal de delitos. R. SCHMITT, *Vorsatzliche Tötung und vorsatzliche Körperverletzung*, en *JZ* 1962, pág. 391.

delitos producía un absurdo privilegio del autor, sin que hubiese razón alguna de política criminal para ello, y sí sólo un defecto de técnica legislativa, a la hora de determinar las penas, por parte de nuestro Código penal.

Sería absurdo que el artículo 50, que tiene una clara finalidad de castigar más severamente aquellos supuestos en que se ha producido un resultado más grave que el deseado, no fuese aplicable a los casos en que el autor sí previó el resultado más grave. Concretamente el artículo 50, II, ha de ser aplicado al supuesto de la relación hurto-robo que exponíamos unas páginas más arriba. Allí veíamos cómo el supuesto del delito que comienza en robo y acaba en hurto producía una absurda agravación de la pena, por el simple hecho de que su autor no había podido salirse con la suya de ejecutar el delito más grave que se propuso, «teniéndose que conformar» con consumir el delito menos grave de hurto. Y todo ello en virtud de una aplicación mecánica de la norma del concurso ideal de delitos, en el sentido que le asigna la doctrina (*Klarstellungsfunktion*).

Decimos que el artículo 50, párrafo II, ha de ser aplicado a este caso porque no existe ninguna razón que se oponga a castigar de igual manera el supuesto de quien deseando cometer el delito más grave ha de conformarse con la producción de un resultado que no abarca el más grave propuesto. Y ello con independencia de que el resultado menos grave producido hubiese sido previsto o no por el autor. Como claramente se desprende de la interpretación simultánea de ambos párrafos del artículo cincuenta el Legislador español sólo ha querido castigar más severamente aquellos casos en que el resultado producido es más grave que el que su autor se propuso alcanzar, pero no en el caso inverso, en que se limita a señalar que se aplicará *única y exclusivamente* la pena correspondiente a lo realmente pretendido por el autor. Cuestión distinta sería que el Legislador hubiese tenido en cuenta de alguna manera el resultado menos grave realmente producido por la conducta de tentativa o frustración del delito más grave. Para ello hubiese sido suficiente con que, por ejemplo, hubiese determinado que la pena a aplicar fuese la correspondiente a la del delito más grave, intentado o frustrado, en su grado máximo; pero eso no lo ha querido el Legislador. Conclusión: en los casos en que el delito consumado sea menos grave que la tentativa o frustración del delito que el autor pretendió ejecutar, aquel resultado producido no es tenido absolutamente para nada en cuenta por el Legislador español, no pudiéndose hablar en estos casos de delitos cualificados por el resultado, a diferencia de lo que ocurre en el párrafo primero (132).

(132) Ver las teorías que sostienen que el dolo de homicidio abarca el dolo de lesiones, en SCHMITT *Tötung u. Körperverletzung*, págs. 389-391. Ver

Lo que queremos decir, al concluir que los supuestos de la relación hurto-robo y homicidio-lesiones encajan perfectamente en la estructura del artículo cincuenta, apartado segundo, es que con esa alternativa se evitan resultados desaconsejados desde el punto de vista de Política criminal y dogmático. Es absurdo que se castigue más severamente a quien queriendo realizar algo más grave observa cómo sus pretensiones han de quedarse en la realización de algo menos grave (en nuestro caso quien queriendo robar «ha de conformarse» con hurtar), que quien pretendiendo realizar lo mismo que el autor anterior produce sin saberlo un resultado menos grave. Y lo es porque el artículo 50, que está ahí para castigar más severamente determinados supuestos cualificados por el resultado, no puede volverse en su inverso y castigar más atenuadamente que en el caso en que el autor sí previó el resultado menos grave. Conclusión: *el límite en que actúa la normativa del artículo 50 en los delitos cualificados por el resultado ha de ser tenido también en cuenta cuando el resultado menos grave ha sido previsto por el autor. Ello quiere decir que la solución del caso analizado por nosotros encuentra apoyo legal en la interpretación propuesta del párrafo segundo del artículo 50 CP, que recogería un supuesto muy concreto del concurso de leyes.*

Veamos qué ocurre con la normativa concursal en el caso que nos ocupa: en un trabajo publicado recientemente por Günther Arzt (133), en el que estudia exhaustivamente la nueva regulación del robo y el hurto en el StGB, se plantea el mismo supuesto que nos ha servido a nosotros para el estudio de la relación hurto-robo, es decir, el delito que comienza en robo y acaba en hurto. La solución que propone Arzt es la misma que proponemos nosotros tras el estudio del delito «sui generis», es decir, el concurso de leyes, distanciándose pues de la doctrina dominante más propensa a estimar el concurso ideal de delitos. Problema peculiar del StGB es que en su nueva regulación los casos de robo con fuerza en las cosas, aparecen allí como formas agravadas del hurto, formalizados además en forma de regla-ejemplo. En efecto, tras describir y castigar en el § 242 el hurto, recoge el § 243, bajo el título de «supuestos especialmente graves del hurto», los siguientes casos: «(1) En los casos especialmente graves será castigado el hurto con pena privativa de libertad de tres meses a diez años. Un caso especialmente grave se da normalmente si el autor 1 para ejecutar el hecho, en un edificio, una vivienda, una oficina pública o de negocios, o en otro lugar cerrado, fractura, escala o penetra con una llave falsa u otro instrumento no apropiado para su apertura normal, o se mantiene escondido en tal lugar, 2. hurta una cosa

también, G. JAKOBS, *Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, Bonn, 1967, págs. 122-128.

(133) ARZT, G., *Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen. Gleichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele*, en *JuS* 1972, págs. 385-390, 515-520 y 576-581.

que aparece especialmente asegurada en un depósito o bajo cualquier otra forma de protección, 3. hurta con reiteración, 4. se apodera de una cosa que se encuentra en una Iglesia u otro edificio o lugar destinado al culto o a ceremonia religiosa, 5. roba una cosa de importancia para la ciencia, el arte o la historia o para el desarrollo técnico, que se encuentre en una colección accesible en general o expuesta al público, 6. hurta abusando de la situación de desamparo de alguien, de una desgracia o de un peligro público».

Lo que Arzt quiere decir es que, por tratarse de una forma agravada, ésta, la forma agravada, sólo se tendrá en cuenta cuando haya sido consumada, y, en caso contrario, no servirá para aumentar la pena a imponer al autor, que sólo responde por el hurto básico del § 242 (134). Arzt llega a la conclusión de que los supuestos de la regla ejemplo sólo se tendrán en cuenta para el delito consumado en la forma grave, mientras que en los casos de tentativa, aunque se dé un elemento que indique que se intentó consumar el delito en la forma grave, sólo se tendrá en cuenta el tipo básico, es decir, el parágrafo 242: «El § 243 regula el caso grave (consumado) de un hurto (consumado). Los §§ 243, 43 (tentativa) no son aplicables ni en la forma del hurto (consumado o intentado) en un caso grave intentado ni en la forma del caso grave de un hurto intentado» (135).

No vamos a entrar aquí a discutir si la fórmula de Arzt es la correcta, o si en algún momento se puede tener en cuenta la tentativa de la forma cualificada. Más importante nos parece constatar que 1. La solución propuesta por Arzt es válida tanto para el caso del StGB alemán que ha querido recurrir a la forma de regla-ejemplo, para caracterizar el robo con fuerza en las cosas respecto al hurto, como para el caso del Derecho español en que se muestran como delitos distintos, apareciendo aquella figura como uno de los dos grandes grupos de delitos de robo. Ello significa, por lo que se refiere a la cuestión de la concurrencia entre ambas figuras (el hurto básico y el agravado en el StGB; el hurto y el robo con fuerza en las cosas en nuestro CP), la exclusión del concurso ideal de delitos: «Se puede además hablar de un caso grave de un hurto simple (intentado) describiendo esto en la forma: §§ 243, 43. ¿Cómo se quiere sin embargo, expresar que el autor *ha intentado* un hurto simple intentado o consumado para cometer un hurto en un caso grave? La salida pensable de un concurso ideal entre los § 242 y §§ 243, 43 nos depararía el «novum» de una concurrencia entre un auténtico tipo (§ 242) y el § 243 de dudosa ordenación como tipo o regla de medición de la pena» (136). Y 2, la constatación de que en todos estos supuestos se observa la existencia de una parte de conducta delictiva que va a quedar impune..

(134) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, pág. 517.

(135) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, pág. 518.

(136) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, pág. 517, nota 15.

Recurrir como hace Arzt al carácter fragmentario del Derecho penal me parece un gran acierto, teniendo en cuenta, sobre todo, que la otra alternativa, concretamente la del concurso ideal de delitos, como propone la doctrina dominante, está muy próxima, si no incide de lleno, a la infracción del principio «non bis in idem», ya que por lo menos parte de la misma conducta delictiva se tiene en cuenta para llenar el contenido de injusto de dos tipos distintos, que se van a considerar realizados por el autor. Aunque mediante la norma del artículo 71 se procede a la imposición de una pena inferior a la correspondiente a los delitos considerados por separado, es presupuesto de aquella norma la realización de ambas figuras delictivas: «Por eso parece apropiado recurrir a la *naturaleza fragmentaria* del Derecho penal en la interpretación de los tipos en particular. Hemos de aceptar la necesaria laguna que se produce al renunciar a los §§ 243, 43» (137).

Conclusión: la solución del supuesto de hecho del delito que comienza a ser realizado como robo y acaba en hurto, en el caso que nos ocupa, ha de ser resuelta en favor de la norma del concurso de leyes, respondiendo el autor sólo por el delito consumado de hurto.

3. En el año 1959 realizó Arthur Kaufmann un comentario a la sentencia del BGH de 21 de noviembre de 1958 en la que se planteaba la cuestión de la posibilidad del delito continuado entre la forma simple y la agravada del cohecho en el StGB (§§ 331 y 332) (138). Para pronunciarse sobre este extremo, se vio Kaufmann en la necesidad de estudiar la naturaleza jurídica de ambos preceptos, es decir, si ambos preceptos implican la violación de la misma o diversa Norma, ya que, como argumentaba la sentencia de casación comentada, dependería de ese hecho que se pudiera o no hablar de un delito continuado entre ambas figuras: «Es suficiente que las distintas amenazas de pena manifiesten el mismo pensamiento en consideración a una fundamentación agravatoria o atenuatoria».

La sentencia del BGH y Kaufmann llegan a la conclusión de que ese presupuesto de la unidad de Norma violada no se da en el caso de los cohechos de los parágrafos 331 y 332. Kaufmann matiza más todavía, indicando que no es necesario que se realice el mismo tipo de la Parte especial, ya que basta con que en ambos casos se viole la misma Norma: «Decisiva para la igualdad de cada una de las acciones de que se trate en el delito continuado no es la igualdad del tipo penal realizado, sino la igualdad de la Norma lesionada; debe ser lesionada la misma prohibición u obligación penal, el mismo mandato jurídico». Como puede derivarse de las palabras textuales de Kaufmann, estamos prácticamente en el terreno en que la doctrina se plantea la existencia de un delito

(137) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, págs. 517-518.

(138) KAUFMANN, *Artuhr, Anmerkung zu BGHSt 12, 146, 146 ff.*, en JZ 1959, páginas 375-377.

«sui generis» o una forma cualificada del mismo delito, como en la evolución doctrinal del concepto delito «sui generis» hemos tenido ocasión de ver: «Mayoritariamente se acepta, al menos, que en la relación entre el delito básico y el tipo cualificado o privilegiado hay que aceptar igualdad de infracción jurídica» (139).

Haber llevado la argumentación a este terreno obliga a Kaufmann a afirmar que las dos formas del cohecho en el StGB se encuentran en relación de delito «sui generis», lo que impide la posibilidad del delito continuado entre ambas figuras, como la doctrina ya había señalado de manera general en la caracterización del delito «sui generis»: «Una vez demostrado que el cohecho grave y el atenuado no están en relación de especialidad mutua sino que representan delicta «sui generis», no viene en consideración el delito continuado entre ellas desde el punto de vista de la distinta cualificación del mismo hecho» (140). Y al final de su comentario expresa en qué consiste la diversidad de Norma violada en ambos casos: «Mirar el sentido de este precepto simplemente en el principio de lo "incomparable" de la función pública no es suficiente. La verdadera finalidad del § 332 StGB es la protección frente a un falseamiento de la voluntad estatal mediante el incumplimiento de los deberes de sus órganos; sólo de esta manera se puede justificar la severa amenaza penal. Pero tampoco se puede aclarar desde la prohibición de aceptar regalos la naturaleza del § 331 StGB; pues semejante aceptación de regalos es en sí misma neutra. Aquella no está prohibida en sí misma, sino a causa del "enorme peligro para una acción estatal ordenada y justa"» (141).

Un año después del artículo de A. Kaufmann aparece la monografía de E. Schmidt sobre el cohecho, modelo de investigación sobre un tema de la Parte especial del Derecho penal. El trabajo tiene un doble mérito, realizar la interpretación de determinados parágrafos del StGB y detectar la evolución operada por el delito en cuestión a través de la Jurisprudencia alemana.

Tema central de la obra es el estudio del cohecho del funcionario que actúa dentro de la esfera discrecional en que a veces se mueve la Administración (*Ermessensbeamte*). Para la Jurisprudencia criticada por E. Schmidt, el funcionario que se mueve

(139) Los §§ 331 y 332 de la antigua redacción del StGB decían así:

«331: El funcionario que acepta, exige o se hace prometer regalos u otras ventajas para una acción en el ámbito de su función, no antijurídica en sí, será castigado con una pena pecuniaria o privativa de libertad de hasta seis meses».

«332: El funcionario que acepta, exige o se hace prometer regalos u otras ventajas para una acción que contiene una lesión de los deberes de la función o servicio, será castigado por cohecho con una pena de privación de libertad de uno a cinco años».

(140) KAUFMANN, *Anmerkung*, pág. 376.

(141) KAUFMANN, *Anmerkung*, pág. 377.

en ese terreno y acepta la recompensa ofrecida por el particular, al objeto de que decida a su favor el asunto en cuestión, incide en el más grave de los cohechos, es decir, en el cohecho con infracción del deber del § 332 StGB. Aun con indiferencia de si en su fuero interno dicha recompensa va a influir o no en el futuro acto administrativo, ya que, se dice, el simple hecho de la aceptación de la recompensa lesiona el Bien jurídico protegido por dicho parágrafo que es la imagen de la Administración, que se ve deteriorada por el simple hecho de que «se pueda pensar» que sus funcionarios se dejan sobornar, aunque dicho soborno no influya realmente en la decisión definitiva de aquél.

Sin embargo, la interpretación realizada por la Jurisprudencia no respeta la letra de la ley, que, además, establece una diferencia de pena tan grande entre ambos preceptos del cohecho como para que no resulte adecuado castigar al *Ermessensbeamte* conforme al § 332. Para que ello sea posible es preciso que dicho funcionario obre con la intención de tener en cuenta la recompensa ofrecida en el momento de la decisión. Como afirma Bockelmann en la recensión hecha a la obra de Schmidt: «Un funcionario que es recompensado cae en el peligro de tener en cuenta la recompensa en el momento de tomar una decisión, por eso ya la aceptación o solicitud de la recompensa están prohibidas con una pena. Pero otra cosa es si aparenta la intención de adoptar una decisión antijurídica y ejecutarla, o realmente se adopta; esa diferencia no puede ser borrada, en cualquier caso no, si el olvido de la diferencia significa la entrada de una pena grave de presidio (*Zuchthausstrafe*) en lugar de una pequeña pena de prisión» (142). Y más adelante continúa caracterizando la línea seguida por la Jurisprudencia: «Según RGSt. 74, pág. 251, el § 332 no exige ni que el *Ermessensbeamte* haya cometido realmente una acción antijurídica ni que se haya decidido a ello (es decir, se haya dejado influenciar por la ventaja en la libertad de su discrecionalidad). Debe ser suficiente que acepte la ventaja o la promesa de una ventaja, en tanto que reconoce que quien realiza la promesa espera de él una acción antijurídica. Puesto que para la realización del tipo subjetivo es suficiente el dolo eventual, basta que el funcionario tenga por posible que su «Partner» cuente con una acción de funcionario contraria al deber como pago de la ventaja reservada, pedida o prometida» (143).

Una vez expuesto el criterio de la Jurisprudencia alemana, se cuestiona Schmidt si aquél es correcto, si es suficiente que el funcionario haya asentido externamente a la pretensión del particular o es necesario que realmente haya querido decidir a favor de aquél el acto administrativo, recaído o todavía por recaer. Schmidt defiende enérgicamente que el funcionario sólo puede ser

(142) BOCKELMANN, P., *Buchbesprechung*, ZStW (72), 1960, 251-259, pág. 255.

(143) BOCKELMANN, *Buchbesprechung*, pág. 256.

castigado conforme al más grave de los cohechos si realmente está decidido a realizar una acción antijurídica, es decir, contraria a su deber, no bastando con la apariencia externa. Nuevamente podemos recurrir a Bockelmann, que ha sintetizado la argumentación de Schmidt de la siguiente forma: «Además, a primera vista aparece ya una clara distinción entre el cohecho grave y el leve en el terreno de aquella concepción que considera suficiente la simple "connivencia objetiva" para llenar el tipo del § 332. Que la convención de los partícipes según aclara su contenido, hace referencia a una acción antijurídica, distancia al cohecho pasivo grave del simple. También el punto de vista de Política criminal parece exigir que la reserva mental del funcionario, de no realizar el incumplimiento del deber prometido, no debe ser considerada. ¿Pues no resulta ya gravemente dañado el prestigio de la función pública cuando el funcionario despierta la apariencia de que la decisión y las obligaciones de los funcionarios son comprables mediante pago?» (144).

La discusión en torno al *Ermessensbeamte* es de enorme interés, a nuestro entender, para la distinción entre las dos formas del cohecho de los párrafos 331 y 332 del StGB. En efecto, según se interprete la función del párrafo 332, y por ende según la solución que se le dé al problema del *Ermessensbeamte*, se sostendrá un entendimiento distinto de la relación en que se encuentran ambos cohechos, y se habrá dado un paso para la solución de los problemas que han ocasionado esta exposición. Para Eberhard Schmidt, que sigue en este punto a Arthur Kaufmann, los cohechos de los párrafos 331 y 332 no son forma simple y agravada de un mismo delito, sino distintos delitos. El párrafo 332 no representa «algo más» que el párrafo 331, sino «algo distinto»: «Pero contra ello choca que el § 332 no tiene el sentido de castigar más severamente los casos graves de soborno. Si tuviese ese sentido el cohecho grave, no sería sino un caso cualificado del simple cohecho pasivo, de tal manera que no se podría comprender la amenaza de la Ley con la pena de presidio. La diferencia entre el caso simple y el cualificado no permite aclarar el paso de una pena de prisión de uno a seis meses a otra de uno a cinco años de presidio. De ahí que el cohecho grave en comparación con el cohecho simple no sea "más" sino "otra cosa". El § 332 castiga el "falseamiento de la voluntad estatal mediante el incumplimiento de las obligaciones de sus órganos". Sólo se puede aplicar donde semejante falseamiento ha tenido lugar o se ha emprendido, donde el funcionario ha decidido realmente llevar a cabo la lesión de sus deberes públicos» (145).

Vayamos directamente al problema concursal entre ambas figuras del cohecho. Sobre la solución de los problemas planteados

(144) BOCKELMANN, *Buchbesprechung*, pág. 257.

(145) BOCKELMANN, *Buchbesprechung*, pág. 257.

por Hassemer (el funcionario realiza un acto antijurídico en la creencia de que es conforme a Derecho) y por mí (el funcionario cree que el acto es constitutivo de delito o antijurídico sin serlo) se ha pronunciado Eberhard Schmidt, conforme a la que podemos considerar doctrina dominante, es decir, partiendo del carácter *autónomo*, de delito «sui generis», de ambas figuras del cohecho.

Por lo que se refiere al primer supuesto, el ejemplo de Hassemer, afirma Schmidt: «Si desconoce el funcionario erróneamente la antijuricidad de su acción, entonces carece del dolo exigido para el delito del § 332. Su representación se corresponde con la del § 331. Por eso se ha supuesto muchas veces que el autor ha de ser castigado no conforme al § 332, sino conforme al § 331. En este sentido, la posibilidad del castigo dependen de la relación en que estén el § 331 y el 332. Para ello se mostrará abajo, en el Capítulo 3, IV, que se trata de una relación aliud-aliud. El § 332 no es un caso especial del § 331. El § 331 sólo puede venir en cuestión cuando la acción emprendida o proyectada es objetivamente adecuada a Derecho. Si la acción como ha ocurrido, o haya de ocurrir, es antijurídica, entonces estamos en el ámbito de aplicación del § 332. La consecuencia es que, con el desconocimiento erróneo de la antijuricidad, no se correspondería la punición conforme al § 331 con el sentido de este tipo. Naturalmente vendría en cuestión una sanción administrativa» (146). Ello quiere decir que la conducta del funcionario, pese a reunir *todas* las características del más simple de los cohechos, queda impune porque *además* concurre una circunstancia objetiva no prevista por el autor. La argumentación de Eberhard Schmidt no puede ser más formalista y, sobre todo, contraria a los criterios de política criminal que ya hemos denunciado en otras ocasiones.

De manera parecida argumenta Schmidt por lo que se refiere al supuesto inverso de prever subjetivamente algo que objetivamente no existe, sea la antijuricidad del acto del funcionario, sea el delito a que se refiere nuestro legislador en la forma más agravada del cohecho: «A la inversa, si el funcionario opina que la acción es antijurídica a causa de las circunstancias constitutivas de la antijuricidad que la acompañan (por ej. porque él se deja pagar) o supone la antijuricidad porque desconoce el auténtico estado de la situación que fundamenta la acción emprendida por él, entonces no puede considerarse en absoluto un delito *consumado* del § 332. Sólo hay que cuestionarse si estamos ante una tentativa imposible del § 332 o ante un delito putativo impune. Pero la antijuricidad de la acción del funcionario en el tipo del § 332 tiene como objeto de referencia la ventaja y con ello, como parte

(146) SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, München, 1960, pág. 114.

especial de la relación de equivalencia en el núcleo del tipo, el significado del elemento típico acompañante. La cuestión es que el autor supone erróneamente un elemento típico acompañante que no concurre. Esto es, según la doctrina subjetiva dominante de la tentativa, una tentativa imposible. De ahí la punibilidad conforme a los §§ 332, 43» (147). Como puede verse, E. Schmidt se pronuncia en este caso en favor de la tesis de considerar de error sobre el tipo el que afecta al «elemento normativo» constituido por la «antijuricidad» del acto administrativo que aparece en la definición del cohecho del parágrafo 332, llegando a considerar a dicho supuesto como una tentativa imposible (punible en el Derecho alemán) y no un «delito putativo» (impune), tema muy discutido y polémico en la doctrina. Sobre este supuesto no queremos pronunciarnos ahora. Tampoco queremos pronunciarnos sobre los resultados injustos y desaconsejados desde el punto de vista de Política criminal que se producen a la hora de determinar la pena con la solución propuesta por Schmidt. De ello ya hemos tenido ocasión de hablar.

Mayor importancia y motivo de la introducción de esta constelación de casos en nuestro trabajo sobre el delito «sui generis» (lo mismo podría decirse del grupo de delitos: *acusación y denuncias falsas*, libro II, Título IV, Cap. I, y *falso testimonio*, Cap. II, de estructura semejante al cohecho, por lo que se refiere a la distinción en formas graves y básicas en atención al elemento normativo contenido en ellos de que el objeto de la acción sea un delito o una falta, o se realice el falso testimonio en un procedimiento u otro) es la base argumentativa de Eberhard Schmidt, el recurso al concepto delito «sui generis» (al igual que Arthur Kaufmann), concebido de manera *rígida* y con la atribución «a priori» de una serie de consecuencias jurídicas, que se han de derivar automáticamente, sin previsión de los resultados injustos, e incluso absurdos, a que se puede llegar con semejante interpretación, como lo demuestran los supuestos concretos que hemos considerado.

De todo ello se deriva una vez más la necesidad de afrontar el tema delito «sui generis» de manera distinta a la realizada hasta ahora, dándole un carácter mucho más flexible y práctico, y utilizándolo como instrumento que permita resolver el caso concreto planteado de una manera más conforme a la Idea de Justicia, eligiendo para ello el camino más adecuado que en ningún caso es la *vaga generalización*, el conceptualismo alejado de la realidad, realidad a la que debe estar dirigida la actividad del jurista.

La solución de los problemas que en los casos de error se presentan entre las distintas figuras del cohecho de los artículos 385, 386 y 390 de nuestro Código penal (en el artículo 390 precisamente encajaría la figura del *Ermessensbeamte* que tanto ha preocu-

(147) SCHMIDT, *Bestechungstatbestände*, págs. 114-115.

pado a la doctrina alemana) requiere una mayor comunicación entre ellas, pues la vía del delito «sui generis», como hemos visto, no permite solucionar los problemas planteados.

Fritz Loos (148), recientemente, en el libro homenaje a Welzel, se ha vuelto a ocupar del tema, desde el punto de vista además del bien jurídico protegido. Acudiendo a Schröder, que ya en su día, en el momento en que la cuestión estaba más encendida (149), se pronunció aisladamente en favor de una mayor conexión entre las distintas modalidades del cohecho; y, sobre todo, al funcionalismo de la teoría sociológica y al concepto *Vertrauen* de Luhmann, establece el siguiente escalonamiento del cohecho, que a mí me parece bastante convincente: «Por contra el BGH y especialmente Schröder, que trató de poner en conexión sistemática el punto de vista desenvuelto por la jurisprudencia, observan en cada aceptación de una ventaja, indiferentemente de que aquélla sea el equivalente de una acción contraria o conforme a deber, un peligro para el funcionamiento de la Administración, mediante el deterioro de la confianza pública en la neutralidad de las decisiones administrativas. El § 332 se ve como cualificación del § 331 porque se produce una conmoción más fuerte de la confianza del público mediante la apariencia de venalidad para acciones antijurídicas» (150). Como puede verse, la tesis inicial de Schröder, remozada por Loos, permite una mayor conexión, capaz de resolver los problemas que nos ocupan, sin que por otra parte se pierda la constancia de la mayor gravedad de un cohecho respecto de los otros: «También para Schröder se parte en el § 332 de que precisamente de la disposición del funcionario para una acción antijurídica se espera un efecto negativo superior sobre la confianza del público. Que también el funcionario —es posible que actuando engañosamente—, que sólo refleja su disposición deteriora esa confianza, por supuesto de otra forma, no dice nada en contra. El ejemplo negativo de la disposición a la lesión de los deberes del funcionario como tal debe ser más grave cuanto más decidido esté el funcionario a aquella lesión» (151).

(148) LOOS, F., *Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte*, en *Festi. für H. WELZEL*, Berlín, 1974, págs. 878-895.

(149) SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten*, en *GA* 1961, págs. 289-298. A los ya citados trabajos de KAUFMANN, SCHMIDT y BOCKELMANN hay que añadir los de H. FUHRMANN (*Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu § 332 über den Ermessensbeamten*, en *ZStW* 72, 1960, págs. 534-588); H. HENKEL (*Die Bestechlichkeit von Ermessensbeamten*, en *JZ* 1970, págs. 507 ss.); U. KLUG (*Psychologische Vereinfachungen und strafrechtliche Folgerungen bei der Auslegung der Bestechungstatbestände*, en *JZ* 1960, págs. 724 ss.); J. BAUMANN (*Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, Heidelberg, 1961); F. GEERDS (*Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung*, Tübingen, 1961), y E. SCHMIDT (*Die Sache der Justiz*, Göttingen, 1961, págs. 51-86).

(150) Loos, *Bestechungsdelikte*, pág. 880.

(151) Loos, *Bestechungsdelikte*, págs. 893-894.

La diferencia, pues, entre las distintas figuras del cohecho es gradual, no habiendo por ello ningún inconveniente en estimar el delito continuado cuando dicha continuidad esté constituida por las diversas figuras del cohecho (152). Asimismo, en el supuesto de que el autor del delito yerre sobre el elemento normativo «delito» o «acto injusto» no habrá inconveniente en castigarlo por aquel de los cohechos cuyas características se den en toda su extensión, sin tener en cuenta lo realizado objetivamente pero no abarcado por el dolo del autor principal, ni lo que el autor se propuso hacer sin que se diesen los elementos objetivos necesarios. A todos estos efectos, las distintas figuras del cohecho no se encuentran en una relación de delito «sui generis», no siendo posible la consideración autónoma de cada una de ellas.

IV

Al final de lo expuesto hasta ahora creo que es necesario hacer una síntesis que impida la dispersión de los numerosos puntos que hemos tratado, que nos permita además ver la conexión existente de los problemas en cuestión. Como punto de partida de nuestra reflexión, y como el título de este trabajo reza, se encuentra el problema concursal de la distinción entre el concurso ideal de delitos y el de leyes. Y en función de este problema, que analizaremos con detalle en la segunda parte, nos hemos visto en la necesidad de señalar el «modus operandi» en el estudio de esta materia, lo que nos ha llevado a tratar el «delictum sui generis», como figura de la Parte especial donde más frecuentemente se producen los problemas fronterizos que en definitiva nos interesan. La concurrencia, el conflicto, que en toda ocasión se presenta cuando se plantea por la doctrina la presencia de dos tipos de la Parte especial que en parte se equiparan y en parte no, junto con indicarnos la presencia de problemas concursales entre ambos y la posibilidad de reducir la relación a delito «sui generis» nos está indicando algo previo y común, a los problemas concursales y de delito «sui generis», el problema más genérico de la *Interpretación de la ley penal*.

Los problemas concursales que tratamos de detectar y los referentes al delito «sui generis» son en definitiva problemas de interpretación. Una vez expuesta la conexión de estos tres problemas a lo largo de todo el trabajo, conviene que resumamos las conclusiones a que hemos llegado en cada punto.

1. Por lo que se refiere al «delictum sui generis», hay que señalar en primer lugar el *error procedendi* de la doctrina al decidirse por la calificación «delictum sui generis», delito autónomo,

(152) Loos, *Bestechungsdelikte*, pág. 895.

de manera conceptual, es decir, en base a alguna razón (que no tiene por qué ser falsa en un determinado caso) de la cual se hace depender una serie de consecuencias, deducidas automáticamente, que afectan principalmente al concurso, la participación y el error, sin plantear la cuestión de la autonomía en el extremo concreto a debate. Como ejemplo de esta manera de proceder baste señalar la polémica suscitada por Arthur Kaufmann y Eberhard Schmidt en Alemania sobre el cohecho; o la actitud de la doctrina española dominante sobre la autonomía del asesinato, parricidio e infanticidio frente al homicidio.

Muy por el contrario, la actitud del intérprete ante el tema ha de ser otra, mucho más concreta y práctica. La calificación «*delictum sui generis*» no puede ser una excusa para que el intérprete no tenga que analizar el caso concreto, el problema en cuestión y la solución que se deduce del estudio de los tipos, es decir, la posibilidad de obtener una solución justa que no entre en conflicto con la interpretación a realizar de los tipos en cuestión, en relación de delito «*sui generis*» aparente. La calificación «*delictum sui generis*» no se encuentra al principio del proceso de interpretación, condicionándola, sino al final de la misma, como conclusión de los resultados interpretativos a que se llega después de plantearse una serie de problemas que afectan fundamentalmente al concurso, la participación y el error. Esta manera de proceder que propugna la más reciente doctrina que se ha ocupado del tema, representada fundamentalmente Haffke y Hassemmer, puede resumirse de la siguiente manera: de un delito puede decirse que se encuentra en relación de «*delictum sui generis*» respecto a otro cuando en alguno de los extremos a que nos hemos referido antes la existencia de algún defecto en los elementos constitutivos del tipo cualificado no determina sin más el paso al tipo básico, es decir, cuando el tipo cualificado no es un *plus* respecto al tipo básico, sino un *aliud*, por lo que la ausencia de alguno de los elementos constitutivos de la cualificación no determina la entrada automática del tipo básico subsidiario. En otro caso no, y sólo se podría hablar de tipo cualificado no autónomo.

En nuestro trabajo sobre el «*delictum sui generis*» hemos tratado de reducir la problemática en cuestión al tema concursal, y además de la frontera entre el concurso de leyes y el ideal de delitos. Lógicamente, estando constituida la relación «*delictum sui generis*» por un *aliud*, al llegar al necesario problema concursal, habrá que inclinarse por la solución del problema interpretativo en cuestión conforme a la norma del concurso ideal de delitos, pues en definitiva estamos ante un mismo hecho que constituye más de un delito, ya que todos los caracteres de uno se hallan contenidos en el otro. Así, pues, estaremos ante una ecuación «*delictum sui generis*» = concurso ideal de delitos; mientras que en el caso inverso del delito cualificado no autónomo la norma a

aplicar (por la misma razón interpretativa) será la del concurso de leyes, ya que el tipo cualificado, al representar sólo un *plus* recoge todas las características del tipo básico y algo más; por lo cual, la ausencia de alguna de las características constitutivas del «plus» determina automáticamente la entrada del tipo básico, razón por la cual no puede decirse que el mismo hecho constituya dos o más delitos, pues sólo se realiza uno: el básico o el cualificado. Obviamente, la solución del problema interpretativo en cuestión estará en la norma del concurso de leyes y no en la del concurso ideal de delitos.

2. Todo trabajo como el que aquí hemos acometido, y que trate de conectar dos temas como el del delito «sui generis» con el del concurso, está abocado necesariamente a convertirse en un trabajo de *Interpretación*. A todo planteamiento sobre el tema «delictum sui generis» subyace una solución por vía de la interpretación. El origen y la solución de una relación entre dos tipos de la Parte especial de la que se dice reúne las características del llamado delito «sui generis» estará en la interpretación de los tipos en cuestión. El problema de la *relación de especialidad*, por ejemplo, es común al delito «sui generis», a la teoría general de la interpretación y al concurso de leyes. Ante esta realidad uno no tiene más remedio que preguntarse si no estaremos ante un único, un mismo problema.

La premisa de que hemos partido para el estudio del delito «sui generis», real o aparente, ha sido la de considerar no sólo la importancia del tipo básico en la interpretación del cualificado, sino que hemos procedido también al revés, en el buen entendimiento de que el tipo cualificado afecta de alguna manera al tipo básico, sea porque le arrebatara alguno de los supuestos que caerían en su ámbito si aquél no existiese, sea porque al estar pensado para un grupo de casos no incluidos en el marco del tipo básico está indicando al intérprete el límite preciso más allá del cual no puede ampliarse la aplicación del tipo básico, declarando la incommunicabilidad entre ambos. Así, pues, el tipo básico es elemento esencial en la interpretación del tipo cualificado, y el tipo cualificado lo es en la del básico. Precisamente por no haber procedido de esta manera ha incidido la doctrina, a veces, en errores lamentables. Una prueba de ello la veíamos al estudiar la ayuda al suicidio, donde concluíamos la existencia de un terreno común al homicidio y a la ayuda al suicidio constituido por la producción de la muerte de alguien con un ánimo o con otro, independientemente de cual sea la voluntad de la víctima; con lo cual se pone de manifiesto cómo puede facilitar la labor del intérprete esta manera de proceder del legislador.

El intérprete no puede limitar su labor a subsumir el supuesto de hecho en el tipo penal que considere adecuado en ningún caso, y menos en éstos, ya que los otros tipos con los que aparece empa-

rentado condicionan su interpretación. Con ello se pone de manifiesto la importancia interpretativa de ese elemento que se ha dado en llamar *contexto* (Zippelius), que en materia concursal se presenta con todo su esplendor. El intérprete no lleva a cabo una tarea de simple subsunción del supuesto de hecho en la norma jurídica, sino que más bien realiza una labor de *hermenéutica*, según la cual la consideración de la norma a aplicar no debe ser realizada aisladamente, sino en conexión con el ordenamiento jurídico en su totalidad, donde está inserta, especialmente con las más próximas. En este sentido podemos decir que la normativa concursal, como la ubicación sistemática entre los artículos del Código destinados a determinar la pena demuestra no tiene otra finalidad que la de permitir resolver un problema interpretativo, el que plantea el conflicto entre varias normas penales con vocación de ser aplicadas al caso en cuestión.

La determinación de la pena que toda norma penal contiene para el supuesto de hecho abstracto recogido en su presupuesto, forma parte esencial de la misma. Ello quiere decir que a la hora de interpretar la norma en cuestión aquélla puede y debe ser utilizada como elemento esencial. No tener en cuenta esta realidad puede llevar a resultados injustos y desaconsejados político-criminalmente. En todos los supuestos que hemos analizado para desarrollar nuestro concepto del delito «sui generis» hemos prestado especial atención a la pena como elemento esencial para determinar una u otra interpretación de la norma en cuestión, resaltando los resultados absurdos desde el punto de vista de la pena a aplicar que se deducen de una interpretación determinada de la norma penal en cuestión. Así decíamos que sería absurdo castigar más severamente a quien no puede conseguir su empeño inicial de robar, teniéndose que conformar con hurtar; o al funcionario que desde un principio quiere dejarse sobornar para realizar un acto administrativo injusto que a quien cree que se trata de un delito, etc.

3. Como acabamos de decir unas líneas más arriba y a lo largo de todo este trabajo, la normativa concursal, ubicada sistemáticamente en el Capítulo dedicado a la determinación de la pena, tiene en nuestro Código penal una función muy concreta, quizá más modesta que la misión que se le ha querido atribuir por la doctrina. La función de la normativa concursal se reduce a servir de apoyo para la solución de aquellos problemas interpretativos en que de una manera o de otra dos o más preceptos del Código pretenden ser aplicados al caso concreto. Como quiera que el conflicto en cuestión puede ser de diversa naturaleza, ya que las normas que concurren pueden excluirse totalmente, sólo en parte o ser aplicadas ambas en toda su extensión, se han habilitado las formas del concurso de leyes e ideal y real de delitos, que esta-

blecen cuál haya de ser la pena a tenor de la solución dada al conflicto.

Por lo que se refiere a la solución del conflicto, hay que decir que sólo se produce en la sede de las normas en cuestión (nunca en la norma concursal, que sólo interviene después para facilitar al intérprete la determinación de la pena justa). Es la interpretación de las normas de la Parte especial que «quieren» ser aplicadas simultáneamente la que nos permitirá encontrar la solución justa del problema.

Teniendo la normativa concursal una finalidad tan específica como la acaba de exponer, en el marco de la determinación de la pena, quiere ello decir, como es fácil suponer, que la pena que toda norma penal contiene, como consecuencia enlazada a un presupuesto constituido por la descripción típica de la norma en cuestión de la Parte especial, y a la que tan importante función asignábamos en la interpretación de la ley penal, va a jugar un papel fundamental en la solución de los problemas concursales que se puedan presentar, de tal manera que cualquier interpretación que se proponga para la solución de los problemas suscitados por el concurso de varias normas de la Parte especial debe ser verificada en relación con la pena resultante en comparación con la correspondiente a cada uno de los tipos en que parece que el supuesto de hecho puede ser subsumido, como así mismo con la pena resultante de las otras modalidades del concurso, pues será en definitiva la norma concursal que permita una solución más justa para el caso en cuestión la que será tenida en cuenta (*Vorverständnis*). La normativa concursal aparece pues completamente funcionalizada, abierta. La normativa concursal carece de autonomía, siendo un capítulo del tema más amplio de la *interpretación de la ley penal*, en conexión directa con el cual ha de ser siempre estudiada, evitando con ello la abstracción, el conceptualismo, que tan funestos efectos ha producido en toda esta materia.

Tratemos de explicar lo acabado de exponer con un ejemplo. Para nuestro interés nada más claro que comparar las dos constelaciones siguientes: la del delito que comienza en robo y acaba en hurto, supuesto que hemos analizado *in extenso* en este trabajo; y la del delito que empieza en asesinato y termina en homicidio (supuesto estudiado por Gimbernat en sus *Estudios penales*) (153). Dejando aparte la fundamentación dogmática que proporciona Gimbernat para su argumentación de la solución del *concurso ideal de delitos*, sólo queremos hacer resaltar que esta solución es la correcta (o no está en desacuerdo con la medida de la pena de los respectivos tipos en conflicto) desde el punto de vista que hemos querido contemplar el problema del concurso

(153) GIMBERNAT ORDEIG, E., *El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio*, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 153-162.

y de la interpretación de la ley penal. Punto de vista que coincide con el que nos lleva a desestimar la solución del concurso ideal de delitos en el caso del robo intentado que acaba en hurto consumado, donde, pese a la semejanza del supuesto estudiado por Gimbernat, tal solución no es armonizable con la pena correspondiente a los tipos en conflicto, lo que nos ha llevado a encontrar la solución en el *concurso de leyes*. Ello creo que, a manera de conclusión, nos pone suficientemente de relieve la función que hemos querido atribuir a la normativa concursal, y el alto significado interpretativo que contiene la pena como elemento constitutivo del tipo.

