

EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

I. EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

El principio *non bis in ídem* es una regla elemental dentro del sistema penal. Al menos de aquel deseoso de ser democrático. Con carácter general, este principio consagra el derecho a no ser *sancionado* o *juzgado* dos veces cuando hay identidad de sujeto, de hecho y de fundamento, por lo que además de configurarse como un derecho subjetivo del ciudadano, se impone como una limitación constitucional al *Ius Puniendi* del Estado.

Aunque es un principio que no está expresamente contemplado en nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional –STC 2/1981, de 30 de enero– ya tuvo la oportunidad de señalar que, sin duda, es un principio de trascendencia constitucional vinculado al principio de legalidad y que, por tanto, es susceptible de amparo (art. 53.2 CE y art. 41 LOTC).

De esta definición genérica se desprende que este principio repliega sus efectos tanto en el ámbito del Derecho penal –en sentido sustantivo– como del Derecho procesal penal –en sentido adjetivo. En *sentido adjetivo o procesal* se pone el acento en las garantías procesales, en definitiva, en la prohibición de que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho o, dicho de otro modo, veda que un mismo hecho puede ser objeto de dos procesos. Aquí alcanza su sentido lo que se denomina la «cosa juzgada», que es el efecto que producen las resoluciones judiciales que ya no son recurribles –adquiere firmeza– y deviene en inmutable –salvo casos muy excepcionales– la decisión que se haya tomado acerca de la responsabilidad penal del sujeto en esos hechos.

En sentido *material*, incide en la vertiente sancionadora, esto es, en el derecho a no ser sancionado dos veces. Este principio actúa fundamentalmente prohibiendo que sobre el mismo supuesto de hecho recaiga una duplicidad de consecuencias jurídicas –una infracción administrativa y un delito. Pero no solo se infringe este principio con una doble sanción por parte distintos ordenamientos jurídicos y órdenes jurisdiccionales, sino también por una doble *valoración* de hecho y fundamento dentro de las normas penales. Así, es fácilmente visible que cuando un sujeto se apodera de un bien mueble ajeno con intimidación no podrá calificarse el hecho, por un lado, como robo y, por otro, como hurto en concurso medial con un delito de amenazas, ya que el desvalor del hecho queda contemplado en toda su extensión en el tipo complejo del robo que absorbe los elementos típicos del hurto y la amenaza.

En este mismo sentido, el art. 67 del CP establece la regla de la inherencia y que no permite aplicar las agravantes «*que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la*

conurrencia de ellas no podría cometerse». Este precepto impide que puedan apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que ya han sido tenido en cuenta para subsumir un hecho en un tipo penal u otro. Un buen ejemplo del efecto de este precepto se observa claramente en el ejemplo de la circunstancia agravante de alevosía que eleva el homicidio (art. 138) a la categoría de asesinato (art. 139.1). En efecto, en este caso ya se ha valorado bajo la figura del asesinato que el sujeto causó la muerte de otro lo hizo con alevosía. De modo que querer aplicar, además, la agravante genérica de alevosía del art. 21.1 daría lugar a una infracción del *non bis in ídem* porque ya hemos tenido en cuenta esa circunstancia para calificar el hecho de matar a otro más gravemente. El reflejo de esta diferencia no solo es meramente nominal, es decir, no simplemente consiste en afirmar que el sujeto responsable de matar a otra persona es autor de un delito de asesinato y no de un delito de homicidio, sino que eso conlleva una pena mucho mayor que pasa de los 10 a 15 años previstos para el homicidio a los 15 a 25 años que contempla el asesinato. Esa elevación en la pena se debe, precisamente, a la concurrencia de alevosía que el Derecho penal castiga más severamente dado que el autor alcanzó su propósito neutralizando las posibilidades de defensa de la víctima, asegurándose de esa forma el resultado deseado. En cierto modo, se podría decir que los 15 primeros años de prisión sancionan el resultado de muerte que el asesinato comparte con el homicidio –mismo desvalor de resultado– y el incremento de los 10 años que incorpora *ex novo* el asesinato respecto al homicidio por «el modo» en que causó esa muerte –distinto desvalor de la acción–.

La pervivencia del *non bis in ídem* requiere un juicio de ponderación entre los bienes jurídicos que se han visto lesionados como consecuencia de la acción del sujeto y los tipos penales que quedan concernidos para su desvaloración. Cuando varios tipos penales tutelén el mismo bien jurídico habrá que optarse por aquél que de modo más completo y específico describa el marco de ejecución del suceso. En el caso de que haya un sustrato de lesión con relevancia penal que no ha quedado valorado por el tipo será el momento de plantearse la apertura de un concurso de delitos. Un ejemplo de esto último sería el de las lesiones que sufre la víctima con ocasión de un delito de violación (art. 179 CP). El Tribunal Supremo (v.gr., STS, Sala 2ª, 62/2018, de 5 de febrero, FJ. 8) distingue dos situaciones: si las lesiones son consustanciales al acto de penetración –por ejemplo, lesiones genitales– pero no han sido dolosa o imprudentemente abarcadas por su autor, estas se entienden desarrolladas en unidad natural de acción, es decir, que al ser tan estrecha su vinculación al acto de penetración que da lugar a la violación quedan absorbidas en su desvalor y no se pueden sancionar independientemente; pero si, en cambio, son lesiones como consecuencia de la violencia que se emplea para lograr imponer el acto de penetración habrá que aplicar también el tipo de las lesiones, ya que la integridad

física ni se tutela ni ha de verse afectada por la violencia en los delitos de agresión sexual y violación. Admitir lo contrario sería tanto como exhortar a la víctima a que ejercer tal resistencia que el autor del delito se vea en la «necesidad» de emplear una violencia más allá de lo meramente instrumental.

Este ejemplo pone de manifiesto que el elemento clave en este análisis es decidir si estamos ante una *unidad de hecho* o una *pluralidad de hechos*, pero esto no se debe decidir conforme a criterios naturalísticos en el que el número de movimientos corporales o resultados materiales determinen aquella unidad o pluralidad, sino que solo se puede decidir atendiendo a la tipicidad de los delitos, es decir, a la descripción del supuesto de hecho, pues son los tipos penales los que fragmentan y recortan la realidad en función de la modalidad de ataque al bien jurídico que se quiere castigar. En el ejemplo expuesto estamos ante dos supuestos de pluralidad de acciones. Sin embargo, en el primero solo se entiende aplicable el delito de violación y, en el segundo, el delito de violación en concurso con un delito de lesiones (algunos de los arts. 149 y ss.) y ello porque, a pesar de ser dos marcos de ejecución similares, en uno se ha generado una lesión adicional que no queda desvalorada por el tipo de violación y el legislador ha decidido mediante la tipificación de los delitos de lesiones que la integridad física ha de tutelarse autónomamente.

Son diversas, por tanto, las hipótesis que se barajan: 1) que un único hecho infrinja varias normas penales que estructuralmente son similares y tutelan, total o parcialmente, el mismo bien jurídico (concurso de normas –especialidad–); 2) que una única acción infrinja varias normas penales cuyos bienes jurídicos estén protegidos por el legislador de modo independiente (concurso ideal de delitos); 3) que una pluralidad de hechos infrinjan, en principio, varias normas penales, pero que han sido unificadas bajo un solo tipo penal más amplio o complejo que contempla en su descripción todas esas infracciones (concurso de normas –consunción–); 4) y, finalmente, una pluralidad de hechos cada uno de los cuales comete un delito autónomo (concurso real o medial de delitos).

Por lo tanto, tal y como afirman ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2017: 178) «la unidad o pluralidad de hechos se alza como la frontera de separación entre el concurso aparente de normas penales y el concurso de infracción». Esto explica que, si bien el concurso de normas desempeña una herramienta que garantiza que el principio *non bis in ídem* no se conculque, los concursos de delitos también juegan un papel muy importante en la delimitación de aquello que merece varias sanciones penales y aquello que solo puede ser retribuido por una sola norma penal.

II. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

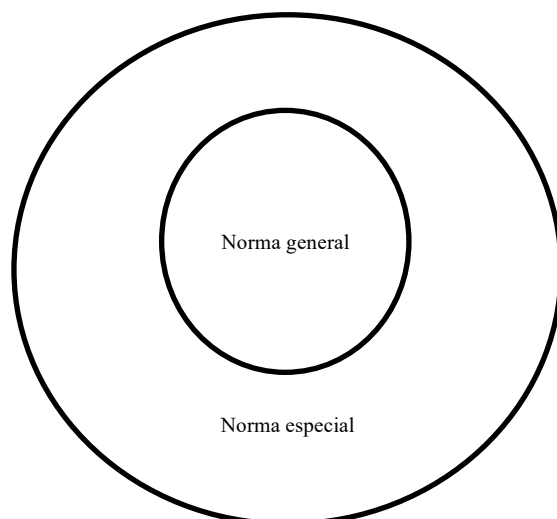
Según CASTELLÓ NICÁS (2000: 17), «se concibe el curso de normas penales como la situación jurídico-penalmente relevante en la que varias normas penales

coinciden de forma auténtica, real, en la regulación de un único supuesto de hecho, de modo que cualquiera de esas normas que concurren pueden calificarlo, pues todas ellas abarcan el contenido de injusto y de culpabilidad o la mayor parte del contenido de injusto y de culpabilidad que caracteriza esa actuación delictiva, y sólo una puede ser de aplicación para incidir en la vulneración del principio *non bis in ídem*, siendo, por tanto, de la misma índole el bien jurídico protegido en cada una de las normas en concurso». La definición que nos ofrece esta autora parece lo suficientemente completa para desengranar en qué consiste el concurso aparente de leyes penales y qué papel desempeña en el sistema penal. En definitiva, las exigencias del principio *non bis in ídem* obligan al juzgador a seleccionar la norma que mejor abarca el hecho y para tomar esta decisión tiene a su disposición una serie de criterios normativos previstos en el artículo 8 del Código penal. Veámoslas:

3.1. El principio de especialidad (artículo 8.1.^º CP: «El precepto especial se aplicará con preferencia al general»)

En virtud del principio de especialidad (*lex specialis derogat lex generalis*) el juzgador debe seleccionar la norma que reproduce las características de otra general, pero que además añade o especifica algún elemento del que carece la general. De este modo, se da una relación de *species-genus* que ha de ser *lógico-estructural*. Por ejemplo, no estamos de acuerdo con aquellos que afirman que entre el robo y el hurto exista una relación de especialidad, puesto que estructuralmente no son semejables. Mientras que el delito de hurto se estructura como un delito simple, el delito de robo lo hace como un delito compuesto. Esa relación se da, por ejemplo, entre el robo y las coacciones, ambos delitos compuestos, en la que el robo aparece como norma especial respecto a la general de las coacciones porque añade el elemento del apoderamiento como elemento que especifica aquello que se impone mediante la violencia o la intimidación. Hay especialidad, en cambio, entre el delito de homicidio (norma general) y el delito de asesinato (norma especial); ambos se estructuran como delitos simples con la diferencia de que el asesinato especifica las causas que hacen que «matar a otro» se eleve a la consideración de asesinato. Así, también es norma especial el delito de matrimonio forzado (art. 172 bis) respecto a las coacciones básicas (art. 172.1), aunque contemplen la misma pena (pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 12 a 24 meses), ya que el primero contiene los elementos comunes de las coacciones básicas, pero especifica en qué consiste la imposición: el matrimonio que no se desea contraer. El que la especialidad se funde sobre una relación lógica-estructural, meramente de comparación abstracta, y no en una relación de valor se pone de manifiesto en el hecho de que la pena no se erige aquí como un criterio a tener en cuenta.

Didácticamente se recurre al ejemplo de dos círculos concéntricos, lo cual permite poner de relieve cómo se lleva a cabo la selección de la norma penal aplicable al caso desde el punto de vista de la especialidad, esto es, de un modo lógico-estructural.



3.2. El principio de subsidiariedad (artículo 8.2^a CP: «El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible»)

En este caso, la norma aplicable es aquella declarada subsidiaria respecto a otra principal o, dicho de otro modo, aquella que se aplica cuando uno de los elementos incluidos en la principal no concurra en el caso específico. Tal y como se declara en el precepto, la subsidiariedad puede ser expresa o tácita.

Un ejemplo de subsidiariedad expresa en la elección de la norma aplicable se encuentra en el art. 172.1.2^o que establece que la coacción para impedir el ejercicio de un derecho fundamental será castigada con la pena de prisión de 21 meses a 36 meses y multa de 18 a 24 meses, «salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código». Otro tipo penal que incorpora la técnica de la subsidiariedad expresa se contempla en el art. 556 CP cuando indica que «serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». En este último caso se supedita la aplicación del art. 556 CP a la no concurrencia de los elementos del art. 550 CP que se refieren a la concurrencia de violencia o intimidación.

Por su parte, las relaciones de subsidiariedad tácita suelen apreciarse en los casos en que cada fase de ejecución de un delito puede tener encaje un tipo penal distinto. Así, el que consuma un delito de incendio con la puesta en peligro de la vida de una persona (art. 351.1), comete a su vez, una tentativa de asesinato (art. 139) si la finalidad del incendio era causar la muerte de una persona. En este caso la tentativa de asesinato no se aplica en virtud de esta subsidiariedad tácita.

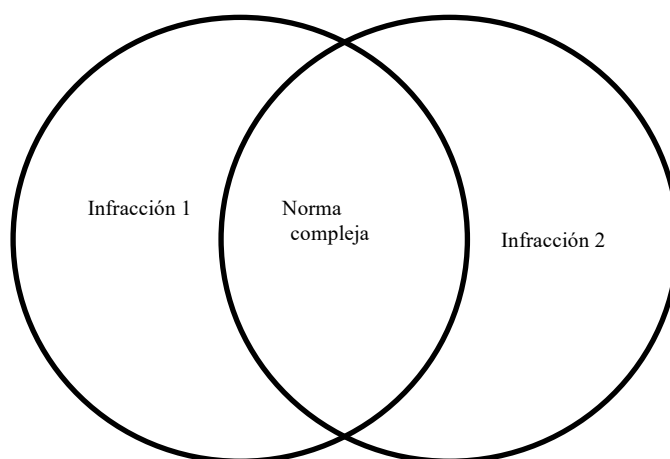
3.3. El principio de consunción (artículo 8.3.^a CP: «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél»)

El principio de consunción, al contrario de lo que sucedía con la especialidad, se funda sobre una relación de valor de lo concreto. Hablamos aquí de tipos estructuralmente amplios o complejos que con la realización de la conducta prevista y su punición están castigando otras infracciones agotadas en aquel.

La consunción se plantea, fundamentalmente, en dos hipótesis que se diferencian según concurra o falte una vinculación típica entre ellos. La primera hipótesis da lugar a los denominados delitos complejos que son tipos penales que surge de la vinculación de una sucesión de conductas que, autónomamente consideradas, pueden ser ya constitutivas de delitos autónomos. Ejemplo prototípico de estas estructuran forma el delito de robo y el delito de agresión sexual. Así, el delito de robo, por ejemplo, se estructura sobre los elementos del hurto y de las amenazas —intimidación— y, en su caso, el maltrato de obra. El delito de agresión sexual con los elementos del abuso sexual y, nuevamente, de las amenazas —intimidación— y, en su caso, el maltrato de obra. No obstante, estos ejemplos son muy útiles para poner de manifiesto que la consunción no es un criterio que se derive de la valoración del hecho, sino de la mera contemplación del tipo. Es importante señalar el orden en esto ha de llevarse a cabo. Es decir, estamos ante un hecho que previamente ha sido sometido a una valoración y graduación de cuáles son los bienes jurídicos que se han visto lesionados, de modo que posteriormente puede ser llevado al tipo para analizar desde la descripción de sus elementos típicos la posible consunción, que no es ilimitada.

Con un ejemplo se verá más claro. No es posible decidir si, en efecto, se absorbe en el tipo de agresión sexual o robo la manifestación de la «violencia» sin previamente haber valorado cuál ha sido el resultado de la misma. Así, podrá afirmarse que la «violencia» absorbida en su grado máximo será el maltrato de obra. Todo aquello que exceda de este, provocando lesiones a la integridad física, habrá de desvalorarse independientemente a través del concurso de delitos, ya que al ser una relación de valor no sería asumible que el tipo de robo absorba un delito que en los casos más graves pueden alcanzar hasta los 12 años de prisión.

El caso de la intimidación es menos problemático porque la doctrina y la jurisprudencia han establecido que coincide con la descripción del delito de amenazas debidamente tipificado en el art. 169 CP. Pero sin valoración no puede haber un ejercicio de consunción acertado.



Ahora se recurre al ejemplo de dos círculos intersecantes para observar cómo la intersección o vinculación de varias infracciones autónomas (v.gr., abuso sexual + amenaza o maltrato de obra) se funde en una sola infracción –un solo injusto– para, de este modo, crear un nuevo delito complejo (v. gr., agresión sexual con violencia o intimidación). O una sola infracción (v. gr., amenaza o maltrato de obra) queda absorbida por otra más amplia o compleja (v.gr., matrimonios forzados con violencia o intimidación).

Por otra parte, el segundo caso de consunción se da en los casos de progresión delictiva. Hablamos de casos en los que no es posible cometer un delito sin que en el desarrollo del mismo se agoten necesariamente hechos que dan lugar infracciones penales independientes. Ejemplo: no es posible cometer un delito de estragos (art. 346) sin cometer uno de daños (arts. 263 y ss.). Un delito de robo en casa habitada (art. 241) sin cometer un delito de allanamiento de morada (art. 202). O, finalmente, el delito de lesiones correspondiente (arts. 149 y ss.) que se consume dentro del delito de homicidio (art. 138). Precisamente la imposibilidad de cometer uno sin el otro, su inherencia, impide su punición separada.

3.4. El principio de alternatividad (artículo 8.4ª CP: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»).

La regla de la alternatividad –también llamada subsidiariedad o consunción impropia– es una regla última, a la que solo puede acudir el juzgador

en defecto de la operatividad de las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Se refiere a supuestos en los que dos preceptos son perfectamente aplicables y no se observan, en principio, diferencias en la previsión de su supuesto de hecho. En esta hipótesis la norma menos grave solo puede ser aplicada en defecto de la más grave, ya que esta absorbería a la primera.

Así, se plantea alternatividad entre el delito de acoso sexual del art. 184.2 y el delito de amenazas condicionales del art. 171.1, dado que ambas consisten en «el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal», que cede a favor del delito de amenazas condicionales con mal no constitutivo de delito, ya que contempla una pena de 3 meses a 1 año de prisión o multa de 6 meses a 24 meses frente a la pena de 5 a 7 meses de prisión o multa de 10 a 14 meses del acoso.

No obstante, téngase en cuenta que un amplio sector de la doctrina defenderá que entre estos preceptos hay una relación de especialidad para poder sostener la aplicación del acoso frente a las amenazas condicionales, pues desde nuestra tesis el art. 184.2 deviene prácticamente en inaplicable en los casos de amenaza, que no así en los casos de prevalimiento. Esta es la consecuencia de una mala técnica legislativa, «la sanción al legislador», puesto que, en puridad, entre ambos delitos no hay relación de especialidad alguna, ya que no son tipos penales equiparables desde el punto de vista lógico-estructural. El delito de acoso sexual del art. 184 se configura en su apartado segundo como un delito compuesto (prevalimiento o amenaza + actos de acoso sexuales del apartado primero) y, sin embargo, el delito de amenazas condicionales del art. 171 constituye un delito simple que sanciona proferir una amenaza sometida a una condición determinada. Tampoco podría decirse que es la consunción la que interviene en esta hipótesis. Recuérdese que su fundamento se basaba en una relación de valor que tenía en cuenta la gravedad de las conductas e infracciones que consumía, pero que esta consunción era limitada puesto que el principio de proporcionalidad no podría explicar por qué una conducta con un desvalor mucho mayor (el derivado de los actos de acoso sexual junto a las amenazas) recibe una sanción mucho menor, ni viceversa. En consecuencia, sería la opción del art. 171 la preferible, aunque como se ha comentado no faltan los autores que para eludir la práctica derogación tácita del elemento «*con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación*» del art. 184.2 mantendrán argumentos a favor de la especialidad. Quizá, entonces, podrá plantearse un concurso de delitos –probablemente medial– entre el art. 171.1 y el apartado primero del art. 184, pues tampoco puede quedar sin respuesta penal los actos constitutivos de acoso sexual.

Bibliografía

CARBONELL MATEU, J.C., (1996), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CASTELLÓ NICÁS, N., (2000), *El concurso de normas penales*, Granada: Comares.

ESCUCHURI AISA, E., (2004), *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada: Comares.

MIR PUIG, S., (2015), *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona: Reppetor.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., (2019), *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ORTS BERENQUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (2017), *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.), (2016), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I. Artículos 1 a 233*, Navarra: Aranzadi

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.), (2015), *Lecciones de Derecho Penal (Parte general)*, Valencia: Tirant lo Blanch.