

El retorno del «quot delicta, tot poenae»

*Francisco Galván González**

Sumario: I. El origen del «quot delicta, tot poenae» II. El análisis del «quot delicta, tot poenae» III. El abandono del «quot delicta, tot poenae» IV. El retorno del «quot delicta, tot poenae» V. El «quot delicta, tot poenae» ¿in bonam partem?

Resumen: Entendamos la frase “quot delicta, tot poenae” para traducirse, literalmente, como “tantas penas habrá como delitos”. Este principio, tal como nos lo demuestra el autor de este texto, cuenta con un amplio origen histórico que le confiere un valor y peso únicos dentro del entendimiento de la ley penal romana. Asimismo, su permanencia o abandono como principio rector del derecho, dentro del marco jurídico español, ha dependido del trato e implementación dadas, en la teoría penal, a figuras como el concurso de delitos y el delito continuado. El autor culmina con su propia postura respecto de este principio dentro de la legislación criminal española, para establecerlo como realmente benéfico para el imputado.

Abstract: Let us understand the phrase “quot delicta, tot poenae” for it to be translated, literally, as “there will be as many penalties as there were crimes”. This principle, as shown by the author of this text, has a broad historical origin that gives it a unique value and weight within the understanding of Roman criminal law. Likewise, its permanence or abandonment as a governing principle of law, within the Spanish legal framework, has depended on the treatment and implementation given, in criminal theory, to figures such as concurrence of crimes and continued crime. The author culminates with his own position regarding this principle within the Spanish criminal legislation, to establish it as truly beneficial for the accused.

Palabras clave: concurso de delitos, delitos diversos, delito continuado, pena proporcional

Key words: crime contest, crime diversity, continuous crime, proportional penalty

* Profesor honorífico/jubilado de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Miembro correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales para el estado de Sinaloa.

I. EL ORIGEN DEL «QUOT DELICTA, TOT POENAE»

El dato preciso como figura reconocida expresamente está relacionado con la elaboración del *Digesto* o *Pandectas*¹ de Justiniano² en los años 530-533:

*El digesto o Pandectas, parte principal del Corpus Iuris Civilis es «el libro» para la jurisprudencia de todos los siglos. Auctoritas iuris para la Edad Media, se convirtió al llegar la Moderna en la ratio scripta por excelencia. Cuando el Emperador Justiniano (527-565) promulgó el Digesto en el año 533, su finalidad era doble. Por un lado debía constituir una edición oficial de lo más selecto de la Jurisprudencia Romana, aún más para el estudio universitario que para la aplicación práctica; se esperaba con razón que, para asegurar la eficiencia de la obra, la formación de los juristas podía ser más efectiva que la misma imposición coactiva a los jueces. Como un cuarto de siglo antes el Breviario de Alarico, como siete siglos después las Siete Partidas, la compilación de Justiniano se destinaba principalmente a la educación en el oficio de la Justicia.*³

Después de la elaboración del Código, Justiniano encomendó a Triboniano, hombre de gran ingenio y cultura, que a la sazón era *quaestor sacri palatii* (ministro de la justicia), que integrara una comisión con el objeto de compilar la obra de los *iurisprudentes*. El 15 de diciembre del 530, de acuerdo con la *constitutio* “*Deo auctore*”, se integró una comisión de 16 miembros. No obstante su magnitud, el encargo fue concluido en un tiempo asombrosamente corto: dos mil libros conteniendo tres millones de líneas fueron revisados en tan sólo tres años, de modo que el 16 de diciembre del 533 se reconoció oficialmente mediante la publicación de la constitución bilingüe latina-griega “*Tanta*” -

¹ Claudio José FERRIER, *Paratitla o exposición compendiosa de los títulos del Digesto escrita en latín. Traducida al castellano, considerablemente aumentada con arreglo á la Instituta, y concordada con los códigos españoles, Ordenanzas de Bilbao y leyes y decretos mexicanos vigentes*, tomo primero, México, 1853 (ed. facs. de 2007), p. 5. DIGESTO ó PANDECTAS es la colección de doctrinas de los jurisconsultos. El primer nombre se deriva del verbo latino „digeró” que significa ordenar, y su participio es aplicable aquí, porque las materias del libro están puestas en orden y con cierto método. El segundo consta de dos palabras griegas, equivalentes á estas „todo contengo,” y conviene á la obra, porque ésta abraza cuantas leyes andaban dispersas antes de su formación. [*se respetó la acentuación y la ubicación de las comillas*].

² José María COMA FORT, «Justiniano. (Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus) (482-565 d.C.)», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. Volumen 1. Juristas antiguos*, Madrid/Barcelona, 2004, p. 226: Emperador de gran personalidad, Justiniano ocupa un lugar privilegiado en la historia gracias a la obra cumbre de codificación del Derecho romano: el *Corpus Iuris Civiles*. Sin ella, el Derecho romano no sería más que un residuo histórico conocido fragmentariamente. El emperador de Oriente Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus nació en 482 en Tauresium (Iliria, actual Macedonia) y murió el 11 de noviembre de 565 en Constantinopla. De origen humilde, muy pronto se traslada a Constantinopla donde su tío materno Justino, que había llegado a ser emperador en 518, se encargó de su educación. Adoptado por él en 521, ejerció gran influencia sobre su tío, siendo nombrado coregente en 527. En agosto de ese mismo año murió Justino, quedando Justiniano como único emperador romano de Oriente en unión de su inefable esposa Teodora.

³ A. D'ORS/F. HERNÁNDEZ-TEJERO/P. FUENTESECA/M. GARCÍA-GARRIDO/J. BORILLO, *El Digesto de Justiniano. Tomo I. Constituciones preliminares y libros 1-19*, Pamplona, 1968, p. 7.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

Δέδωκεν (*Tanta* = tan grande; Δέδωκεν ἡμῖν = nos ha dado) y entró en vigor el 30 del mismo mes.⁴

III. El *Digesto* de Justiniano, es decir, la selección hecha por los compiladores bizantinos de las obras de los juristas romanos, permaneció ignorado durante toda esta época. No la encontramos citada ni una sola vez entre los años 603 y 1076. Puede ser que, de vez en cuando, un monje encontrase un códice de esta obra, pero se apresuraría a darle de lado, después de hojearlo. El único ejemplar del *Digesto* que se conservó salió a la luz hacia fines del siglo XI, alrededor del año 1070, en algún lugar de Italia. Fue un azar de dignificación histórico-universal que habría que trazar, para bien y para mal, los derroteros de la ciencia jurídica hasta nuestros días.⁵

El apartado del *Digesto* o *Pandectas* en el que se encontró el texto que dio origen al «*quot delicta, tot poenae*» es en el libro XLVII, título I sobre los delitos privados, apartado 2:

2. De la concurrencia de varios delitos nunca puede resultar que el que los cometió salga impune, porque un delito no debe de atenuar la pena de otro delito⁶. (1) Así, pues, el que hurtó y mató un esclavo, responde con la actuación de hurto, por hurto y con la «de la ley» Aquilia por matar, y ninguna de estas dos acciones consume la otra. (2) Lo mismo se dirá si robó y mató, pues responde con la acción de bienes robados por la violencia y con la «de la ley» Aquilia. (3). Se ha preguntado si después de la condición a causa del hurto puede ejercitarse también la «de la» ley Aquilia, y escribía Pomponio que sí, porque las estimaciones de una y otra acción es distinta, pues la «ley» Aquilia, abarca la estimación del valor máximo en aquel año y la condición a causa de hurto no excede del valor del momento de la aceptación del juicio. Más si es un esclavo quien cometió estos delitos, cualquiera de las dos acciones se extingue cuando el esclavo fuera entregado por el daño en virtud de la otra acción. (4) Asimismo, si uno hubiera flagelado a un esclavo hurtado por él, responde con dos acciones: la de hurto y la de injurias «al dueño»; y si al caso lo mata, también con tres acciones. (5) Igualmente, si uno había hurtado una esclava ajena y abusara de ella, podrán ejercitarse dos acciones: la de corrupción de esclavo y la de hurto. (6) Y si hubiera herido al esclavo que había hurtado, también tendrán lugar dos acciones: la «de la ley» Aquilia y la de hurto. (Ulp 41 Sab.).⁷

Este texto que sirvió de punto de partida para la explicación de los hechos en los que una persona realizaba varios delitos, tiene una naturaleza jurídica neta-

⁴ Martha Patricia IRIGOYEN TROCONIS, *Sobre el significado de las palabras (Digesto 50.16)*, México, 1997, pp. XII y XIII.

⁵ Gustav RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1985, p. 100.

⁶ Demetrio SODI, *Nuestra ley penal. Estudios prácticos y comentarios sobre el código del Distrito Federal de 1º de abril de 1872*, México, 1905, p. 69: La legislación romana adoptó el principio de la no impunidad y estableció que cuando se cometen dos delitos, deben sufrirse dos penas, cuando tres, tres, y cuando cuatro, cuatro. He aquí el espíritu de una de sus leyes “*Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullus impunitus detur*”.

⁷ A. D'ORS/F. HERNÁNDEZ—TEJERO/P. FUENTESECA/M. GARCÍA—GARRIDO/J. BORILLO, *El Digesto de Justiniano. Tomo III. Libros 37-50*, Pamplona, 1975, p. 599.

mente procesal porque es en la posibilidad de ejercer [o *ejercitar* en ese tiempo] la misma o varias *acciones procesales* lo que determina la aplicación o no de este apartado del *Digesto* o *Pandectas*. Por ello, se acepta que, en su inicio, la *pluralidad* o la realización de varios delitos se decida con cada una de las *acciones procesales* de la ley que se actualizaba, debió ser resuelta, como corolario, con la aplicación de cada una de las penas que en ellas se regulaban, es decir, *cada delito una acción procesal; cada delito una pena*, y con ello, aparece el criterio de *suma de las penas*, que hoy conocemos como *criterio aritmético de las penas* o *principio de acumulación material*.

II. EL ANÁLISIS DEL «QUOT DELICTA, TOT POENAE»

2.1. *La escuela de los glosadores*: El «*quot delicta, tot poenae*» permaneció sin cuestionamiento hasta el descubrimiento del *Digesto* o *Pandectas*⁸, y el inicio de su análisis en la Universidad de Bolonia por Irnerio⁹ y sus discípulos, quienes serían

⁸ Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, p. 100: III. El *Digesto* de Justiniano, es decir, la selección hecha por los compiladores bizantinos de las obras de los juristas romanos, permaneció ignorado durante toda esta época. No la encontramos citada ni una sola vez entre los años 603 y 1076. Puede ser que, de vez en cuando, un monje encontrase un códice de esta obra, pero se apresuraría a darle de lado, después de hojearlo. El único ejemplar del *Digesto* que se conservó salió a la luz hacia fines del siglo XI, alrededor del año 1070, en algún lugar de Italia. Fue un azar de dignificación histórico-universal que habría que trazar, para bien y para mal, los derroteros de la ciencia jurídica hasta nuestros días. Peter G. STEIN, *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, César Hornero Méndez/Armando Romanos Rodríguez (trds.), Madrid, 2001, p. 61: [] Todos los manuscritos del *Digesto* que han llegado hasta nuestros días proceden de un códice del siglo VI existente en Pisa, de donde fue llevado como botín de guerra por los victoriosos florentinos en el año 1406 y que actualmente se encuentra en la Biblioteca Laurentina de Florencia. La relación con el *Digesto* no es directa sino a través de una copia perdida y enmendada, redactada en el siglo XI y conocida como *Códex secundus*. Esta versión fue la fuente de la *Vulgata* o *litera bononiensis* que comenzó a ser estudiada en las escuelas del siglo XII. Guillermo C. BARRAGÁN, *La obra legislativa de Alfonso el Sabio. Ensayo sobre su formación, promulgación y trascendencia americana*, Buenos Aires, 1983, p. 26: [] Se debe principalmente a Von Savigny la demostración del error corriente en el tema (son palabras de Cabral Texo), de que el florecimiento del derecho romano justinianeo, acaecido desde el siglo XIII al XIV se debió a la circunstancia fortuita del descubrimiento de las *Pandectas* hecho por los pisanos al tiempo del saqueo de la ciudad de Amalfi el año 1133.

⁹ Francisco CUENA, «Irnerio. (Irnerius; Wernerius; Guarnerius) (c.a. 1055-c.a. 1130)», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. Volumen 1. Juristas antiguos*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 310 y 311: Muchas menos dudas existieron y existen a la hora de reconocer la importancia capital de Irnerio en la historia de la ciencia jurídica. Si bien el papel de pionero le pudo corresponder a un oscuro *legis doctor* de nombre Pepo o Pepono («quidquid fuerit de scientia sua nullius nominis fuit», según Odofredo, *ad D.* 1.1.6), la tradición considera a Irnerio el fundador de la Escuela de Bolonia o Escuela de los glosadores, así llamada por su actividad literaria principal consistente en la confección de «glosas» explicativas e interpretativas de los textos del *Corpus Iuris Civilis*. Resultados principales de esta escuela fueron, en definitiva, la recuperación de las fuentes del Derecho justinianeo perdidas u olvidadas desde hacía siglos (en particular la plena recuperación del *Digesto*, cuyas *Tres partes* –

llamados los glosadores¹⁰:

247. No quedó, pues completamente interrumpido el estudio y dominio político del derecho romano en Europa durante el período bárbaro; el clero siguió cultivándole, puesto que representaba la clase ilustrada de los conquistados; sin embargo, no existen huellas de la influencia de ese derecho en la vida política y civil hasta que en el siglo XII se formó en Italia, debido al gran progreso material de las repúblicas mercantiles, un brillante foco de estudio de derecho que iniciado por Pepo, regidor de Bolonia, y consolidado por Irnerius, originó la escuela llamada de los glosadores, porque anotaban el *Corpus Juris* con notas (*Glosæ*) interlineales ó marginales; y esta escuela de Bolonia dió el modelo de otras muchas de libre, y privada iniciativa en toda Europa, que tomaban el nombre de Universidades y que obtenían privilegios legales, pues en aquella época toda esfera de actividad necesitaba escudarse con privilegios para poder existir. Esta resurrección del derecho

Digestum vetus, Infortiatum y Digestum novum— ya serían conocidas en Bolonia en los tiempos de Irnerio), el estudio sistemático del *Corpus Iuris Civilis* hasta lograr su completa comprensión y la transformación del Derecho justiniano en una normativa actual susceptible de ser aplicada en la práctica del momento. Peter G. STEIN, *El derecho...*, pp. 64 y 65: [...] El primer profesor de Derecho en Bolonia se cree que fue un *cuasidicus*, o juez consultivo, llamado Pepo, allá por las últimas décadas del siglo XI. De acuerdo con lo que el teólogo inglés Ralph Niger escribiría un siglo después sus enseñanzas estaban basadas en los textos del Código y de las Instituciones, a pesar de que en sus argumentos forenses aparentemente citara el Digesto. []. A pesar de que Pepo reivindicara haber enseñado el Derecho justiniano, fue Irnerio quien marcó la separación entre la ciencia del Derecho y su práctica. Este último había sido profesor de gramática y comenzó el estudio de los textos jurídicos con ocasión de la explicación de los términos difíciles que éstos contenían. Sería más tarde cuando concentró su atención en los pasajes en su totalidad. En origen sus comentarios consistieron en glosas interlineales que gradualmente se fueron expandiendo a través de los márgenes del texto. Irnerio fue así el primero de una saga de doctores de Bolonia, conocidos como los glosadores a causa de su método característico de explicar los textos.

¹⁰ John Henry MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, Carlos Sierra [trd.], México, 2008, p. 29: Fue en Bolonia donde apareció la primera universidad europea moderna, y el derecho era uno de los temas de estudio más importantes. Pero el derecho que se estudiaba no era el derecho romano barbarizado que había estado vigente bajo los invasores germánicos. Tampoco era el cuerpo de reglas promulgadas o consuetudinariamente seguidas por los pueblos locales, los gremios mercantiles o las pequeñas soberanías. El derecho estudiado era el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Miguel DURO MORENO, *Introducción al derecho inglés. La traducción jurídica inglés español y su entorno*, Madrid, 2005, p. 49: El renacimiento del derecho romano estuvo ligado, en primera instancia, a las investigaciones en el campo de la filosofía emprendidas por un *magister artium* de la Universidad de Bolonia llamado Irnerio (Nicholson 1962, 46) y por sus discípulos Bólgano, Martín Gossia, Jacobo de Porta Ravenasata y Hugo de Alberico. Llevado de su vocación erudita, el maestro derivó hacia el estudio de textos jurídicos y, a finales del siglo XI, ofreció a la luz pública los resultados de sus trabajos sobre un manuscrito del *Digesto*, felizmente descubierto en Pisa poco tiempo antes por alguien cuyo nombre aún se desconoce. Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ, «La grandeza de Roma», en *Revista de la Escuela de Derecho*, Universidad Anáhuac, año III, núm. 3, 1985, México, p. 98: El renacimiento del derecho romano teórico en Europa occidental tiene como punto de arranque la fundación por Irnerio, en Bolonia, a finales del siglo XI (es decir en los inicios de la baja Edad Media), de la Escuela de los Glosadores que se abocó con gran empeño y entusiasmo al estudio y difusión del *Corpus Iuris Civilis*, conjunto de textos legales compilados por el Emperador oriental Justiniano en el siglo VI de nuestra era.

romano se debe á las causas indicadas, y no al hecho anecdótico de haberse descubierto en Amalfi por Lotario II un manuscrito de las *Pandectas Florentinas*.¹¹

Sin embargo, en las elaboraciones de los *glosadores*, pareciere que el «*quot delicta, tot poenae*» no motivó su atención, porque en la *doc jur pen* no existe información que señale lo contrario.

2.2. *La escuela de los postglosadores*: Este grupo de juristas también es conocido como *consultores* o *bartolistas*¹². Su importancia en el desarrollo del derecho romano durante la época de su existencia la dicen Gustav RADBRUCH y Mario SARFATTI, respectivamente:

[...] Suele decirse que la escuela de los glosadores fue sustituida por la de los postglosadores; pero, en vez de este nombre inexpressivo, debiera dársele el de *consultores*, pues lo que ahora sirve de centro a la literatura jurídica y lo que constituye, al mismo tiempo, el punto brillante de ésta son, en efecto, las consultas, los dictámenes. Esta actividad de dictaminadores obliga a los juristas a mantenerse continuamente en contacto con las nuevas concepciones jurídicas, con las nuevas relaciones y necesidades y, sobre todo, a adaptar el Derecho romano, para poner a contribución su sabiduría, a estas concepciones, relaciones y necesidades de los nuevos tiempos. Nació, así, una literatura que unas veces recurría para interpretar los textos a los principios formulados en las consultas y otras veces desarrollaba a base de los textos los principios necesarios para la redacción de aquellos dictámenes. [*Y en la p. 105 agrega*] [...] Hoy sabemos que los que llamamos “consultores” o “postglosadores” contribuyeron en gran parte a crear nuestro Derecho actual, sacando al Derecho privado romano de las aulas y los cuartos de estudio al aire libre de la vida, poniéndolo en condiciones de poder aplicarse a la realidad. Pero no se limitaron a transformar en lo grande y en lo pequeño las normas de aquel Derecho bajo la inspiración del pensamiento jurídico germánico, canónico y neolatino, sino que, además, adentrándose audazmente en este tesoro del pensamiento jurídico, reestructuraron o crearon casi *ex novo* ramas como las del Derecho internacional privado, la teoría de las corporaciones, los rasgos fundamentales de la teoría del Estado, las teorías generales del Derecho penal y del procedimiento criminal, infundiendo a sus creaciones un aliento tan poderoso que ha llegado hasta a nuestros propios días.¹³

Se habla indistintamente de postglosadores, comentaristas o Bartolistas para indicar a los cultivadores del derecho romano o, como desde entonces en adelante se empezó

¹¹ Jacinto PALLARES, *Curso completo de derecho mexicano ó exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana*, México, 1901, p. 521.

¹² Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ, «La grandeza », p. 98: d) A partir del siglo XIV, los postglosadores bartolistas (llamada así por su maestro Bartolo de Saffoferrato, 1314-1357) adaptaron el Corpus Iuris, hasta entonces abordado en forma meramente teórica, a las necesidades prácticas de la época, iniciándose así la etapa de la vigencia parcial o selectiva del derecho romano técnico en el Occidente cristiano.

¹³ Gustav RADBRUCH, *Introducción*, p. 103.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

a decir, del derecho común, que florecieron entre la segunda mitad del siglo XII hasta fines del siglo XV. [Y en las pp. 12, 13 y 14, dice] En el siglo XI, con el florecimiento de los estudios de Bolonia por obra de los glosadores, desde Irnerio a Accursio (1080-1260), aquella variedad de derecho cedió el campo a la compilación justiniana, la cual vino a sustituir a las antiguas fuentes romanas, como fundamento del derecho de la época, extendiéndose en calidad de *ratio scripta*, a todos los principales centros de Europa; ésta sin embargo, elaborada por los postglosadores o comentaristas (1260-1500), quienes por la preeminencia de Bartolo de Sassoferatto recibieron el nombre de Bartolistas, vino, a su vez, a ser fusionada con elementos medioevales y germánicos extraídos de las leyes longobardas y de los estatutos italianos y adaptada así a las exigencias de los tiempos fue admitida por los países necesitados de un sistema jurídico más adelantado.¹⁴

Esta escuela, también se le llama como *los prácticos*¹⁵ por su metodología de trabajo:

Desde el último tercio de la Edad Media hasta el momento que examinamos, la jurisprudencia criminal ha sido regida por lo que se ha llamado *el Derecho penal de los prácticos*.

Son éstos simples intérpretes de las leyes. Su examen de ellas no va más lejos de su comentario a efectos de darlas [*sic, darles*] adecuada aplicación. En sus trabajos se encuentran recogidos los principios y normas que se aplicaban por los tribunales, teniendo como guía, especialmente, las leyes romanas. Ellos consisten, con frecuencia, en largas enumeraciones de los juicios y criterios de autores diversos; no hay ninguna crítica, y el sistema y la orientación adoptados son de carácter esencialmente práctico. La primera base y la principal de todos estos tratados era, como se ha dicho, el Derecho romano, modificado después por las legislaciones y por las costumbres locales. La autoridad de los doctores vino a ser, en cierto modo, fuente de Derecho. Y en estos trabajos de pura exégesis y de normas prácticas, se resume toda la ciencia penal de aquel largo período de cinco siglos.¹⁶

Por ello, se reconoce que es entre los siglos XIII y XVII cuando: [1] aparece en el lenguaje jurídico el «*quot delicta, tot poenae*»; [2] inicia su análisis sometiéndose a revisión y cuestionamiento en relación con hechos de la realidad de la época,

¹⁴ Mario SARFATTI, *Introducción al estudio del derecho comparado*, Irapuato [Guanajuato], México, 1998, p. 14, cita 20.

¹⁵ Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista de América española*, México, 1957, p. 38: La lista de los *prácticos* se inicia a finales del siglo XIII o comienzos del XIV, con Alberto de Gandino. Los siglos XVI y XVII marcan el máximo florecimiento de su escuela. [Y en la cita 48] Alberto de Gandino de entre los *postglosadores*, hacia el año 1300, el práctico criminalista de más fama e influjo. Juez en Florencia, en Bolonia y otras ciudades, se le debe el primer sistema penal ya de verdadera importancia, titulado *Libellus de Maleficiis*.

¹⁶ Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista*, pp. 37 y 38.

destacándose las aportaciones de Bartolo de Sassoferrato¹⁷, Baldo de Ubaldis¹⁸, Julio

¹⁷ [En relación con Bártolo, dice] Manuel de Jesús GARCÍA GARRIDO, «Bártolo de Sassoferrato (Bartolo da Sassoferrato; Bartolus de Saxoferrato) (1313/1314-1357)», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. Volumen I. Juristas antiguos*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 524; 525 y 526: Bártolo fue considerado el jurista más grande de todos los tiempos hasta el extremo de que su fama hizo que se divulgara la máxima «nemo bonus iurista nisi bartolista». Nació en la aldea de Venatura, entre noviembre de 1313 y ese mismo mes de 1314, perteneciente al territorio comunal de Sassoferrato. Su padre Francisco y su madre Santa eran agricultores acomodados. Aunque la ausencia de la referencia de los apellidos y su sustitución por el lugar de origen era corriente en la época, los biógrafos discuten sobre estos tres apellidos: Seberi, Bentivoglio y el más probable y documentado Alfani. Incluso algún autor, como nuestro Covarrubias, llamado el Bártolo español, recoge la opinión de que se trataba de un hijo ilegítimo o abandonado por sus padres. [] En Perusa permanece hasta su muerte que le sorprende repentinamente en el apogeo de su actividad y de su fama el 13 de julio de 1357, cuando sólo tenía poco más de 40 años. Se le dedicaron lujosos monumentos funerarios en la iglesia de San Francisco. La fama de Bártolo se acrecienta con su muerte, convirtiéndose en un mito. Baldo afirmaba: «facit opinionibus suis multum honoris». Se llama a Bártolo «speculum et lucerna iuris» y se le compara con Homero, Virgilio y Cicerón. En el siglo XV se crean cátedras sobre la obra bartoliana en Padua, Bolonia y Turín, y en el siglo XVI en Perusa, Macerata y Nápoles; sus opiniones prevalecen frente a las de los demás juristas. En España, una ley promulgada en León por Juan II en 1427, en Castilla en 1433 y en Portugal por Alfonso V en 1446 y ratificada por Manuel I en 1495, establece que en el caso en que los jueces encuentren opiniones contradictorias entre los doctores debe prevalecer *tamquam principalior* la opinión de Bártolo. Esta disposición se traslada después a Brasil, siglo y medio más tarde en las *Ordenações filipinas* de 1603, que mandan que cuando un caso no se decidiera por la Glosa de Acursio o permaneciese indeterminado «se guarde a opiniao de Bártolo, porque sua opiniao commummente he mais conforme á razao». El gran prestigio de Bártolo hace que se inicie una nueva corriente: el «Bartolismo», dominante en cátedras y tribunales. Se le atribuyen obras y opiniones que no son suyas y debe iniciarse una crítica histórica y filológica que llega hasta nuestros días para determinar la paternidad de los escritos y de las ediciones. Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista*, p. 38, cita núm. 49: [] Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), a los 26 años profesor en Pisa y en 1343 de Perusa. Escribió los *Consilia*, las *Quaestiones* y los *Tractatus*.

¹⁸ [De Baldo de Ubaldis dice] Manuel de Jesús GARCÍA GARRIDO, «Baldo de los Ubaldos», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. Volumen 1. Juristas antiguos*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 530, 531: (Baldo degli Ubaldi; Baldus de Ubaldis; Baldus Perusinus) (1327-1400). Baldo de Ubaldos nació en Perusa el 2 de octubre de 1327 y murió en Pavia el 28 de abril de 1400. [] Realizó sus estudios en Pisa y en Perusa, y, aunque tuvo varios maestros, como Federico Petrucci de Siena, Francisco de Tigrini y Juan Pagliarense, el más importante y el que ejerció una mayor influencia en su formación fue Bártolo de Sassoferrato, al que admiraba, aunque su espíritu dialéctico le llevó muchas veces a discutir las opiniones de su maestro []. Doctor con veinticuatro años, ejerció la docencia en las universidades de Bolonia, Perusa, Pisa, Florencia, Padua y Pavia. En esta última ciudad murió con más de setenta años (1400) y fue enterrado en un artístico mausoleo de la iglesia de San Francisco: en el epitafio se le denomina *Princeps doctorum*. Además de sus actividades docentes, ejerció como consejero y desempeñó importantes cargos públicos y misiones diplomáticas. Las universidades se lo disputaban y las ciudades donde residió lo nombraron ciudadano honorario []. Su sabiduría enciclopédica abarcaba todas las ramas del Derecho de su tiempo: político y feudal, romano, canónico y mercantil hasta el punto que de él se afirmaba que gozaba de tanta estima que se decía que del Derecho no había nada que Baldo ignorase («tantae aestimationis ut in iure nihil ignorabat»). A él se atribuyen los cimientos de la ciencia comparada y también del Derecho mercantil. Fue el más filósofo de los juristas. Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista*, p. 38,

Claro¹⁹, y Próspero Farinacio²⁰, a decir de Ángel José SANZ MORÁN:

Cualquiera que sea la importancia que se quiera conceder a la ciencia humanística italiana y española del siglo XVI en tanto que fundadores de la teoría del concurso de delitos, lo cierto es que muchos de los logros atribuidos a tales autores se encontraban ya en los estatutarios de los siglos XIII y siguientes, singularmente Bartolo²¹ y Baldo.

cita núm. 49: [] Pedro Baldo de Ubaldis (1327-1406), discípulo del anterior [*se refiere a Bartolo de Sassoferrato*]. Doctor a los 17 años, profesó en Bolonia, Perusa, Pisa y Pavia. Escribió comentarios a diversas partes del *Corpus Iuris*, del *Liber Feudorum*, de las 3 primeras partes de las *Decretales*, y un tratado de *Practica judiciaria*.

¹⁹ Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista*, p. 39, cita núm. 50: Julio Claro (1525-1575) escribió *Receptae sententiae*, cuyo libro V (*Practica criminalis*) constituye un tratado de derecho criminal. Fue mucho más teórico y científico que su contemporáneo Farinacio. Este, sin embargo, alcanzó mayor notoriedad. Carlo VENTURINI, «Giulio Claro», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. Volumen II. Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasius a Savigny*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 229 y 230: Jurista cultísimo, a cuya formación contribuyó su experiencia acumulada en el desempeño de sus funciones como burócrata y funcionario, Giulio Claro dejó una importante huella en la elaboración del Derecho penal del siglo XVI. Nació en Alejandría en 1525, en el seno de una familia perteneciente al patriciado local, y se licenció en Derecho en 1550 en la Universidad de Pavia, donde tuvo entre sus maestros a Andrea Alciato. En los años siguientes, desempeñó en Alejandría funciones de consultor y emprendió, además de la redacción de escritos que han permanecido, en general, inéditos, la preparación de sus *Sententiae*. De esta obra, cuyo título de reminiscencias clasicistas recuerda a las *Pauli receptae sententiae*, se publicaron en 1558 y 1559 algunas partes, que aparecieron posteriormente refundidas en los cuatro primeros libros del *Tractatus*, que vio la luz en 1565. A él se añade tres años más tarde el *Liber Quintus*, dedicado a Felipe II, que tenía por objeto el Derecho criminal. Entre tanto, había sido nombrado, en 1556, miembro del Tribunal Supremo milanés —como anteriormente lo había sido su padre, Giovanni Luigi— y, en 1565, después de haber desempeñado importantes cargos en el Ducado de Milán, la de miembro del Consejo de Italia, lo que determinó su traslado a la corte española de Madrid. En los diez años siguientes pasó largos periodos en tierra ibérica, desempeñando altos puestos como consultor sobre problemas de carácter jurídico-político (por medio de dictámenes conservados en gran parte en los archivos de Simancas y de Madrid). Murió precisamente allí, de forma inopinada, en 1575, cuando se encontraba a la espera de retornar a Italia para cumplir una importante misión por encargo de Felipe II.

²⁰ Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista*, p. 39, cita número 51: Próspero Farinacio (1544-1616), después de ganar una fortuna ejerciendo como abogado en Roma, fue nombrado fiscal, consejero de la Sacra Consulta bajo el pontificado de Clemente VIII, y procurador de la Cámara Apostólica bajo el de Paulo V. Magistrado activo y severo, no fue sin embargo ejemplo de moralidad privada. En su amplia obra *Variarum quastionum et communium opinionum criminalium*, o también simplemente *praxis et theoria criminalis*, expuso el Derecho penal de su tiempo, si bien confundiéndole con el procedimiento penal. Alcanzó autoridad extraordinaria en Italia y fuera de Italia. Sus *Opera omnia* se editaron por primera vez en Amberes, en 1620 (vol.), y se reimprimieron muchas veces.

²¹ [*En relación con Bartolo, dice*] Jacinto PALLARES, *Curso completo de derecho...*, p. 530: [] Volvemos pues á los jurisconsultos del continente que resucitando el derecho romano prepararon el renacimiento. La glosa de Acurcio, dicen los críticos, hizo entrar en decadencia el estudio del derecho romano, pues se erigió en criterio infalible dicha glosa y se abandonó toda crítica histórica y científica, convirtiéndose el estudio en sutilezas y casuismo pueril, debiéndose esta dirección bastarda, sobre todo, á Bartolo nacido en 1314 (Bartholus de Sassoferrato que enseñó en Pisa y Perusa) y que formó

Es en esta época cuando se acuña el brocardo «quot delicta, tot poenae», generalizándose para todos los supuestos de pluralidad delictiva el criterio punitivo que ordena la suma aritmética de las penas correspondientes a las diversas infracciones en que se incurrió. Ello fue fruto de una interpretación excesivamente literal del pasaje anteriormente comentado de Dig. 47,1,2: «Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur»²². Sin embargo, en la práctica sigue siendo una pauta decisiva el carácter compatible o no de las sanciones que corresponda imponer.

Se debe a Bartolo el mérito de haber establecido una clasificación orientada a esclarecer la cuestión de si en los delitos «circa rem extra personam» (y sólo en ellos) se presentan

época, calificada por los críticos de época del barbarismo en jurisprudencia, pues aplica al estudio del derecho romano la dialéctica escolástica con sus innumerables distinciones, divisiones, subdivisiones, ampliaciones, limitaciones, etc. Y sin embargo, la autoridad de Bártolo, fué tan grande que en España y Portugal se atribuyó fuerza de ley á sus opiniones, como dice Savigny. Fué autor de un tratado contra la tiranía. En la misma época y con la misma tendencia escolástica, antes ó después de Bártolo, florecieron Baldo (Baldus de Ubaldis), Odofredo, Dino Mugelano, Jacobo de Belirsio, Olodrado de Ponte, Cino, Alberico de Rosate, Bartolismo de Saliceto, Fulgorio, Pablo de Castro, Mariano Socino, Alexander Targano, C. pola y otros que más bien pertenecen al período siguiente. [Se respetó la escritura original]. Gustav RADBRUCH, *Introducción*, pp. 103 y 104: El consultor más famoso de todos, y en justicia, es Bártolo da Sassoferato, que vivió a mediados del siglo XIV y fué, sin ningún género de duda, el jurista más influyente de todos los tiempos. Otra cosa es que fuera realmente el más grande de todos, como hoy afirman muchos, después de haberle tenido postergado durante largo tiempo; examinadas de cerca sus obras, se ve que en los pasajes decisivos de ellas aparece citado casi siempre el nombre de su maestro Cino da Pistoia, el famoso amigo de Dante y restaurador de la lírica italiana, uno de los muchos juristas versificadores, en el que se daba, además, la circunstancia, harto más rara, de que en él era tan grande el poeta como el jurista. Y al igual que introdujo en la lírica el *dolce stil nuovo*, en el que, como es sabido, se combinan la lírica amorosa del sur de Francia y la erudición escolástica de los italianos, estilo nuevo que habrá de recibir inmortal consagración en la *Divina Comedia* de Dante, personifica en el campo de la jurisprudencia la mediación entre la cultura francesa y la italiana. Sus obras acusan claramente la influencia verdaderamente decisiva de los juristas franceses, de los *doctores ultramontani* o *moderni*, como a la sazón se les llamaba. Los más importantes, entre ellos, eran Pierre de Belpeche y Jacques de Revigny, algo anterior a él y que vivió a mediados del siglo XIII. [De Cino de Pistoia] Antonio PÉREZ MARTÍN, «Cino de Pistoia (Cino Sighibuldi da Pistoia; Cinus de Sighibuldis de Pistoia; Guitoncino dei Sighibuldi) (ca. 1270-1336)», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas Universales. Volumen I. Juristas antiguos*, Madrid/Barcelona, 2004, p. 494: El jurista Guitto, Guittone, Guittoncino dei Sighibuldi, comúnmente conocido como Cino de Pistoia, nació en Pistoia en torno a 1270. Estudió Derecho en Pistoia y Bolonia, donde tuvo como maestros a Jacobo Balduini, Adino Rossoni de Mugello, a quien profesó gran veneración hasta el fin de sus días y cita con frecuencia, a Lambertino Ramponi y a Francisco de Acursio. [] Enseñó derecho en las universidades de Treviso (1318-1321), Ciena (1321-1323), Bolonia, Florencia (1334), Perugia y Nápoles, y regresó a Pistoia en 1334, donde murió —al día siguiente de haber testado—, el 24 de diciembre de 1336. Fue sepultado en la catedral de Pistoia. Entre sus discípulos, durante su magisterio en Perugia, se cuenta Bártolo de Sassoferato, quien dice de él que le «fabricó el ingenio». Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista*, p. 38, cita núm. 49: [] Cino de Pistoia (1270-1336), discípulo del célebre Acursio, y que fue profesor en Treviso, Siena, Perugia y Florencia. Débensele: *Lectura in Codicen Justiniani* y *Lectura in Digestum Vetus*.

²² «De la concurrencia de varios delitos nunca puede resultar que el que los cometió salga impune». [Traducción copiada de] A. D'ORS/F. HERNÁNDEZ-TEJERO/P. FUENTESECA/M. GARCÍA-GARRIDO/J. BORILLO, *El Digesto de Justiniano...*, p. 599.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

en el caso concreto varias infracciones o una sola. Nos interesa aquí la distinción que este autor efectúa entre «delicta momentanea», en los que lo decisivo es la unidad de fin, y «delicta sucesiva», en los que no se da dicha finalidad común. Esta distinción posee relevancia práctica, pues en oposición a la regla general de acumulación antes indicada, se pronuncia una sola pena cuando las diversas infracciones tengan en común el fin perseguido con su realización. También se impondrá una sola pena cuando diversos actos delictivos lleven al mismo resultado o se dirijan contra la misma persona. Se quiere ver en esto último un remoto antecedente del delito continuado, en conexión con un texto de Baldo en que se considera como un solo delito los varios hurtos cometidos en un mismo lugar y tiempo.

Encontramos así en los postglosadores²³ una serie de bases firmes, desarrolladas con mayor claridad por juristas posteriores que nos permiten cifrar en este periodo los primeros intentos de abordar un estudio diferenciado de las hipótesis de concurso de delitos.

²³ Mario SARFATTI, *Introducción al estudio*, p. 14, cita 20: Se habla indistintamente de postglosadores, comentaristas o Bartolistas para indicar a los cultivadores del derecho romano o, como desde entonces en adelante se empezó a decir, del derecho común, que florecieron entre la segunda mitad del siglo XII hasta fines del siglo XV. [*Y en las pp. 12, 13 y 14, dice*] En el siglo XI, con el florecimiento de los estudios de Bolonia por obra de los glosadores, desde Irnerio a Accursio (1080-1260), aquella variedad de derecho cedió el campo a la compilación justiniana, la cual vino a sustituir a las antiguas fuentes romanas, como fundamento del derecho de la época, extendiéndose en calidad de *ratio scripta*, a todos los principales centros de Europa; ésta sin embargo, elaborada por los postglosadores o comentaristas (1260-1500), quienes por la preeminencia de Bartolo de Sassoferrato recibieron el nombre de Bartolistas, vino, a su vez, a ser fusionada con elementos medioevales y germánicos extraídos de las leyes longobardas y de los estatutos italianos y adaptada así a las exigencias de los tiempos fue admitida por los países necesitados de un sistema jurídico más adelantado. Gustav RAD-BRUCH, *Introducción*, p. 103: [...] Suele decirse que la escuela de los glosadores fue sustituida por la de los postglosadores; pero, en vez de este nombre inexpresivo, debiera dársele el de *consultores*, pues lo que ahora sirve de centro a la literatura jurídica y lo que constituye, al mismo tiempo, el punto brillante de ésta son, en efecto, las consultas, los dictámenes. Esta actividad de dictaminadores obliga a los juristas a mantenerse continuamente en contacto con las nuevas concepciones jurídicas, con las nuevas relaciones y necesidades y, sobre todo, a adaptar el Derecho romano, para poner a contribución su sabiduría, a estas concepciones, relaciones y necesidades de los nuevos tiempos. Nació, así, una literatura que unas veces recurría para interpretar los textos a los principios formulados en las consultas y otras veces desarrollaba a base de los textos los principios necesarios para la redacción de aquellos dictámenes. [*Y en la p. 105 agrega*] [...] Hoy sabemos que los que llamamos “consultores” o “postglosadores” contribuyeron en gran parte a crear nuestro Derecho actual, sacando al Derecho privado romano de las aulas y los cuartos de estudio al aire libre de la vida, poniéndolo en condiciones de poder aplicarse a la realidad. Pero no se limitaron a transformar en lo grande y en lo pequeño las normas de aquel Derecho bajo la inspiración del pensamiento jurídico germánico, canónico y neolatino, sino que, además, adentrándose audazmente en este tesoro del pensamiento jurídico, reestructuraron o crearon casi *ex novo* ramas como las del Derecho internacional privado, la teoría de las corporaciones, los rasgos fundamentales de la teoría del Estado, las teorías generales del Derecho penal y del procedimiento criminal, infundiendo a sus creaciones un aliento tan poderoso que ha llegado hasta a nuestros propios días. Juan Luis GONZÁLEZ ALCANTARA CARRANCÁ, «La grandeza», p. 98: d) A partir del siglo XIV, los postglosadores bartolistas [llamada así por su maestro Bartolo de Sassoferrato, 1314-1357] adaptaron el Corpus Iuris, hasta entonces abordado en forma meramente teórica, a las necesidades prácticas de la época, iniciándose así la etapa de la vigencia parcial o selectiva del derecho romano técnico en el Occidente cristiano.

Es común a estos autores y a la doctrina jurídica del siglo XVI el esfuerzo por elaborar criterios que permitan excluir determinados supuestos de pluralidad delictiva del rígido sistema de la acumulación de penas.²⁴

III. EL ABANDONO DEL «QUOT DELICTA, TOT POENAE»

El proceso de cuestionamiento del «*quot delicta, tot poenae*» iniciado por los juristas romanos [*postglosadores/prácticos*] culmina con su abandono, cuando el fenómeno de la pluralidad de delitos [*concursum delictorum*] cambia del criterio fundamentador de naturaleza procesal [cada delito una acción procesal], orientándose por el de la forma de cómo se originan los diversos delitos; es el análisis del hecho el que determina si existieron varios delitos, y no la posibilidad de ejercer una o varias acciones procesales. Este pensamiento, se puede ubicar, a finales del siglo XVII:

A finales del siglo XVII aparece una obra en la que se vuelve al influjo de los prácticos italianos en cuanto al enfoque de los problemas derivados de la pluralidad de los delitos a cargo de un mismo autor. Nos referimos al «De concursu delictorum» de A. Becker (1692). Tras definir el concurso de delitos («quando ex uno vel diversis factis, ad eundem vel diversis finem tendentibus plura nascuntur delicta et in unam personam simultanee vel successive concurrunt») se ocupa con sus diferentes modalidades, aportando la novedad de situar el criterio decisivo en la unidad o pluralidad de hecho. Así distingue entre «concursum simultaneum» (plura delicta ex uno eodemque facto) y «concursum successive» (plura delicta ex diversis et separatim factis). Dentro de cada grupo se atenderá a la unidad o pluralidad de fines para establecer una ulterior división: «delicta ad diversos fines» y «delicta ad eundem finem necessarium tendentes». En este último caso, «pro uno facto habentur quoad poenam, et quasi unum delictum constituunt».²⁵

Estas ideas de A. BECKER, según SANZ MORÁN, servirán de apoyo para que Johann Christoph KOCH^{26/27} formule —en los términos de hoy— la *teoría del concurso de delitos*:

²⁴ El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, Valladolid, 1986, pp. 43 y 44.

²⁵ José Ángel SANZ MORÁN, *El concurso...*, p. 47.

²⁶ Joachim HRUSCHKA, «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*», Nuria Pastor Muñoz [trd.], en *Imputación y derecho penal*, Bogotá, 2006, p. 52: [] JOHANN CHRISTOPH KOCH (1732-1808), que fue estudiante en Jena, donde también obtuvo el grado de *Dr. iur.* y pasó a ser docente en 1756, y en quien pueden verse las huellas de la formación de DARIES.

²⁷ [Entre otros] Edmund MEZGER, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, Conrado A. Finzi/Ernesto R. Gavier/Ricardo Cayetano Núñez [trds.], Tijuana [Baja California], México, 1985, p.331: Con KOCH (*Inst. juris crim.*, VI, 1783, I, X), se distingue —de acuerdo, por lo menos en parte, con la jurisprudencia italiana— la unidad de la pluralidad de acciones; esta distinción se hace, *desde el punto de vista jurídico penal*, con mayor exactitud que antes; además si se trata de una acción que presenta criterios idealmente concurrentes, se aplica el principio de absorción (§ 93, II, N. 3), y si se trata de varias acciones en concurso real homogéneo o no, el principio de asperación. “Gracias a sus

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

Por fin llegamos a Koch, quien retoma la vía de Becker al situar en el centro de la teoría del concurso de delitos la distinción entre unidad y pluralidad de acciones, atribuyendo además a este criterio directivo consecuencias en orden a la punición, por lo que los autores alemanes le señalan como el fundador de la moderna teoría del concurso. Parte Koch de que los varios delitos cometidos por un mismo individuo «fluunt vel ex uno eodemque facto, vel ex diversis factis». En el primer caso hay «concursum simultaneum» y en el segundo «concursum successivum». El «concursum successivum» puede ser «concursum obiectivum» si los delitos son de diversa clase, o bien, caso de delitos homogéneos. «concursum successivum continuatum» o «reiteratum», según que los actos delictivos se dirijan contra el mismo objeto o contra objetos diversos. En el «concursum continuatum» los varios delitos se consideran «pro uno delicto» y conforme a ello se sancionan con una pena no agravada. Para todos los casos de concurso real («concursum reiteratum» y «concursum obiectivum» o, traducido a la terminología actual, concurso real homogéneo y heterogéneo, respectivamente) rige básicamente el principio de asperación o agravación de la más severa de las penas impuestas, por encima del límite que le es propio. En los resultados prácticos se sigue, pues, la línea de Carpzov²⁸, fracasando así el intento de Böhmer de re-

comentarios, KOCH se ha convertido en el *fundador de la teoría moderna del concurso*” (SCHAFFSTEIN, p. 219). Hans Heinrich JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, volumen segundo, Santiago Mir Puig/Francisco Muñoz Conde (trds. y notas), Barcelona, 1981, p. 995: 1. La estructuración de la teoría del concurso en base a los dos conceptos fundamentales de unidad y pluralidad de acciones se remonta a la ciencia jurídico-penal del Derecho común. En este punto fue J. Ch. Koch quien mediante la distinción de *concursum simultaneum* (unidad de acción), *concursum subcessivum* (pluralidad de acciones) y *concursum continuatum* (acción continuada) y la solución de estos casos con arreglo a los principios de absorción, alteración y unidad, sentó las bases de la evolución histórica. [Igual en] Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Miguel Olmedo Cardenete (trd.), Granada, 2002, p. 764: 1. La estructuración de la teoría del concurso de acuerdo con los dos conceptos básicos de unidad de acción y pluralidad de acciones se remonta a la Ciencia jurídico-penal del Derecho común. Aquí ha sido J. Ch. Koch quien ha sentado las bases para el desarrollo posterior por medio de la distinción entre *concursum simultaneum* (unidad de acción), *concursum successivum* (pluralidad de acciones) y *concursum continuatum* (delito continuado), y de la solución de estos casos de acuerdo, respectivamente, con los principios de absorción, de exasperación y de unidad.

- ²⁸ Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista*, p. 40 cita núm. 53: Benedicto Carpzovio (1595-1666), fue profesor ordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leipzig y miembro del Tribunal de Jurados de dicha ciudad, diciéndose que en sus funciones de juez llegó a dictar veinte mil condenas de muerte, por lo que se consideraba un excelente magistrado. En 1635 publicó su *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, que, como ha dicho, von Hippel, dominó en la administración de justicia alemana por más de un siglo, casi con la eficacia de una ley. Su obra es al par un tratado sistemático y un comentario. Doctor, diligente, profundo y también genial, Carpzovio tendía a una severidad justa, conforme al criterio de su tiempo, basándose en el principio de la retribución según el Viejo Testamento. Francisco Javier CASINOS MORA, «Benedikt Carpzov (1595-1666)», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. Volumen II. Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasius a Savigny*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 381, 382: También conocido bajo el seudónimo de Ludovicus de Montesperato, Benedikt Carpzov es considerado el fundador de la ciencia del Derecho penal en el contexto del Derecho común sajón, así como uno de los máximos exponentes del *usus modernus Pandectarum*. [] Sus doctrinas penales dejarían una impronta duradera en el tratamiento de la justicia penal en Alemania hasta muy avanzado el siglo XVIII. La obra de Carpzov no se limitó, sin embargo, a cuestiones jurídico-penales, sino que también son significativas

implantar la acumulación de penas. El influjo de Koch en la ciencia y la legislación penal alemana será decisivo gracias a la recepción de sus categorías por Feuerbach. Nace así la moderna teoría del concurso de delitos, sin olvidar la importancia de los precedentes contenidos en los prácticos italianos del siglo XVI.²⁹

Por ello, se acepta que es a partir de este jurista cuando la *teoría del concurso de delitos* empieza a tener un tratamiento más técnico³⁰ y será incorporada en los códigos penales. Es en el Código Penal para el Reino de Baviera³¹, promulgado por el Rey Maximiliano José, en Múnich, el 16 de mayo de 1813, elaborado por Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH³², en el que se plasman las ideas de Johann Christoph

sus aportaciones al Derecho civil, canónico, procesal y público siguiendo las pautas del nuevo *usus modernus* y mostrando como telón de fondo una concepción absolutista y teocrática del Derecho y del Estado. Su obra capital, *Practicae novae Imperialis Saxonicae rerum criminalium* (1635), cuyas principales fuentes fueron, como en general en sus obras, el Derecho romano en uso, la *Constitutio criminalis Carolina* y el *Sachsenpiegel*, ha marcado notablemente la evolución de la doctrina de la culpabilidad. En ella aparece formulada su teoría de la determinación de la pena (*Strafzumessungslehre*). Tal teoría consiste esencialmente en la distinción entre *poena ordinaria* y *poena extraordinaria* y en la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación. La denominada *poena extraordinaria* o *arbitraria* entraba en juego cuando concurrían en el hecho punible ciertas circunstancias atenuantes o agravantes, que determinaban una diferente graduación de la responsabilidad del autor y cuya apreciación resultaba de la aplicación de ciertas reglas que había extraído de la praxis del *Schöppenstuhl* de Leipzig.

²⁹ El concurso..., pp. 48 y 49.

³⁰ [Por ejemplo] Agustín SQUELLA, «Estudio preliminar», en Friedrich Karl von Savigny, *Textos clásicos*, México, 1981, p. 7: En 1796, Savigny pasa a la Universidad de Goettingen, y el 31 de octubre de 1800, cuando contaba 21 años, defiende su tesis para la obtención del doctorado, la que versó sobre un tema de derecho penal: el concurso formal de delitos. En este mismo año comienza sus funciones docentes, como profesor de derecho romano, en la Universidad de Marburgo, alcanzado pronta notoriedad.

³¹ [Así] Ángel José SANZ MORÁN, *El concurso...*, p. 49: La recepción legislativa de las categorías creadas para la explicación de los fenómenos concursales, en la línea evolutiva que enlaza a Farinacio con Becker y Koch, tendrá lugar, por vez primera, en el *Código penal bávaro de 1813* (parágrafos 108 a 110), donde se recogen casi literalmente las tesis de Feuerbach, que vienen a reproducir los criterios establecidos por Koch.

³² Eugenio Raúl ZAFFARONI, «Ensayo preliminar», en Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Eugenio Raúl Zaffaroni/Irma Hagemeyer (trds.), Buenos Aires, 1989, pp. 15-17: Feuerbach- que significa “arroyo de fuego” nació en Hainichen, cerca de Jena, el 14/11/1775. En 1792 se matriculó en la Universidad de Jena, después de una seria disputa con su padre. En 1794 publicó su primer artículo *Sobre el estado de naturaleza* y en 1795 otros dos: *Ensayo sobre el concepto del derecho y sobre la imposibilidad de un primer principio absoluto de la filosofía*. En el mismo año publicó su primer libro: *Sobre la única demostración posible acerca de la existencia y validez de los derechos naturales* y obtuvo el grado de doctor en Filosofía. Al año siguiente -1796- publicó su segundo libro: *Crítica del derecho natural como propedéutica para una ciencia del derecho natural* [...]. En 1797 publicó el *Anti-Hobbes*; en 1798 realizó una investigación sobre el delito de alta traición; en 1799 obtuvo su grado de doctor en Derecho de la Universidad de Jena y publicó su obra más importante como teórico: *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo*. En 1801 publicó la presente obra, cuyo título completo es *Tratado de*

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

KOCH³³, en los siguientes términos:

Parágrafo 108 [I, *por la concurrencia de varios crímenes*].- Si varios crímenes todavía no penados se encuentran en un mismo malhechor, en forma que debe conocer el mismo tribunal y en una misma sentencia, se llama a esto concurrencia de crímenes.

Parágrafo 109.- Habiéndose repetido el mismo crimen en distintas personas u objetos, o habiendo cometido el malhechor con pluralidad de acciones crímenes de distinta clase, se combinará la pena de un crimen con la pena de otro.

Pero, si esta combinación fuese imposible, no por ello podrá aplicarse ninguna pena de género más grave, sino sólo la más grave de las penas concurrentes, aunque combinada con agravación externa, en tanto que esto sea legal.

Lo mismo se observará cuando varias penas privativas de libertad concurren en forma tal que la duración de las mismas excediese los límites fijados en los arts. 13, 16 y 28³⁴ para cada género especial de pena privativa de libertad.

Parágrafo 110.- Cometiéndose varias veces un crimen contra el mismo objeto o contra la misma persona, se computan las sucesivas acciones del crimen a un mismo hecho, aunque para la cuantificación de la pena se considerarán como circunstancia agravante bajo las limitaciones del art. 95.³⁵

derecho penal común vigente en Alemania. En 1802 dejó Jena y pasó a Kiel, Landshut, y, en 1805, a Munich. A partir de esa fecha se inicia el período en el cual Feuerbach desempeña diferentes cargos oficiales que lo llevan a participar en la redacción de diferentes leyes bávaras, tarea que alcanza su punto culminante con el Código Penal bávaro de 1813 [...]. Se da por cierto que Feuerbach murió a causa de una enfermedad circulatoria que ya le había causado dos ataques anteriores, extinguiéndose de ese modo su existencia terrena el 29 de mayo de 1833. Simon CRITCHLEY, *El libro de los filósofos muertos*, Alejandro Pradera (trad.), México, 2009, p. 255: Karl Marx escribió de joven en una nota para sí mismo: Para ti no hay otro camino hacia la *verdad* y la *libertad* que el que conduce a través del arroyo [*Bach*, en alemán] de fuego [*Feuer*]. Feuerbach es el *purgatorio* del tiempo presente.

³³ La relación entre Johann Christoph KOCH y FEUERBACH se debe a su coincidencia en la Universidad de Jena. [Véase citas anteriores].

³⁴ Art. 13 [II, *por tiempo determinado*].- La pena de presidio por tiempo determinado no podrá aplicarse por más de veinte años ni por menos de ocho. Los condenados por tiempo determinado podrán acortar su tiempo de pena mediante el cumplimiento de las condiciones señaladas en el art. 12; sin embargo, no podrá solicitarse ese perdón hasta después de transcurridos las tres cuartas parte del tiempo de la pena impuesta. El que después de sufrida pena de presidio o de casa de trabajo caiga nuevamente en el crimen, quedará excluido de este beneficio. Art. 16.- Nadie será condenado a pena de casa de trabajo por tiempo mayor que el de ocho años ni menor de un año. Los condenados podrán esperar gracia después del transcurso de tres cuartas partes del tiempo de pena, bajo las condiciones establecidas en los arts. 12 y 13. Art. 28.- Esta pena no tendrá lugar por tiempo mayor de dos años [se refiere a la pena de prisión o arresto en fortaleza]. El infractor, especialmente cuando esta pena sea impuesta por tiempo prolongado, deberá ser dedicado a ocupación adecuada y, en tanto lo permitan las circunstancias, con trabajos habituales de su oficio. [Texto copiado de] Paul Johann..., 1989, pp. 391, 392, 394.

³⁵ Art. 95. [Límites del poder judicial en la cuantificación de la pena].- Por ninguna de las causas preestablecidas estará facultado el tribunal para prescindir de la pena legal, sustituir el género de pena

Cuando un criminal haya cometido con una misma acción y al mismo tiempo varios crímenes, se aplicará sólo la pena de la infracción más grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 95, n° II.³⁶

En el párrafo 108 se da un concepto de lo que hoy llamamos *concurso de delitos*, llamado por FEUERBACH «conurrencia de crímenes». En el párrafo 109 está la regulación del *concurso real* y la definición del criterio de la combinación para su castigo. Y en el segundo párrafo del párrafo 110 estaría la referencia al *concurso ideal* basando su punibilidad en el principio de absorción. El contenido de estos párrafos se relaciona con la explicación que FEUERBACH realizaba en su *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, de 1801:

§126

Cuando varias infracciones aún no penadas, cometidas por las mismas personas, fuesen objeto de una única sentencia judicial, se produce el concurso de crímenes (*concursum delictorum*).

§127

Hay únicamente tres formas posibles de concurrencia, conforme a la diferencia de las leyes penales infringidas. I) Una de ellas tiene lugar cuando una misma acción o un acto ininterrumpido infringe distintas leyes penales, siendo esta una *conurrencia ideal o formal* (*Conc. del. simultaneus*). II) Distintas acciones, mediante las cuales son infringidas diferentes leyes penales, dan lugar a una *conurrencia objetiva* (*c. d. objectivus s. heterogeneous*). III) Habiéndose infringido una misma ley mediante diferentes acciones, se produce una *conurrencia subjetiva* (*c. d. subjectivus s. homogeneous*).

§129

En estos supuestos, la pena de cada ley penal encontrará aplicación siempre que los presupuestos para la pena legal estuvieren dados, de lo que suceda que: 1) Cuando hayan sido infringidas varias leyes penales, se aplicarán las penas de todas las leyes penales infringidas; 2) Cuando una ley penal haya sido infringida varias veces, está jurídicamente fundada la imposición de la pena de la misma tantas veces como haya sido infringida.

§131

Las leyes sancionan estos principios, en especial para la concurrencia objetiva y para los crímenes reiterados. Pero, en la concurrencia ideal y en el crimen continuado, hacen una

conminada o acortar o prolongar la duración legalmente determinada de la misma. El funcionario judicial sólo estará facultado, en consideración a estas circunstancias, I) Para prolongar o acortar una pena privativa de libertad cuya duración estuviese legalmente mensurada mediante la determinación de su máximo y de su mínimo, dentro de estos límites; II) Para agravar la pena por circunstancias agravantes mediante adiciones externas, en tanto las mismas estuviesen especialmente permitidas en el cap. I para cada género de pena; igualmente; III) Para disminuir, por circunstancias atenuantes, las accesorias agravantes conminadas simultáneamente con la pena principal. [Texto copiado de] Paul Johann..., p. 407.

³⁶ [Texto copiado de] Paul Johann..., pp. 409 y 410.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

excepción, en tanto que los crímenes que concurren idealmente sean del mismo género, estableciendo la regla de que la pena mayor cancela la menor (*poena major absorbet minorem*); aquí la infracción plural quiere que se la considere como una sola infracción. Cuando una pluralidad de crímenes de distinta naturaleza concurren idealmente, queda en pie la regla, según la cual se impone el mal de la infracción más grave asociado a un complemento agravante.³⁷

Por esto se acepta que con las ideas de Johann Christoph KOCH y el contenido del *Cp* bávaro Alemania se convierte en pionera en el tratamiento de este tema, el cual continuará desarrollándose³⁸, siendo hoy un tema de conocimiento obligado por los casos que deben ser resueltos con su aplicación. Esta importancia ha significado que cada vez existan más trabajos para su explicación.

Este desarrollo histórico del «*quot delicta, tot poenae*» estaría diciendo que su abandono se iniciaría después de casi 1300 años [533, vigencia del Digesto, 1813 Código penal bávaro]. Pero, este abandono no fue absoluto ni en todos los lugares porque la aceptación del criterio *unidad y pluralidad de acciones humanas* para cuantificar los delitos, trajo efectos jurídicos importantes: [1] el origen del delito continuado [*delictum continuatum*]; [2] la elaboración de los criterios de medición de la pena: principios de *absorción, combinación, acumulación jurídica* y de *asperación* y [3] el reconocimiento del llamado *concurso de leyes o unidad de ley*.

IV. EL RETORNO DEL «QUOT DELICTA, TOT POENAE»

Si bien este *retorno no es pleno*, se ha venido configurando con el deterioro del control de la punibilidad como límite del poder punitivo, y relacionado con las figuras jurídicas que sirvieron para delimitar la aplicación del «*quot delicta, tot poenae*».

4.1. *El delito continuado [delictum continuatum]*. Se acepta que el origen histórico de este fue para evitar la imposición de la pena de muerte por el tercer hurto o robo simple. Fue una respuesta *para beneficio* al considerarse las dos o más acciones de apoderamiento como si hubiere sido una sola acción, lo que originaba, *un solo delito*; así, el «*quot delicta, tot poenae*» [*tres robos, tres penas*] desaparecía porque el hecho era uno solo, y por lo mismo, existía *delito único* y *pena única*.

³⁷ Tratado ..., pp. 122, 123, 124.

³⁸ [Así] Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Miguel Olmedo Cardenette [trd.], Granada, 2002, p. 764: []. La distinción entre el concurso ideal y real se encuentra ya en todos los Códigos penales particulares germánicos del siglo XIX, pasando por el StGB prusiano de 1851, y siendo finalmente acogida sin profundas modificaciones por el RStGB de 1871. La regulación de los problemas concursales es, por tanto, una de las partes más añejas del Derecho penal vigente pues también ha sobrevivido sin modificaciones esenciales a la tormenta de la gran reforma operada en 1975.

Esta situación, relacionada con los efectos jurídicos del delito continuado [*delictum continuatum*], inició su abandono por tres procedimientos: [1] el sistema de su punibilidad mediante el principio de la *asperación* o *aspersión* [pena del delito cometido con aumento obligatorio]. Como ejemplo: *Cp Federal* [art. 64 párrafo último]:

Artículo 64.- En caso de concurso ideal, [].

En caso de *delito continuado*, se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

La exigencia en cuanto que, para la existencia del *delito continuado*, debería presentarse la *identidad del sujeto pasivo*, como sucedió en México desde el año de 1987 cuando se emitió el siguiente criterio de jurisprudencia:

DELITO CONTINUO NO CONFIGURADO.- Independiente de que en el Código Federal el llamado delito continuado no tiene entidad, tanto en los Códigos que lo comprenden, como la doctrina, al respecto predicen como características del mismo la pluralidad de acciones, la unidad de intención y la identidad de lesión, y es por ello, que es indispensable para que se integre la forma continuada de ejecución, el que la acción recaiga sobre el mismo pasivo, y si hay distintos pasivos, podrán haber identidad en la figura delictiva que se integra, pero no en la lesión que se produce.

Amparo directo 3807/86. Leonel Guillén Guillén. 14 de octubre de 1987. Cinco votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Raúl Melgoza Figueroa. Séptima Época, Segunda Parte: Volumen 58, página 29. Amparo directo 4813/72. Inocente Calderón Guzmán y coagraviado. 5 de octubre de 1973. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Registro digital: 233965. Primera Sala. Séptima Época. Materia(s): Penal. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen 217-228, Segunda Parte, página 22 Tipo: Aislada.

Con esta tesis de jurisprudencia, plagada de errores [*mejor horrores*], el *delito continuado* inició su proceso de desaparición, a partir de la misma institución que le dio vida jurídica: *los tribunales*.

Así, con esta jurisprudencia, la mayoría de los *Códigos penales* mexicanos de hoy, regulan la *identidad del sujeto pasivo como requisito del delito continuado*, y los tribunales en sus resoluciones, ante su no presencia, deciden la aplicación del *concurso real de delitos*: «*quot delicta, tot poenae*».

Apreciemos también el cambio de los supuestos de *delito continuado* como casos de *concurso real*. En Alemania, esta desaparición del delito continuado está siendo impulsada desde los tribunales, y aceptada por la *doc jur pen*, según lo explica Claus ROXIN:

En resumen, se puede decir que la “sentencia del siglo” de la Gran Sala, que ha llevado al abandono de la acción continuada, ha sido aceptada por la praxis judicial. Ha superado en lo fundamental los problemas derivados del cambio y paso a la nueva situación, aunque para ello ha hecho algunas concesiones —a veces, yendo demasiado lejos— a la anterior

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

jurispr. sobre el delito continuado. Habrá que aguardar aún para ver cómo se produce la ulterior evolución, que en muchos aspectos todavía está en curso. En vista de la grave inseguridad jurídica y de las numerosas discordancias e incoherencias que la anterior jurisprud. trajo consigo (nm. 256ss), la decisión de la Gran Sala merece en principio una valoración positiva.

El abandono de la acción continuada también ha sido acogido favorablemente por buena parte de la doctrina, aunque no en pocas ocasiones también ha sido rechazado o al menos juzgado muy críticamente. No pocos autores habrían preferido alguna restricción al concepto tradicional de acción continuada, otros quieren todavía hoy —enlazando con el dato de no ser completo el rechazo del delito continuado en la BGHSt 40, 138— continuar manteniendo para determinadas constelaciones el delito continuado o sustituirlo por construcciones similares. Así *Schlüchter/Duttge* proponen trabajar con la figura denominada por ellos unidad de acción continuada, en la que se unen los requisitos del concepto anterior de acción continuada con un estrecho contexto temporal y espacial. *Geppen* quiere resolver los casos de “hechos dolosos que se extienden en el tiempo”, es decir, la realización de un plan general “por partes” (el autor hurta, se apropia indebidamente o deslealmente dispone, sucesivamente y en varias ocasiones de acuerdo con un plan global preconcebido, de pequeñas cantidades que podría haberse procurado a través de una sola acción), mediante una aplicación ampliatoria de la unidad natural de acción. La praxis todavía no ha acogido estos enfoques.³⁹

Este proceso de inaplicación del *delito continuado* es posible jurídicamente porque en Alemania no existe regulación explícita de él, lo que sería más difícil en aquellos países que sí existe regulación expresa por la observancia del principio de legalidad que obligaría a la derogación de este si es que se quiere dejar de aplicar.

4.2. *El concurso de leyes o unidad de ley.* En sus inicios, según la opinión dominante la aplicación de una de las leyes que concurren y son incompatibles realiza el desplazamiento de las otras. Esta idea que se caracteriza como *teoría de la absoluta exclusión delictiva*⁴⁰, no se cuestiona que la concurrencia sólo es en abstracto y, por lo mismo, los efectos jurídicos en el caso concreto son los que se derivan de la ley que se aplica, pues la otra debe ser olvidada.

Este pensamiento que, inclusive, en Alemania era indiscutible, hoy está sometido a revisión en ese y en otros países⁴¹, como lo dicen Reinhart MAURACH y Hans-Heinrich JESCHECK, respectivamente:

³⁹ *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Diego Manuel Luzón Peña (dir.), José Manuel Paredes Castañón/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal (trd./notas), Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1033 y 1034.

⁴⁰ Ramón García Albero, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, p. 187.

⁴¹ En España, véanse las obras de Ramón García Albero, Enrique Peñaranda Ramos, Nuria Castelló Nicás, entre otros.

El tratamiento práctico del *concurso de leyes* muestra una notable evolución desde la plena irrelevancia de las leyes desplazadas, a una cierta equiparación de sus funciones a las funciones que ejercerían en el concurso ideal, y, con ello, un debilitamiento del contraste entre unidad de acción con unidad de tipo (*concurso de leyes*) y unidad de acción con pluralidad de tipos (*concurso ideal*). En principio, esta evolución, por ser contraria al principio del párrafo 73, no puede ser elogiada. Representa sin embargo la reacción, casi innecesaria, a los esfuerzos (antes criticados) de reducir la esfera del concurso ideal a costa del *concurso de leyes*. Por otro lado, tampoco cabe desconocer la existencia de una propia necesidad político-criminal dirigida a disminuir las diferencias.

En principio, la ley pospuesta debería resultar totalmente suprimida, tanto desde el punto de vista jurídico-material como procesal, esto es, completamente descartada: no puede ni fundamentar la declaración de culpabilidad ni intervenir de modo alguno en la averiguación y fijación de la pena; irrelevante lo son también en principio las condiciones de punibilidad y los presupuestos de persecución contenidos en la ley suprimida. De hecho, sin embargo, estos principios han sido objeto de numerosas excepciones, hasta el punto de que doctrina y jurisprudencia se inclinan a hacer resurgir, sea como fuere, la ley suprimida, en los casos en los que una punición conforme a la ley predominante, resulte imposible —por desistimiento de la tentativa, prescripción, falta de una condición de punibilidad, omisión de la requerida querella penal—. Por lo general se aducirá que el *concurso de leyes* no prescribe la supresión del tipo, sino sólo la supresión de la pena derivada de ese tipo. Este raciocinio está justificado desde el punto de vista político-criminal, pero dogmáticamente resulta defectuoso.⁴²

La distinción de las propias especies de concurso y la *unidad de ley* ha perdido mucha importancia por el hecho de que también en la segunda institución la Jurisprudencia va concediendo a la ley desplazada, en forma creciente y en distintas direcciones, influjo en la decisión del caso concreto (cfr. Supra, §68 III). No obstante, pese a esta aproximación, subsisten significativas diferencias respecto de las propias especies de concurso.⁴³

Esta revisión de la *teoría de la absoluta exclusión delictiva* ha derivado en la llamada *teoría de la combinación*, con las consecuencias descritas por Ramón GARCÍA ALBERO:

En concreto, se ha impuesto la opinión de que, exceptuando los supuestos de especialidad del tipo privilegiado, la ley preterida debe ser observada como factor de medición de la pena dentro del marco penal correspondiente a la norma prevalente, siempre que ello no suponga una infracción del principio de doble utilización de idénticos factores determinantes de pena. Asimismo, la ley desplazada puede modificar el marco penal del precepto aplicable, impidiendo rebasar a la baja el límite mínimo del marco penal conminatorio de la ley más benévola (*Sperrwirkung des milderer Tatbestands*). Finalmente, la

⁴² *Tratado de derecho penal. Parte general, volumen II*, Santiago Mir Puig/Francisco Muñoz Conde [trds.]/adic., Barcelona, 1991, p. 445.

⁴³ *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Juan Córdoba Roda [trd./notas], Barcelona, 1962, p. 1034.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

apreciación de un *concurso de leyes* no empece a la imposición de las penas y consecuencias accesorias previstas exclusivamente en la ley preterita.⁴⁴

En México, a diferencia de Alemania, los *Cps* tienen una disposición en la que se regula la *unidad de ley*, lo que, de inicio, obliga a la observancia del contenido de dicho artículo. Esta situación —que no existe en Alemania— se convierte en el primer obstáculo para la aplicación de la *teoría de la combinación* pues en un caso concreto, ¿cómo justificar que el artículo en el que se regula la *unidad de ley* se aplicará sólo en parte porque si bien se aplican los artículos 16 y 87⁴⁵ por efecto del *principio de subsidiariedad*, sin embargo, la pena que se señala en el art. 86 en su límite mínimo no será porque la que se aplicará será la del artículo 136 fracción VIII⁴⁶ por ser una pena mayor?, o ¿cómo explicar en un caso de homicidio culposo por parentesco o relación [art. 145]⁴⁷ que por no existir querrela se le procesará por homicidio genérico por ser este el tipo general?

Pareciere que estos ejemplos, por sí solos, demuestran la inaplicabilidad de la *teoría de la combinación*, pues, hacerlo así, sin duda, se estaría actuando en contra de la ley al no observarse lo que se dice en el art. 9º. del *Cp Sinaloa*:

Artículo 9º. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general y la principal excluirá a la subsidiaria.

Por ello, creemos, que aun y cuando se pudiera ser partidario de la *teoría de la combinación*, en tanto se mantenga en los *Cps* la actual regulación de la *unidad de ley* y no exista disposición en la que de manera expresa se faculte aplicar *el efecto de cierre o la vuelta a la vida*⁴⁸ de la ley que ha sido desplazada, el intérprete y aplicador

⁴⁴ “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pp. 188 y 189.

⁴⁵ *Cp Sinaloa*: Artículo 16. La tentativa es punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo los actos que deberían de producir o evitar el resultado, si aquéllos se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente. Existe tentativa [...]. Artículo 87. A los responsables de tentativa punible se les aplicará hasta las dos terceras partes de la pena que les correspondería, si el delito que el agente quiso realizar se hubiera consumado.

⁴⁶ *Cp Sinaloa*: Artículo 136. Al responsable del delito de lesiones se le impondrá: VIII. De seis a diez años de prisión y de doscientos veinte a trescientos días multa, si producen la pérdida de cualquier función orgánica, miembro, órgano o facultad, o causen una enfermedad cierta o probablemente incurable o deformidad incorregible.

⁴⁷ *Cp Sinaloa*: Artículo 145. Las lesiones previstas en las fracciones I, II y IX del artículo 136 se perseguirán por querrela, así como el homicidio y las lesiones causadas culposamente al ascendiente, descendiente, hermanos, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, salvo que el agente se encontrase bajo el efecto de bebidas embriagantes, estupefacientes o sustancias que produzcan efectos similares y, en estos últimos casos, no fuere por prescripción médica, o bien, cuando se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima del delito, en cuyo caso se perseguirán de oficio, con excepción de lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de este código.

⁴⁸ Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 59 y 60: “Más interesante para nosotros es ese otro tipo de «efectos residuales» de la ley desplazada que

de la norma en el caso concreto deben seguir reconociendo que el desplazamiento es total y anula la posibilidad de cualesquiera efecto jurídico remanente de la ley desplazada.

4.3. *El concurso de delitos.* El reconocimiento jurídico del *concurso de delitos* se manifestó, en sus inicios, en la regulación de las tres clases de este: *real*, *ideal* y *medial*, y en diferente criterio para su punibilidad: *acumulación jurídica*, *absorción*, *asperación o aspersión*; con ello, se reconocía que el «*quot delicta, tot poenae*», estaría siendo limitado. Esta idea, podemos decir, permaneció por casi doscientos años, porque en este siglo XXI, el regreso del «*quot delicta, tot poenae*» se está consolidando mediante varios procedimientos.

4.3.1. *La no regulación expresa del concurso medial.* Si esta figura jurídica no tiene regulación expresa la respuesta, en cada caso concreto será: [1] *unidad de ley*, [2] *concurso real*. En la respuesta del inciso [1] debe analizarse si la relación *medio-fin* queda satisfecha con la aplicación de alguno de los principios de la *unidad de ley*: *consunción*, *subsidiariedad*. Si el caso no se resuelve como supuesto de *unidad de ley* deberá aplicarse el concurso real y, con ello aparece el «*quot delicta, tot poenae*».

4.3.2. *La distinción entre el concurso ideal y el concurso real de delitos.* Si bien hoy en la mayoría de los *Cps* de manera expresa —con nombre o sin él— se regulan estas dos clases de concurso de delitos, esto no ha evitado que existan propuestas en cuanto a la desaparición del concurso ideal⁴⁹, o la no regulación expresa de la distin-

consisten no ya en una mera combinación de sus consecuencias jurídicas con las de la ley referente, sino en la posibilidad de que aquélla vuelva a ser aplicable —en este sentido se habla de su «vuelta a la vida» (Wiederaufleben)— cuando esta última deja de serlo a causa de algún obstáculo de orden material o procesal. Según una concepción muy frecuentemente defendida en la doctrina alemana, el efecto característico del concurso de leyes (el desplazamiento de un precepto penal por otro de preferente aplicación) requiere que se hayan cumplido todos los presupuestos materiales y formales de la punibilidad con respecto a los delitos en cuestión. De acuerdo con ella, nada se opone en principio a la punición por el delito que en general habría de quedar desplazado cuando el delito preferente no pueda ser sancionado en virtud de una causa personal de exclusión o de levantamiento de la pena (desistimiento de la tentativa, por ejemplo), por hallarse ya prescrito o por incumplimiento de una condición objetiva de perseguibilidad: STRATENWERTH expresa con la máxima claridad este pensamiento al afirmar que «por regla general es precisamente la punición por una de las normas la que excluye la aplicación de las otras».

⁴⁹ [Con esta idea] Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*. Tomo II, Buenos Aires, 1963, p. 303: [...] Pocas doctrinas del derecho penal han ofrecido dificultades tan considerables como las que presenta la figura del concurso ideal, sea cual sea la forma adoptada para definirlo. Seguramente a consecuencia de esas dificultades ha habido siempre cierta tendencia doctrinaria y legislativa a prescindir de ella. [Y en la p. 305 agrega] El resultado de ese análisis, según se ve, es destructivo de la teoría del concurso ideal, porque toda pluralidad de encuadramientos sería una pluralidad de delitos, salvo cuando una de las figuras pudiera asumir una función consuntiva y abarcante. Entre el concurso real y el concurso aparente no habría lugar para una forma intermedia, para el concurso ideal o formal. La teoría del concurso de leyes, al adquirir desarrollo, ha mostrado la insuficiencia y el empirismo de la teoría del concurso ideal y al mismo tiempo la razón de las dificultades con que éste ha tropezado.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

ción, que significa la propuesta de *unificación* o *criterio único* para las distintas formas del *concurso de delitos*; ejemplo de esta idea los *Cps* de *Austria* [§ 28], *Colombia* [Art. 31], *Francia* [Art. 132], *Japón* [Art. 45], *Portugal* [Art. 30º, 77º], *Suiza* [§ 68].

La regulación del concurso de delitos en estos *Cps* con un *criterio único*, el cual es valorado como mejor que el *criterio de la distinción* permite, a sus defensores, recomendar su adopción proponiendo que, en un futuro, esta debe ser la técnica de regulación para así salvar los problemas que se han generado con la misma. Esta idea la expresa José HURTADO POZO:

En favor de este sistema, se han esgrimido, en particular, razones prácticas. Así, se estima que siendo conveniente agravar la pena en caso de concurso ideal, sobre todo si el delincuente sabe o debe saber que su acto ha violado varias disposiciones, no es necesario complicar el código adoptando para el concurso ideal un sistema diferente que el existente para el concurso real⁵⁰. Así mismo, se sostiene que si bien, en teoría, hay que distinguir entre ambos concursos, tratarlos de manera igual evita que se planteen cuestiones muy sutiles y explica la aplicación de la pena única (*Einheitstrafe*). En Alemania, donde diversos autores son partidarios de este criterio, se planteó su admisión al discutirse la reforma del viejo Código alemán, pero no fue aceptada, siendo, por el contrario, incorporada en el derecho penal de menores.

Propuestas de este tipo implican el abandono, en la práctica, de la distinción entre concurso ideal y real. El principal argumento en favor de este abandono es la imposibilidad de determinar un criterio certero para distinguir la unidad de la pluralidad de acción. Si se admite esta concepción, hay que aceptar que, desde la perspectiva de la política criminal, la distinción practicada hoy es arbitraria y, por lo tanto, siempre insegura. En Alemania, el rechazo a tratar de manera igual los concursos ha sido criticada en el sentido de representar la “conservación de un esquema conceptual arcaico”.^{51/52}

Ante el poco avance de la propuesta de la *unificación* en el derecho comparado, el *criterio de la distinción* permanece hasta hoy, mañana quién sabe, porque, si bien en la fórmula utilizada por el legislador mexicano para la regulación del *concurso de delitos* se hace la distinción entre *concurso ideal* y *concurso real*, y también se hace diferenciación en la punibilidad de cada uno, hoy empiezan a aparecer en los *Cps*

Miguel Ángel ARCE AGGEO, *Concurso de delitos en materia penal. Su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la ontología del lenguaje y la teoría comunicativa del delito*, Buenos Aires, 2007, p. 105: El empleo sistemático de estos puntos representa la virtual inexistencia del instituto en análisis, quedando reducida su aplicación formal, nominativa, a algunas hipótesis de concurrencia de figuras culposas que se analizan en el presente trabajo y que deben su especial configuración a un problema de índole estructural, más que al ámbito de acción del denominado concurso ideal.

⁵⁰ [Estas comillas, en el texto no se señala dónde se abren].

⁵¹ [Las comillas se refieren a la cita] Albert T. COENDERS, *Über die Ideal Konkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz*, Greifswald-Bamberg, 1921, p. 3.

⁵² *Manual de derecho penal. Parte general I*, Lima, 2005, pp. 931 y 932.

propuestas de unificación en la respuesta penal para ciertos delitos, como en el art. 127 del Cp de Chihuahua:

Art. 127. A quien cometa homicidio calificado se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión.

A quien se le condene por el homicidio doloso de tres o más personas, en el mismo o en distintos hechos, se le impondrá prisión vitalicia.

Aun y cuando en el segundo párrafo se hace la distinción entre *concurso ideal* [«en el mismo hecho»] y *concurso real* [«en distintos hechos»] la punibilidad es la misma: «prisión vitalicia», sin posibilidad de obtener la libertad por lo que se dice en el art. 32:

Art. 32. De la prisión

La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Puede ser temporal o vitalicia, según lo disponga este Código. En el primer caso, su duración no será menor de seis meses ni mayor de setenta años. *En el segundo caso, se denominará cadena perpetua o prisión vitalicia, y consiste en la privación de la libertad personal por todo el tiempo de vida del responsable del delito.* Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos o lugares donde disponga la autoridad ejecutora de las sanciones penales en el Estado, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda pena de prisión (...).

Así, con una *pena absolutamente determinada, única, sin posibilidad de graduación* la distinción entre *concurso ideal* y *concurso real* pierde su importancia pues, en el caso concreto, lo mismo da, si las *tres o más muertes* se producen *en el mismo hecho o en distintos hechos*.

Si bien esta propuesta de la *unificación* ha orientado algunos de los últimos *Cps*, como el de Colombia, su aceptación ha sido cuestionada⁵³, y también, *ha sido aban-*

⁵³ Ricardo POSADA MAYA, «El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano», en Fernando Velásquez Velásquez (coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, 2005, pp. 483 y 484: Tercero. Debe advertirse que dicho sistema punitivo unitario puede distorsionar gravemente los fines preventivos (art. 4º.) que debe cumplir la pena según cada modalidad concursal. Y ello es así, pues tal equiparación y la imperfección del sistema de individualización colombiano, envían un mensaje en extremo criminógeno, en el sentido de que retributivamente puede dar igual realizar varias tipicidades con una acción única o una unidad de acción, que realizar distintos delitos al mediar una pluralidad de acciones independientes. De hecho, si el concurso real se entiende como un supuesto más grave que un concurso ideal, es claro que no solo retributivamente (medida de la pena), sino preventivo general (en etapa legislativa) y especialmente (en la individualización y ejecución de la pena) la consecuencia para este debe representar mayor carga preventiva. No se puede olvidar que la justificación de la pena es un presupuesto ineludible para su imposición.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

donada para regresar al criterio de la distinción, como sucedió desde el año de 1974 en el *Cp* italiano⁵⁴, según lo explican Giovanni FIANDACA/Enzo MUSCO:

De acuerdo con el artículo 81, párrafo 1º, quien mediante una sola acción u omisión viole varias disposiciones de ley, o cometa varias infracciones de la misma disposición legal, es sancionado “con la pena que debería imponerse por la infracción más grave, aumentada hasta el triple”.

Tal disposición, introducida con la reforma de 1974, ha modificado profundamente el régimen jurídico originario previsto por el legislador de 1930 para el concurso formal de delitos. En efecto, el régimen de la acumulación material (*tot crimina tot poenae*), codificado en la vieja formulación del artículo 81, ha sido reemplazado por el régimen de la *acumulación jurídica*, que consiste, precisamente, en la aplicación de la pena prevista para el delito más grave con un aumento correspondiente, no ya a la suma de las otras penas, sino a una cuota proporcional prefijada por la ley (en este caso, hasta el triple).

Con esta importante reforma, el legislador de 1974 ha eliminado uno de los aspectos más acentuadamente represivos del Código Rocco y, al mismo tiempo, ha reconducido sustancialmente la disciplina legal del concurso formal hacia los principios que ya la informaban en el Código Zanardelli de 1889, que contemplaba la acumulación jurídica para el concurso formal homogéneo y la absorción (es decir, la aplicación, únicamente de la pena prevista para el delito más grave) en el caso de concurso formal heterogéneo.⁵⁵

Esta situación demuestra que ni en la *legislación* ni en la *doctrina jurídico penal* existe *pax dogmática* al respecto, lo cual permitirá más y mejores discusiones⁵⁶ y un mejor entendimiento de este tema.

4.3.3. *La punibilidad del concurso de delitos.* El surgimiento del *concurso de delitos* como figura limitadora del «*quot delicta, tot poenae*» permitió, que el criterio para la regulación de su punibilidad, fuese acorde con esta naturaleza y, por ello, la fórmula para su punibilidad fue el principio de *absorción, asperación*, y al final el de *acumulación jurídica potestativa*.

Esta orientación de una *punibilidad limitadora*, empezó su abandono cuando se dejaron de lado los principios anteriores, con el cambio de *acumulación jurídica potestativa* por el de *acumulación jurídica obligatoria*. Después, en México, se está imponiendo una regla de punibilidad para el concurso ideal: *aplicar la regla del concurso real para cierta clase de tipos penales*. Ejemplo, el artículo 64 del *Cp* Federal:

⁵⁴ José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Madrid, 1997, p. 129: Esta teoría [*se refiere a la de la ficción del delito continuado*] es dominante en Italia y se incorporó al Código Penal italiano con la finalidad de evitar la acumulación material de penas, que el legislador italiano, antes de la reforma de 1974, adoptaba en materia de concurso —capítulo donde se trata el delito continuado—, tanto material como formal.

⁵⁵ *Derecho penal. Parte general*, Luis Fernando Niño [trd.], Bogotá, 2006, p. 656.

⁵⁶ [*Las discusiones no son para convencer, sirven para profundizar en el tema que está sujeto a debate*].

Artículo 64.- En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos, *con excepción de los casos en que uno de los delitos por los que exista concurso ideal sea de los contemplados en la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro, y la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, ambas reglamentarias de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, supuestos en los cuales se aplicarán las reglas de concurso real.*

En caso de concurso real, se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero. Si las penas se impusieran en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos o similares, o derivado uno del otro, en todo caso las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito.

En caso de delito continuado, se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

O para aplicar el *principio de acumulación jurídica* para determinadas clases de delitos, como en el artículo 31 a del Cp Guanajuato:

Artículo 31 a.- Tratándose del concurso entre los delitos de homicidio, secuestro, violación, robo calificado o trata de personas, o entre alguno de estos con cualquier otro delito, *se acumularán las sanciones que por cada delito se impongan*, sin que la suma de las de prisión pueda exceder de sesenta años.

Y para la exclusión del dolo en el supuesto de concurso ideal y aplicarse la punibilidad del concurso real, como en el artículo 70 del Cp Sonora:

Artículo 70.- En los casos de concurso real, se [...].

En el supuesto de concurso ideal, se aplicará la sanción que corresponda al delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta en una mitad más del máximo de su duración, a juicio del juez⁵⁷. Lo previsto en este párrafo no comprende los casos en que la ley dispone que, por circunstancias modificativas o calificativas, una sanción determinada deba agravarse con otra, o ésta deba imponerse sin perjuicio de aquélla.

⁵⁷ Mario Octavio VÁZQUEZ PADILLA, *Teoría jurídica del delito*, Hermosillo [Sonora], México, 2002, p. 361: En las legislaciones de [] y Sonora, [] en tanto que para el ideal se deja el arbitrio del juez, una vez que aplique la pena que corresponda al delito más grave, la posibilidad de absorción de las penas de los delitos restantes [artículos [] y 70 Cps].

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

Tratándose de concurso ideal, si el delito fue dolosamente ejecutado para violar varias disposiciones penales o varias veces la misma disposición, o se realizó a sabiendas de que tal posibilidad ocurriera, se sancionará conforme a las reglas del concurso real.

Con esta regulación establecida en el párrafo tercero la regla para la sanción del concurso ideal solo se aplica cuando este se haya producido mediante *culpa*.

4.3.4. *El principio de acumulación material y el regreso del «quot delicta, tot poenae»*. Si el *principio de acumulación material* se identifica con el «*quot delicta, tot poenae*», el *quantum* de la pena se forma con la suma de cada una de las penas de los delitos que integran el concurso. En sentido estricto ningún Cp mexicano lo regula para el concurso pero puede presentarse, en el caso concreto, si las penas que se impongan no sobrepasan el límite señalado por el legislador, como en el art. 68 del Cp del Estado de México:

Artículo. 68.- En caso de concurso se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la que deberá aumentarse inclusive hasta la suma de las penas de los demás delitos, sin que el total exceda de cincuenta años.

En este Cp pensemos un concurso entre homicidio simple [prisión de diez a quince años]⁵⁸, lesiones [prisión de dos a seis años]⁵⁹ y daños [prisión de seis a doce años]⁶⁰. Las tres penas de prisión suman un total de treinta y tres años y al no exceder el límite de cincuenta años se impondrán todas y, con ello, existirá la aplicación del principio de *acumulación material y el regreso del «quot delicta, tot poenae»*.

La regulación de la *punibilidad del concurso de delitos* en los Cps mexicanos demuestra que el principio «*quot delicta tot poena*» que está en la base del sistema de la *acumulación material* no ha sido dejado de lado definitivamente. Su presencia se mantiene: [1] cuando los beneficios relacionados con el cumplimiento de la pena de prisión se obstaculizan o se niegan como en los artículos 137, 140, 141, 144 y 146 de la Ley Nacional de Ejecución Penal:

Artículo 137. Requisitos para la obtención de la libertad condicionada

Para la obtención de alguna de las medidas de libertad condicionada, el Juez deberá observar que la persona sentenciada cumpla los siguientes requisitos:

⁵⁸ Artículo 242. El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos: I Al responsable de homicidio simple, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa.

⁵⁹ Artículo 237. El delito de lesiones se sancionará en los siguientes términos: () III Cuando ponga en peligro la vida, se impondrán de dos a seis años de prisión y de sesenta a ciento cincuenta días multa.

⁶⁰ Artículo 310. A los responsables de este delito se les sancionará en los siguientes términos: () V Cuando exceda de dos mil veces el salario mínimo, se impondrán de seis a doce años de prisión y de ciento cincuenta a trescientos días multa; y ().

I. Que no se le haya [...].

No gozarán de la libertad condicionada los sentenciados por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.

La persona que obtenga la libertad condicionada, deberá comprometerse a no molestar a la víctima u ofendido y a los testigos que depusieron en su contra.

Artículo 140. Cancelación de la libertad condicionada

La medida de libertad condicionada terminará por revocación en los casos de violación reiterada a los términos establecidos por el Juez de Ejecución, por sustitución, por la extinción de la pena en su totalidad o por el otorgamiento de la libertad anticipada, o cometa un nuevo delito en el plazo que resta para el cumplimiento de la pena originalmente impuesta.

Artículo 141. Solicitud de la libertad anticipada

El otorgamiento de la libertad anticipada extingue la pena de prisión y otorga libertad al sentenciado. Solamente persistirán, en su caso, las medidas de seguridad o sanciones no privativas de la libertad que se hayan determinado en la sentencia correspondiente.

El beneficio de libertad anticipada se tramitará ante el Juez de Ejecución, a petición del sentenciado, su defensor, el Ministerio Público o a propuesta de la Autoridad Penitenciaria, notificando a la víctima u ofendido.

Para conceder la medida de libertad anticipada la persona sentenciada deberá además contar con los siguientes requisitos:

I. Que no se le haya [...].

No gozarán de la libertad anticipada los sentenciados por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.

Artículo 144. Sustitución de la pena

El Juez de Ejecución podrá sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad, previstas en esta Ley cuando durante el periodo de ejecución se actualicen los siguientes supuestos:

I. Cuando se busque [...]

Sólo podrán aplicarse los sustitutivos descritos en las fracciones anteriores cuando se actualicen los supuestos durante la ejecución de la pena, así como a las personas que al momento de ser sentenciadas se ubiquen en las hipótesis previstas en este artículo, siempre que subsistan las causas durante la ejecución.

No procederá la sustitución de pena por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.

Artículo 146. Solicitud de preliberación

La Autoridad Penitenciaria, con opinión de la Procuraduría, podrá solicitar al Poder Judicial de la Federación o ante el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, la conmu-

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

tación de pena, liberación condicionada o liberación anticipada de un grupo determinado de personas sentenciadas de acuerdo a alguno de los siguientes criterios:

I. Se trate de un delito [...].

No podrá aplicarse la medida por criterios de política penitenciaria en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, trata de personas, delincuencia organizada, secuestro, ni otros delitos que conforme a la ley aplicable merezcan prisión preventiva oficiosa, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cualquier caso, la Autoridad Penitenciaria deberá aplicar los principios de objetividad y no discriminación en el proceso y ejecución de la medida.

Piénsese en el siguiente supuesto: una persona es sentenciada por dos delitos que tienen cada uno pena de prisión de dos años y uno con pena de prisión de un año: deberá cumplir los cinco años de prisión porque no se sobrepasa el límite máximo de la pena impuesta. Esto demuestra que el sistema de *acumulación jurídica* sólo beneficia a quienes cometen los delitos mayormente penados; si ello es así, entonces, el sistema de *acumulación material* o *matemática* genera impunidad donde debería evitarla, lo que hace de este un sistema para los delitos de menor impacto social; [4] cuando se establece una regla general y se regulan excepciones para ciertos supuestos. Este es el caso del Cp de Chihuahua en el que la punibilidad del concurso real de delitos se encuentra en el segundo párrafo del art. 76:

Artículo 76.- Sanción en concurso de delitos.

En caso de concurso ideal, [...].

En caso de concurso real, se impondrá la pena al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 32 de este Código.

En el art. 32, se dice:

Artículo 32.- De la prisión.

La prisión consiste en la privación de la libertad personal. *Puede ser temporal o vitalicia, según lo disponga este Código. En el primer caso, su duración no será menor de seis meses ni mayor de setenta años. En el segundo caso, se denominará cadena perpetua o prisión vitalicia, y consiste en la privación de la libertad personal por todo el tiempo de vida del responsable del delito.* Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos o locales donde disponga la autoridad ejecutora de las sanciones penales en el Estado, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquéllas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años.

Tratándose del delito de homicidio doloso en perjuicio de mujeres o menores de edad o del delito de secuestro, deberá imponerse pena por cada delito cometido, aún y cuando con ello se exceda el máximo de la pena de prisión temporal.

Cuando varios delitos dolosos sean cometidos por miembros de corporaciones policiacas, autoridades ministeriales, judiciales o de ejecución de sentencias, en cualquier grado de participación, deberá imponérseles la pena que corresponda para cada uno de ellos, pudiendo aumentarse a la suma total de la pena impuesta, de una a dos terceras partes de aquélla, aún y cuando con ello se exceda el máximo de la pena de prisión temporal.

En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, la penalidad siempre se aumentará de una a dos terceras partes a la suma total de la pena impuesta, si entre los delitos cometidos se encuentra el Homicidio, Secuestro, Extorsión, Robo, Amenazas o Daños, en los supuestos del artículo 237.

Lo dispuesto en el párrafo quinto del presente artículo, será aplicable a los ex integrantes de las instituciones o corporaciones citadas, cuando empleen cualquier tipo de conocimiento, habilidad o información que hubiesen adquirido u obtenido durante el ejercicio del cargo anterior, siempre y cuando, dentro de los delitos dolosos se encuentre el Homicidio, Secuestro, Extorsión, Robo, Amenazas o Daños, en los supuestos del artículo 237.

Las excepciones al límite de setenta años se reconocen en los párrafos cuarto y quinto. Otra excepción está en el segundo párrafo del art. 126:

Artículo 126. Cuando la víctima del delito de homicidio sea del sexo femenino o menor de edad, se aplicarán las penas previstas en el segundo párrafo del artículo anterior⁶¹.

Si además del homicidio, se cometen en perjuicio de la víctima otros delitos, *deberá imponerse pena por cada delito cometido aún y cuando con ello se exceda el máximo de la pena de prisión.*

De esta manera, el *criterio de acumulación jurídica* se usa sólo para justificar y como protección para evitar las críticas del principio «*quot delicta, tot poenae*» que está en el contenido de estas excepciones sancionadas con el criterio de la *acumulación material o matemática*. Cuando el *fiscal del Ministerio Público*, con la complacencia del *juez* decide no aplicar el contenido del artículo 30 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sucede lo siguiente:

Artículo 30. Causas de acumulación y conexidad

Para los efectos de este Código, habrá acumulación de procesos cuando:

⁶¹ Cp Chihuahua: Art. 125. A quien prive de la vida []. Si en la comisión de este delito concurre alguna circunstancia agravante de las previstas en el artículo 136 de este Código, se impondrán de treinta a sesenta años de prisión, salvo que se trate de riña.

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

- I. Se trate de concurso de delitos;
- II. Se investiguen delitos conexos;
- III. En aquellos casos seguidos contra los autores o partícipes de un mismo delito, o
- IV. Se investigue un mismo delito cometido en contra de diversas personas.

Se entenderá que existe conexidad de delitos cuando se hayan cometido simultáneamente por varias personas reunidas, o por varias personas en diversos tiempos y lugares en virtud de concierto entre ellas, o para procurarse los medios para cometer otro, para facilitar su ejecución, para consumarlo o para asegurar la impunidad.

Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. No existirá concurso cuando se trate de delito continuado en términos de la legislación aplicable. En estos casos se harán saber los elementos indispensables de cada clasificación jurídica y la clase de concurso correspondiente.

Si la observancia del contenido de este artículo queda al *arbitrio discrecional* tanto del *fiscal* como del *juez*, y la tramitación de los supuestos de *acumulación* y *conexidad de delitos* se realiza en *procesos* y *sentencias separados* sin aplicar la regla de punibilidad regulada para la figura del *concurso de delitos*, entonces, se hace presente el «*quot delicta, tot poenae*».

4.3.5. *La prescripción.* La regulación de esta figura se hace con dos orientaciones: [1] la *prescripción* está referida a *los delitos* lo que significa que su naturaleza es sustantiva, material o de derecho penal; [2] la *prescripción* está referida a la «acción penal» o la «pretensión punitiva y a la potestad de ejecutar las penas»⁶², y con ello, la influencia histórica de la naturaleza procesal de esta, aun y cuando existan argumentos legales para considerar su naturaleza penal, como el que se desprende del momento a partir del cual se inicia su cómputo.

El procedimiento para que se presente la prescripción en los supuestos de *concurso de delitos*, tampoco es único: [1] la regla de prescripción se identifica con el *principio de absorción*, el cual no consideramos correcto porque si los delitos son independientes, entonces, la pretensión punitiva, también, nace y termina en momentos diferentes para cada delito. De acuerdo con su contenido la prescripción del concurso real de delitos se presenta con la del delito de mayor punibilidad, por lo

⁶² Cp Federal: Artículo 100.- Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos. Artículo 101.- La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley. Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible realizar una investigación, concluir un proceso o ejecutar una sanción. La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el imputado, acusado y sentenciado. El órgano jurisdiccional la suplirá de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del procedimiento.

que si ésta no se presenta no se daría la prescripción de los demás delitos que forman el concurso, manteniéndose el concurso real de delitos hasta en tanto no prescriba el que tiene la mayor punibilidad⁶³; [2] los delitos prescriben *de manera separada* y en el plazo señalado para cada uno de ellos, y como cada delito tiene su propio momento de realización, entonces, su prescripción puede darse de manera simultánea si es que su momento de realización tiene coincidencia o se entrecruzan. Este criterio llamado del *paralelismo*, lo explica Sergio VELA TREVIÑO:

A nivel doctrinario hay la llamada tesis del paralelismo, que consiste en fundamentar la prescripción de la acción persecutoria en los concursos reales (acumulación) separadamente, con la idea de que cada uno de los delitos (hechos) que origina el concurso da nacimiento a una diferente acción para perseguirlo y que el fenómeno procesal de la acumulación lo único que hace es remitir la situación a una penalidad separada y precisada (la suma de los delitos sin rebasar el máximo legal), pero ello por política criminal.

Esto parece ser enteramente lógico y razonable; en efecto, la acción persecutoria nace (y, por tanto, el principio del curso de la prescripción se inicia) cuando el hecho satisface la relación conducta-tipicidad que lo convierte en hecho perseguible por su manifiesta relevancia; el inicio del curso debe tomarse con este fundamento, según sea la naturaleza de cada uno de los hechos que integran el conjunto al que se le domina concurso real y que es motivo de un tratamiento procesal por medio de la acumulación; mayor razón encontramos si se parte de la idea de que el concurso siempre es posterior a los hechos, lo que pone en evidencia que la acción ha nacido antes que el concurso y, obviamente, que la acumulación. Esto no es sino la repetición, con otra perspectiva, de la ya tan usada expresión de Welzel en el sentido de que la prescripción empieza junto con el nacimiento del derecho estatal para la persecución y es claro que en los concursos que ahora tratamos, caracterizados por ser hechos distintos, aún no sentenciados ni prescritos, cada acción persecutoria y cada principio de curso de prescripción ha nacido con cada uno de los diferentes hechos, acumulados sólo para efectos procesales.⁶⁴

La prescripción del delito que merezca la mayor o el delito que se realice en el último tiempo definirá el término de su prescripción, pero no la del *concurso de delitos*, porque cada delito prescribe por separado, de manera que, por efectos de la prescripción, el concurso de delitos puede ser al final un caso de delito único y habrá sólo el proceso por el delito que no haya prescrito⁶⁵.

⁶³ [En apoyo] Sergio VELA TREVIÑO, *La prescripción en materia penal*, México, 1985, p. 405: Pensemos en un caso en el que el mismo sujeto estuviera siendo perseguido por hechos constitutivos de robo, homicidio y amenazas, cometidos desde luego en diferentes temporalidades. Sería injusto e ilegal someter todos los hechos al régimen de prescripción del delito más grave (homicidio) cuando alguno, como el de amenazas, tendría la temporalidad mínima de tres años. Las acciones persecutorias van prescribiendo separadamente y según como corresponde a cada una de los diversos hechos involucrados.

⁶⁴ *La prescripción*, pp. 404 y 405.

⁶⁵ Carlos REY GONZÁLEZ, *La prescripción de la infracción penal. (En el código de 1995)*, Madrid/Barcelona, 1999, p. 88: En el caso de un procedimiento iniciado contra una persona por varios delitos, en el que

El retorno del «*quot delicta, tot poenae*»

Si la prescripción nace con el delito, entonces, en los supuestos de concurso real, esta se da para cada delito y no para la figura del concurso de delitos. Esta postura es la que debiera orientar la *prescripción en los supuestos de concurso real* porque al ser independientes los delitos, también, existe un momento diferente para el inicio de la prescripción y el desarrollo de la misma adquiere autonomía en cada uno de ellos. Además, si la figura del concurso de delitos tiene un reconocimiento de beneficio para el procesado, *el criterio de prescripción para cada delito y no para el concurso real* es más compatible con la idea de menos pena. Este criterio, desafortunadamente, no es por el que se decidió el legislador en los *Cps* mexicanos.

Otro supuesto que podemos ver como el retorno del «*quot delicta, tot poenae*», está relacionado con el término para que se presente la prescripción. Hace años, la idea aceptada era, en nuestro ámbito de cultura, que todos los delitos prescribían, lo cual hoy no es la regla, porque la imprescriptibilidad regulada en textos internacionales se proyectó a las legislaciones de los estados nacionales para esos delitos, y generó, la incorporación de otros. Como ejemplo, los artículos 205 Bis del *Cp* Federal y 123 del *Cp* Guanajuato:

Artículo 205-Bis. *Serán imprescriptibles* las sanciones señaladas en los artículos 200, 201 y 204. Asimismo, las sanciones señaladas en dichos artículos se aumentarán al doble de la que corresponda cuando el autor tuviere para con la víctima, alguna de las siguientes relaciones:

a) Los que ejerzan [...].

Artículo 123.- La acción penal prescribirá en el término máximo de la sanción privativa de libertad del delito que se trate.

Serán imprescriptibles la acción penal y las sanciones en los supuestos de los delitos previstos en los artículos 140, 141 a, 153-a, 180, 181, 182, 184, 187 segundo párrafo, 187-c, 187-f, 236, 236-a, 237 y 238.

A estos legisladores que hoy niegan la prescripción debe recordárseles las palabras dichas por Francesco CARRARA [1883]⁶⁶ y por Francisco Mario PAGANO [1803]:

se evidencia que alguno o algunos, por su fecha de comisión, están prescritos, debe procederse al sobreseimiento parcial por éstos, continuando el procedimiento sólo por aquéllos que no han prescrito.

⁶⁶ *Reminiscencias de cátedra y foro*, Jorge Guerrero (trd. ed. 1883), Bogotá, 1988, pp. 302 y 303: () Pero para sostener aquella regla y hacer que fuera aceptada universalmente, bastó que quedara en firme el *principio político del olvido del delito* en el público, y más especialmente el principio eminentemente *jurídico* de los *peligros* de la *inocencia*; frente al cual no se podía transigir. En efecto, es evidente que al tardar unos cuantos años en proponer una acusación contra mí, me han hecho imposible la defensa, inclusive la más luminosa y positiva, que hubiera podido proponer en demostración de mi inocencia o de mi menor culpabilidad, si se me hubiera llamado oportunamente a dar cuenta de mis actos. El transcurso de los años ha destruido ciertas *pruebas materiales* sumamente interesantes; ha borrado de mi memoria y de la de los testigos minúsculos detalles de lugar y tiempo de los hechos; ha extinguido la vida de los testigos que podían exculparme. Y acaso la malignidad de mis enemigos

La pena por sí sola extingue el delito, pero no es la pena la única que salva al delincuente. Todas las ocasiones que suprimen o suspenden la acusación, llamadas dilatorias o perentorias, llevan consigo para siempre o por cierto tiempo la salvación del reo. La prescripción del tiempo es una de las perentorias. Por eso, así como en las causas civiles se ha introducido la prescripción del tiempo para que la propiedad no se halle en una perpetua vacilación, del mismo modo, para que la seguridad de los ciudadanos no esté bajo el temor de las acusaciones perpetuas, se ha establecido en los juicios criminales la prescripción del tiempo, más allá del cual no se puede deducir acusación por ningún delito. Además de eso, la pena demasiado tardía es un ejemplo inútil y el largo tiempo interna en una oscura noche, con la memoria de la falta, la claridad de las pruebas.⁶⁷

V. EL «QUOT DELICTA, TOT POENAE» ¿IN BONAM PARTEM?

Históricamente, ha sido cuestionado porque su aplicación estricta es en perjuicio del sentenciado al tener que cumplir con todas las penas de todos los delitos cometidos. Pero, como toda regla para ser tal debe tener excepciones, esto se cumple en el texto del artículo 77 del Cp español:

Artículo 77.

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.
2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, *sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*
3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, *y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos.* Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

Así, el «*quot delicta, tot poenae*» como figura subsidiaria, es una regulación en beneficio del sentenciado porque se le evita un cumplimiento de mayor alcance de las penas con la aplicación del *principio de asperación o exasperación*.

puede haber retrasado de intento la presentación de la denuncia hasta un tiempo en el cual me sea imposible demostrar que era calumniosa. La prescripción de la acción penal es, pues, una necesidad para la protección de las personas honradas. Y mientras es dudoso el delito, los asociados no sienten repugnancia ni temor en verme que se desenvuelve sin molestia mi vida en medio de ellos.

⁶⁷ Principios del código penal, Eugenio Raúl Zaffaroni [trd.], Buenos Aires, 2002, pp. 68 y 69.