

amplia comprensión del término voluntario con el fundamento preventivo general y preventivo especial con el que Calderón Susin trataba de justificar el efecto mitigador de la pena de la atenuante novena.

Probablemente con estos comentarios se hayan traspasado los límites tradicionales de una recensión. Ello, sin embargo, no demuestra sino otra de las virtudes del libro comentado: el de conseguir incitar la reflexión y la polémica.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

*Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.*

**CUERDA RIEZU, Antonio: «El concurso de delitos y determinación de la pena». Ed. Tecnos. Madrid, 1992, 285 páginas.**

Objeto del presente libro lo constituye el análisis e interpretación de las reglas de determinación de la pena en materia concursal, es decir, una de las materias más áridas y confusas de la Parte General del Derecho penal y, sin embargo, de continua aplicación por los Tribunales. Por ello la labor de esclarecimiento llevada a cabo por el Prof. Cuerda Riezu supone una inapreciable ayuda no sólo para los teóricos y docentes del Derecho penal, sino también para los operadores jurídicos. Pero la importancia de este libro va más allá, puesto que su autor no se limita a analizar e interpretar. El profundo estudio de estas reglas penológicas permite al autor no sólo valorarlas, poniendo de manifiesto sus deficiencias y virtudes, sino además elaborar interesantes propuestas de *lege ferenda*, lo que acrecienta significativamente el valor de la obra recensionada, teniendo en cuenta el momento actual de reforma del Derecho penal que nuestro país atraviesa. Todo ello explica que esta obra haya recibido el Premio a la Investigación del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona en su edición de 1991.

La densidad del libro —en cada una de sus páginas se interpreta, se cuestiona, se pondera o propone, sin resultar ni una de ellas gratuita— dificulta el resumen de su contenido. Por la circunstancia coyuntural de haberse publicado recientemente el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, he optado por conceder prioridad en esta recensión a la crítica a la que el autor somete a la regulación vigente, así como a sus propuestas de *lege ferenda*.

a) El libro comienza con un análisis del principio de acumulación, recogido en los artículos 69, en la regla primera del artículo 70 y en el párrafo tercero del 71 del Código Penal, consistente en la imposición de todas y cada una de las penas que corresponden a las infracciones cometidas. A la hora de valorar este principio no duda el autor en declarar categóricamente su inconstitucionalidad en lo que afecta a las penas privativas de libertad y ello por contrariar el artículo 25, 2 de la Constitución Española, pues «por mucho que el juez determine las penas individuales de cada hecho delictivo en una dirección preventivo-especial, la suma de todas ellas hará perder todo su sentido a las consideraciones preventivo-especiales,

que sólo serían válidas si se tuvieran en cuenta los efectos globales de todas las sanciones para la vida del delincuente; pero precisamente esta estimación global resulta impedida por el principio de acumulación» (págs. 37-38). Por otra parte, cuando no concurren los presupuestos para la aplicación de los límites establecidos en el artículo 70-2.<sup>a</sup> (el máximum de cumplimiento de la condena no puede exceder del triplo del tiempo por el que se impusiera la pena más grave y en ningún caso exceder de treinta años), el principio de acumulación podría suponer de hecho sanciones desconocidas en nuestro ordenamiento, como por ejemplo la cadena perpetua o la confiscación de todos los bienes del sujeto (págs. 40, 42), explicando la dureza de este principio, además, la propensión judicial a la benignidad en la determinación de las penas individuales. Por todo ello, para el Prof. Cuerda, las desventajas de este principio priman sobre sus posibles virtudes, no teniendo ningún reparo en abogar por su desaparición (págs. 56-57), puesto que «si de manera indirecta se propugna por la doctrina y jurisprudencia el retorno a la acumulación en algún caso concreto, ello se debe a que otras reglas concursales son o demasiado benévolas o totalmente aleatorias. Parece más lógica la reforma de éstas que un renacimiento del sistema acumulativo» (pág. 272), propugnando su *lege ferenda* un sistema de exasperación obligatoria —superar por arriba el marco de la pena más grave— en el que el número y entidad de los delitos concurrentes determinaría el grado de la exasperación (página 273).

No obstante, entiende el autor que al principio de acumulación abierta debería reservársele la función —que hecho hoy en día desempeña— de servir como límite máximo de cualquier consecuencia jurídica concursal. En este sentido el párrafo tercero del artículo 71 le merece una opinión positiva al consagrar, para el concurso ideal y medial, la acumulación como régimen jurídico subsidiario. Ello significa que un concurso ideal jamás podrá ser castigado con mayor dureza que si de un concurso real se tratase, si bien es posible un tratamiento equivalente de ambos, lo que debería evitarse dado que «el concurso ideal por razón de su inferior contenido de injusto debe merecer en todo caso una sanción menor que el concurso real» (págs. 42 y ss.).

La única virtud del principio de acumulación: «impedir que se afiance el postulado de que “es mejor cometer delitos al por mayor que en pequeñas dosis”» (páginas 42-43, 57) se ve entorpecida por los límites establecido en el artículo 70: «No obstante lo dispuesto en la regla anterior (sic. acumulación sucesiva) el máximum de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximum de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años».

b) Estos correctivos penológicos de la regla segunda del artículo 70, objeto del capítulo segundo (págs. 60-96), le merecen al autor una opinión negativa. Aunque quizá surgieran con el fin de impedir que sanciones por infracciones de pequeña entidad pudieran dar lugar cumulativamente a consecuencias más graves que las que conllevaría la comisión de un delito de mayor entidad, esta idea se desvanece al

comprobar los efectos de su aplicación. No se ve razón de justicia material alguna por la que los mencionados límites sólo operen cuando el concurso real genera una acumulación sucesiva de las sanciones, no corrigiendo la acumulación simultánea, ni aplicándose cuando las infracciones no pudieran ser enjuiciadas en un mismo proceso, mostrándose con ello incapaces de subsanar el defecto del principio de acumulación consistente en la creación de hecho de sanciones desconocidas por nuestro ordenamiento.

Por otra parte, estos correctivos «pueden provocar el efecto de imponer “fracciones” de penas, invalidándose así las consideraciones preventivas que se hayan podido tener en cuenta para la determinación completa de la pena» (pág. 95). Pero todavía hay más. Puede constatarse que el límite temporal del triplo de la pena más grave resulta más beneficioso cuando las sanciones individuales a acumular poseen la misma gravedad: «cuando las sanciones son de la misma gravedad, a partir de la cuarta en adelante, se va a producir la extinción con absoluta independencia del número global de las penas individuales que correspondan». «Pero en los supuestos en que las sanciones son de distinta gravedad, hay que atender a la pena individual más grave para poder determinar su triplo, con lo que es posible que queden impunes muchos menos delitos que en el caso anterior» (páginas 92-93).

De todo lo expuesto deduce el Profesor Cuerda que estos límites en modo alguno se justifican con razones de justicia material, siendo las consecuencias que generan claramente arbitrarias. La valoración es, pues, inequívocamente negativa; la propuesta, tajante: la desaparición del sistema de acumulación: «Si los límites no suponen sino una acumulación mitigada en algunos casos, y aun incorrecta, más vale atacar el mal por su raíz» (pág. 96).

c) El capítulo tercero comienza con un análisis del principio de «exasperación facultativa» consagrado en la regla primera del artículo 69 bis, párrafo primero, según la cual el responsable de un delito o falta continuados será castigado «con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior».

Tras estudiar detenidamente las fases que han de ser observadas en la aplicación de esta idea, el autor constata que, a pesar de que el principio de acumulación es conceptualmente más gravoso que el de exasperación —éste consiste en escoger la pena individual más grave y superar por arriba su marco legal—, es posible que la pena resultante por un delito continuado sea más severa que la acumulación de las penas de las diferentes infracciones individualmente consideradas. No obstante, incluso de *lege data*, este inconveniente resulta perfectamente soslayable, pues también en el delito continuado el principio de acumulación debe funcionar como límite máximo de cualquier consecuencia jurídica concursal, dado que «dogmáticamente no resulta justificado elevar la pena del responsable de una pluralidad de infracciones más allá de lo que resulta de la acumulación, pues esa pluralidad no es exponente de un mayor injusto ni de una culpabilidad aumentada» (pág. 128).

Por lo que se refiere al segundo inciso del párrafo primero del artículo 69 bis: «Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado», el autor suscita la duda de si esta regla afecta al delito continuado o al delito masa (págs. 128-141). La doctrina, jurisprudencia y Fiscalía General del Estado se han decantado por la primera opción, de tal manera que el delito continuado contendría dos tipos de consecuencias jurídicas: por un lado el régimen de la absorción obligatoria y exasperación facultativa y por otro un régimen especial para las infracciones patrimoniales, en las que habría que imponer la pena en consideración al perjuicio total causado y aplicar posteriormente el régimen general.

A pesar de ser mayoritaria, esta interpretación es tachada por el Prof. Cuerda de insostenible y ello por múltiples razones. Su aplicación daría lugar a una única infracción con una pena también única, lo que convertiría en inaplicable la regla primera del artículo 69 bis que obliga a la elección de la sanción más grave, lo que presupone la existencia de varias penas entre las que poder comparar y elegir. En segundo lugar, porque tras la Reforma de 1983 la cuantía de lo robado, hurtado, sustraído, etc., deja de jugar el papel primordial que desempeñaba en la situación jurídica anterior. El tercer argumento esgrimido por el autor consiste en que, con la interpretación criticada, se estaría estableciendo un doble sistema de punición para el delito continuado, dependiendo de si las infracciones son patrimoniales o de si carecen de esta naturaleza, no existiendo ninguna razón que justifique por qué se otorga al resultado un papel preeminente en los primeros casos y secundario en los segundos. Por último, el sistema propuesto por la interpretación mayoritaria posibilitaría el efecto de «salto de tipo», pudiéndose convertir, por ejemplo, varias faltas patrimoniales en un delito continuado, lo que resulta inadmisibles, entre otras razones por poder conducir a resultados más severos que los obtenidos con la acumulación de las infracciones individualmente consideradas. Estos argumentos permiten al autor afirmar que la regla de atender en las infracciones patrimoniales al total del perjuicio causado no afecta al delito continuado, sino tan sólo al delito masa (páginas 128-141).

El que el autor afirme que es en el delito masa y no en el continuado donde ha de atenderse al perjuicio total causado, para después, por imperativo del tercer inciso del artículo 69 bis, primer párrafo, imponer la pena superior en grado en la extensión que el Tribunal consideraba conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas, no significa que lo considere un sistema idóneo. Muy al contrario lo rechaza por pesar sobre él parte de los inconvenientes arriba señalados. En cuanto a las consecuencias prácticas «la punición de delito masa produce efectos sorprendentes: puede ser más grave que una hipotética acumulación pura sin ningún género de restricción y menos grave que una acumulación mitigada. Lo cual se contradice con el fin que teóricamente persigue el delito masa: soslayar los límites del artículo 70-2.ª para conseguir una condena más elevada» (pág. 151). Por ello el Prof. Cuerda valora la actual regulación del delito masa como totalmente rechazable y propugna su desaparición, afirmando que «lo lógico sería acudir al sistema normal de la absorción, con lo que habría que ele-

gir la más grave de las penas individuales; la pena disponible resultante podría ser después exasperada de forma obligatoria» (pág. 145).

d) El capítulo cuarto está dedicado al principio de absorción, consistente en la imposición de la pena de la infracción más grave de las cometidas. Es el principio consagrado en los artículos 68 y 71, párrafo segundo, si bien en este último rige la absorción agravada, dado que la pena correspondiente a la infracción más grave debe imponerse en su grado máximo.

Por lo que se refiere a la regla del artículo 71.2 —absorción agravada—, desde una óptica valorativa escribe el autor: «Esta agravación de la pena disponible permite tener en cuenta hasta cierto punto las demás penas individuales que se presentan. Pero sólo hasta cierto punto. Puede ser discutible en la actualidad si el concurso ideal debe merecer una pena sólo algo más estricta a la que provocan dos agravantes, pues no es lo mismo una o dos circunstancias, que una infracción completa que concurre ideal o medialmente con otra. Tal vez fuera preferible una absorción obligatoria junto a una exasperación facultativa que no fuera muy elevada» (pág. 274).

En lo tocante al artículo 68, además de describir cómo ha de ejecutarse la regla en él contenida, plantea el autor su relación, compatibilidad o incompatibilidad con algunos preceptos de la Parte Especial del Código Penal que recogen expresiones específicas de carácter concursal (págs. 228-240). El artículo 68 se introdujo en 1944 con la finalidad, en aras de la economía legislativa, de evitar las numerosas referencias concursales de la Parte Especial del Código. A diferencia de un sector doctrinal y jurisprudencial, el autor no se manifiesta contrario a la existencia de estas específicas cláusulas concursales, siempre que cumplan una serie de condiciones que garanticen su eficacia y claridad (págs. 240-242), debiendo coexistir con una disposición de carácter general que resuelva algunos supuestos de concurso de leyes, pues «la solución de dejar este tema en manos de la doctrina y jurisprudencia, puede conducir a “mejores” resultados, pero también puede estar lastrada por fluctuaciones que hacen arriesgada e insegura toda decisión» (pág. 243).

e) Asimismo alude Antonio Cuerda a otras reglas como la de preferencia de la sanción más benigna (págs. 247-253) o al principio de minimización, consistente en descender más allá de la extensión normal de la pena disponible (páginas 254-255).

f) También plantea el autor problemas para cuya solución el Código no ofrece criterio alguno. A la cuestión de si cabe concurso de concursos responde matizadamente, considerándolo factible tan sólo cuando los concursos «abrazados» tienen como consecuencia jurídica una pena única, como ocurre en el concurso ideal y medial, pero no cuando se resuelven imponiendo varias penas individuales, como es el caso del concurso real, pues «una constante de las consecuencias jurídicas concursales analizadas es la de que su técnica de ejecución comienza con la determinación de las penas individuales, es decir, las penas que corresponden a las distintas infracciones concurrentes» (págs. 256-259).

En los supuestos de concurso entre un delito privilegiado y uno cualificado ambos *lex specialis* respecto a un tipo básico y no existiendo entre ellos ninguna relación de especialidad, como ocurre, por ejemplo, con el infanticidio con ensañamiento, diseña el autor varias posibles soluciones de *lege ferenda*, inclinándose por la posibilidad que podría expresarse del siguiente modo: «(...) se impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la del delito menos grave. Si la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor entidad en su grado máximo» (pág. 264). Por lo que a la concurrencia entre delitos cualificados se refiere, se centra el autor en el problema que ha dado lugar a tantas discusiones de cómo calificar los supuestos en los que el sujeto activo mata a uno de sus ascendientes, descendientes o cónyuge concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 405, proponiendo que el legislador ponga fin a la discusión mediante el establecimiento de una regla del siguiente tenor: «En el caso de que el hecho constituya además el delito de parricidio, la pena correspondiente al delito de asesinato se impondrá en su grado medio o máximo» (pág. 267). Cuando concurrieren modalidades de un tipo mixto, como por ejemplo la violación de menor de doce años mediando fuerza o intimidación, sugiere que el legislador podría establecer específicamente la agravación dentro del mismo marco penal o bien la exasperación de ese marco (págs. 268-269). Si por el contrario entran en juego dos tipos privilegiados respecto a un mismo tipo básico, sin que entre ellos exista una relación de especialidad, la consecuencia jurídica adecuada sería la «de imponer la pena inmediatamente superior en grado a la del privilegiado menos grave, siempre, claro está, que de esta manera la pena definitiva no sea igual o superior a la del delito más grave» (pág. 270).

Se podrá estar de acuerdo o discrepar de las interpretaciones y propuestas del Prof. Cuerda Riezu, pero todos los lectores de este libro coincidirán de seguro en que se trata de un muy buen trabajo. Por ello sería deseable que el autor complete en breve la investigación iniciada —de la que esta obra es tan sólo parte—, dirigida al estudio de la problemática general de los concursos, obsequiándonos con un libro —al menos— tan riguroso como el recensionado.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

*Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.*

**JAEN VALLEJO, Manuel: «Libertad de expresión y delitos contra el honor».**  
Ed. Colex. Madrid, 1992. 311 páginas.

La actual exacerbación de la libertad de expresión como Derecho Fundamental, y más concretamente de una de sus manifestaciones: la libertad de información, se produce en España fruto de una transición política y social de un régimen totalitario